

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

**O PLANEJAMENTO URBANO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL E A
RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS: ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DE
PLANEJAMENTO NOS MUNICÍPIOS COM MENOS DE 20 MIL HABITANTES.**

Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares

Belo Horizonte

2009

Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares

**O PLANEJAMENTO URBANO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL E A
RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS: ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DE
PLANEJAMENTO NOS MUNICÍPIOS COM MENOS DE 20 MIL HABITANTES.**

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

Orientador: Edimur Ferreira de Faria

BELO HORIZONTE

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S676p	<p>Soares, Letícia Junger de Castro Ribeiro</p> <p>O planejamento urbano como instrumento de gestão ambiental e a responsabilidade dos municípios: análise da obrigatoriedade de planejamento nos municípios com menos de 20 mil habitantes / Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares. Belo Horizonte, 2009.</p> <p>125f. : Il.</p> <p>Orientador: Edimur Ferreira de Faria</p> <p>Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Responsabilidade do Estado. 2. Gestão ambiental. 3. Planejamento urbano. 4. Direitos fundamentais. I. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU: 35.077</p>
-------	---

Letícia Junger de Castro Ribeiro Soares

O PLANEJAMENTO URBANO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS: ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DE PLANEJAMENTO NOS MUNICÍPIOS COM MENOS DE 20 MIL HABITANTES.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Belo Horizonte, 2009

Edimur Ferreira de Faria (Orientador) – PUC Minas

– PUC Minas

Aos dois hemisférios femininos da minha vida que me ensinam a cada dia a dimensão da palavra amor: minha mãe, Marcia, e minha filha, Maria Eduarda. À porção masculina que me completa, sem a qual a compreensão da palavra seria prejudicada: Felipe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva de existir e por colocar no meu caminho pessoas tão especiais. Ainda na instância divina, agradeço a São Judas Tadeu, santo do qual me tornei devota, que sempre atende as minhas preces.

Não encontro palavras suficientes no meu vocabulário para externar o quanto sou grata a minha mãe, que, com sua coragem e fibra, sempre me encheu de orgulho e me inspirou. Hoje, como mãe, sou capaz de compreender todo o seu esforço.

A maior e melhor surpresa da minha vida, minha filha, Maria Eduarda, que me faz vibrar com pequenos gestos, que me impulsiona com seu sorriso e com seu olhar entusiasmantes.

Aos meus irmãos, em especial ao Miguel, que me socorre e me apóia sempre que eu preciso.

Ao Felipe, a quem sou grata pela dedicação, pelo carinho e pela amizade. A ele agradeço também por ter me incitado a questionar o meu mundo.

Ao professor Edimur, mestre que ensina lições que ultrapassam as jurídicas, sou grata pela compreensão e pelo apoio durante a minha trajetória acadêmica.

Aos meus amigos e familiares, que, mesmo diante da minha ausência, permaneceram do meu lado, em especial ao Sogrinho e à Sogrinha, à Carla, à Ju, à Leiloca, ao Lu, à Bella e à Rogs- sem vocês o que foi difícil seria impossível.

“O laço essencial que nos une é que todos habitamos este pequeno planeta. Todos respiramos o mesmo ar. Todos nos preocupamos com o futuro dos nossos filhos. E todos somos mortais”. (John Kennedy)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão objetiva demonstrar a necessidade de responsabilizar os Municípios brasileiros pela ausência de planejamento urbano em casos de danos ao meio ambiente. O alargamento da interpretação do art. 182 da Constituição Federal de forma que o planejamento urbano, instrumento de gestão ambiental, alcance todos os Municípios brasileiros se torna necessário. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido a direito fundamental pela Lei Maior, impõe a obrigatoriedade de sua observância pelo Poder Público. Dessa forma, o planejamento urbano deixa de ser facultativo e deve ser adotado por todos os Municípios do território brasileiro. A interpretação do mandamento constitucional expresso no art. 182 que se impõe é aquela que considera o ordenamento jurídico como um todo, observando o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da prevenção e o conteúdo ambiental do Estatuto da Cidade. A explicitação das condições ambientais nos Municípios brasileiros e da utilização dos instrumentos de gestão ambiental e urbana corroboram com a afirmação da necessidade da obrigatoriedade de planejamento em todos os municípios brasileiros e não apenas naqueles Municípios com mais de 20 mil habitantes, posto que há ocorrência de danos ambientais em todas as faixas populacionais. Tomando o direito ambiental como direito fundamental e sendo o planejamento urbano instrumento de gestão do bem meio ambiente, a responsabilidade ambiental do Estado se mostra como mecanismo capaz de retirar da inércia o Poder Público municipal para tratar de forma eficaz da questão ambiental.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Gestão ambiental. Planejamento urbano. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present paper aims to demonstrate the need to make responsible all the Brazilian municipal districts for the absence of urban planning in cases of damages to the environment. The interpretation of the article 182 of the Federal Constitution needs to be enlarged so that the urban planning, instrument of environmental management, reach all the Brazilian Municipal districts. The right to a balanced environment, fundamental right, imposes the compulsory nature of its observance for the Public Power. In that way, the urban planning is not a choice and it should be adopted by all the Municipal districts of the Brazilian territory. To interpretation of the constitutional commandment in the art. 182 is necessary to view the whole juridical system, observing the principle of the sustainable development, the prevention principle and the environmental content of the Statute of the City. The environmental conditions in the Brazilian municipal districts and the use of the instruments of environmental and urban administration, as showed by the researches, corroborate with the statement of the need of the environmental planning in all the Brazilian municipal districts and not just in those Municipal districts with more than 20 thousand inhabitants, once environmental damages occurs in all population strips. Taking the environmental right as fundamental right and considering the urban planning as an instrument of managing the environment, the environmental liability of the State is shown as mechanism capable to remove of the inertia the municipal Public Power to treat in effective way the environmental issues.

Key Words: State liability. Environmental Management. Urban planning. Fundamental rights.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Percentual de municípios por tipo de legislação ambiental dentre os que informaram a existência de legislação ambiental, segundo classes de tamanho da população	63
Figura 2: Proporção de Municípios que apontaram alteração ambiental que tenha afetado as condições de vida da população, segundo classes de tamanho da população dos Municípios	64
Figura 3: Proporção de Municípios que informaram a ocorrência de problema ambiental, por tipo de problema	66
Figura 4: Proporção de Municípios que informaram assoreamento de corpo d'água, segundo causas mais frequentes	67
Figura 5: Fatores causadores da poluição do recurso d'água	68
Figura 6: Proporção de Municípios com ocorrência de poluição do recurso água, por tipo de causas mais apontadas, segundo classes de tamanho da população	69
Figura 7: Percentual de Municípios com instrumentos de política urbana, segundo o tipo	73

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Porcentagem dos municípios brasileiros que possuem estrutura administrativa para tratar das questões ambientais	61
Tabela 2: Porcentagem da ocorrência dos tipos de estrutura institucional municipal voltada para o meio ambiente por faixa populacional	61
Tabela 3: Municípios com alguma legislação	62
Tabela 4: Impactos ambientais que afetam as condições de vida da população	64
Tabela 5: Impactos ambientais mais comum nos Municípios com mais de 100.000 habitantes e com menos de 10.000 habitantes	65
Tabela 6: Ações praticadas para a solução dos problemas apontados	65-66
Tabela 7: Existência de Órgão Municipal de Meio Ambiente	74
Tabela 8: Impactos ambientais que mantiveram o percentual de ocorrência inalterado	75

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Atual.- Atualizada

Ampl.- Ampliada

Art.- Artigo

CR/88- Constituição da República de 1988

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MUNIC- Pesquisa de Informações Básicas

OMMA- Órgão Municipal do Meio Ambiente

Org.- Organizador

Rev.- Revisada

SEMA- Secretaria de Meio Ambiente

STJ- Superior Tribunal de Justiça

STF- Supremo Tribunal Federal

TJPR- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE	15
2.1 A proteção do meio ambiente pelo ordenamento jurídico brasileiro	18
2.2 Meio ambiente como Direito fundamental	21
2.2.1 Consideração sobre os direitos fundamentais	21
<u>2.2.1.1 O caráter aberto dos direitos fundamentais e a contribuição das idéias do segundo Wittgenstein para a questão</u>	23
2.2.2 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	28
3 A GESTÃO AMBIENTAL E SEU ASPETCO URBANO	31
3.1 A contribuição de Foucault e do mecanismo do biopoder para a gestão ambiental	36
3.2 O planejamento urbano como instrumento de gestão ambiental e sua obrigatoriedade	42
3.2.1 A interpretação do art. 182 da CR/88	49
3.3 A participação da sociedade na gestão ambiental	51
4 ANÁLISE DOS DADOS DAS PESQUISAS PERFIL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS 2002, 2005 E 2008: UM PANORAMA SOBRE A QUESTÃO URBANO-AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS	58
4.1 A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros: meio ambiente 2002	58
4.2 A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros 2005- MUNIC 2005 ...	69
4.3 A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros 2008- MUNIC 2008 ...	72
4.4 Reflexões sobre os aspectos apontados	75
5 ANÁLISE SOBRE UMA POSSÍVEL RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS- A QUESTÃO DO PLANEJAMENTO URBANO	78
5.1 Considerações Iniciais sobre a responsabilidade civil	78
5.2 A responsabilidade extracontratual do Estado	81
5.3 A responsabilidade por danos ambientais	90
5.3.1 A responsabilidade do Estado por danos ambientais	95

<u>5.3.1.1 A ordenação territorial e a responsabilidade do Poder Público</u>	102
6 CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão do mestrado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cujo tema é “*O Planejamento urbano como instrumento de gestão ambiental e a responsabilidade dos Municípios: análise da obrigatoriedade de planejamento nos Municípios com menos de 20 mil habitantes*”, objetiva estabelecer a necessidade do planejamento urbano em todos os Municípios do território brasileiro, tomando o direito ambiental como direito fundamental e considerando o conteúdo garantista do Estado Democrático adotado em nosso País.

Partindo da consideração da dignidade da pessoa humana como meta-princípio constitucional, objetivo maior do Estado e princípio integrador do ordenamento jurídico, as ações do Poder Público devem por ele se guiar, por meio da garantia dos direitos fundamentais envolvidos por tal princípio. Assim é que o direito ambiental, tomado como direito fundamental, deixa de ser mera faculdade do Administrador Público, mostrando-se como princípio a ser necessariamente observado. É importante ressaltar que a concepção de meio ambiente adotada neste trabalho vai além daquele que abarca a fauna, a flora e recursos naturais, considerando também o ambiente do ser humano. Assim, a concepção do meio ambiente se resume na fórmula: meio ambiente= meio natural + meio artificial.

O espaço urbano, por conseguinte, é aquele onde o ser humano se manifesta socioeconomicamente, se interrelacionando, não cabendo, de tal sorte, a separação entre o urbano e o rural, que passa a ser identificado como espaço agrícola acoplado ao espaço urbano. A manifestação socioeconômica, todavia, só é possível em um ambiente, que deve possibilitar a vida digna. Cabe ao Estado, conduzido pelo princípio da dignidade humana, buscar

o equilíbrio entre os fatores socioeconômicos e a preservação ambiental, conferindo aos indivíduos condições de se desenvolverem. Dessa forma, o desenvolvimento abordado no trabalho é tomado como o desenvolvimento humano, que se dá de forma sustentável, baseado no tripé crescimento econômico- crescimento social- preservação ambiental.

A proteção ambiental, pautada pelos princípios do Direito Ambiental, como o princípio do desenvolvimento sustentável e o princípio da prevenção, será abordada em sua dupla faceta, expressa pelo princípio da co-responsabilidade estabelecido pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Estado e a sociedade o dever de buscá-la. A sociedade, em matéria de proteção ambiental, atuará de forma a impulsionar o Estado, retirando-o da inércia e possibilitando a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois o grau de efetividade dos direitos fundamentais depende diretamente do grau de participação da sociedade. O Poder Público deverá gerir o bem meio ambiente com o auxílio da sociedade, estabelecendo, assim, uma relação circular, e deverá traçar as estratégias para uma gestão eficiente tomando uma determinada realidade.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, a democracia representativa não se mostra mais suficiente para conduzir as relações entre os atores sociais, que passa de linear- Estado; sociedade, para circular Estado-sociedade-Estado, em um fluxo contínuo e dinâmico. Nessa perspectiva, a sociedade passa a integrar o círculo de intérpretes constitucionais, desempenhando, como dito, papel fundamental na concretização de direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disso, a participação popular é fundamental para o estabelecimento de diretrizes para uma gestão ambiental eficiente.

Vários instrumentos são colocados a disposição da sociedade permitindo que sua participação ultrapasse o simples

gozo do direito de voto, como, por exemplo, a participação no processo legislativo, a participação em órgãos colegiados dotados de poderes normativos e a participação por meio do Poder Judiciário. No âmbito do Direito Ambiental, a Ação Popular e a Ação Civil Pública são os instrumentos hábeis para buscar a tutela do bem pelo Poder Judiciário. Dessa forma, além do cidadão, que é sujeito legítimo para a propositura de Ação Popular, o Ministério Público, legitimado para propor Ação Civil Pública, se mostra como parceiro da sociedade e corregedor do Estado. Nessa ótica, o instituto da responsabilidade ambiental é tomado em seu duplo aspecto, pois se mostra como mecanismo de controle dos atos estatais, bem como mecanismo de reparação e de danos ambientais.

Para a adequada análise do campo de investigação delineado, cujo núcleo de interesse é o próprio homem com toda a sua multiplicidade de anseios, valores, culturas e histórias, a investigação empreendida, não se cingi a um único caminho metodológico, sob pena de serem elaborados juízos incompletos. Desta maneira, vale-se de dois métodos de pesquisa para promover um estudo mais denso e integral do argumento objeto da presente pesquisa. Assim, recorre-se ao método jurídico para promover a verificação de dispositivos normativos, bem como de institutos jurídicos, com a extração de seus conteúdos. Aliado a esse método, o trabalho lança mão do método histórico que permite a identificação da gênese do instituto da responsabilidade ambiental, bem como a trajetória percorrida por esse instituto, permitindo a verificação da necessidade da consideração de uma responsabilidade ambiental agravada, principalmente nos casos de danos causados pelo Estado. A pesquisa bibliográfica deterá importância central e é desenvolvida a partir da pesquisa em materiais já elaborados, em especial, livros, artigos científicos impressos, e por meio digital, artigos de jornais e revistas e também uma pesquisa bibliográfica documental, a partir de leis,

repertórios de jurisprudência e acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Na elaboração desta dissertação, em um primeiro momento, desenvolve-se um estudo sobre o bem jurídico meio ambiente, demonstrando a necessidade de adoção de uma visão biocentrista, que considera o homem como parte do todo e os recursos naturais não apenas como matéria-prima para a produção de bens de consumo. Também se demonstra a evolução da tutela do referido bem pelo ordenamento jurídico brasileiro, que o erigiu a categoria de direito fundamental imprimindo uma obrigação de atuação positiva do Estado para protegê-lo.

Utiliza-se de dados das Pesquisas Perfil dos Municípios brasileiros 2002, 2005 e 2008, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE- para explicitar as condições ambientais nos Municípios brasileiros e a utilização dos instrumentos de gestão ambiental e urbana colocados a disposição do Poder Público, em especial o municipal, que atuará de forma fundamental para a efetivação da gestão, por estar mais próximo dos fatos. A responsabilidade do Estado, tomado no trabalho em uma macrovisão, abarcando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma vertical e horizontal, se mostrará como mecanismo de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante disso, busca-se desenvolver um critério, a partir da análise do instituto da responsabilidade civil e a sua evolução, para estabelecer a rede constituída por tramas apertadas, na qual devem recair os atos estatais que provoquem ou ameacem provocar, danos ao meio ambiente, sejam comissivos ou omissivos. Por certo, a responsabilidade configura-se em um meio de provocar o Estado para a busca de garantias dos direitos fundamentais que se mostram como caminho necessário para se alcançar a dignidade humana. Demonstra-se que o mandamento constitucional do art. 182 deve ser interpretado considerando todo o conjunto do ordenamento jurídico, o que implica a observância

do conteúdo ambiental do Estatuto da Cidade bem como do princípio do desenvolvimento sustentável e do princípio da prevenção, que alarga o âmbito de incidência do planejamento urbano, abraçando, dessa maneira, todo o território brasileiro, de forma congregadora.

2 O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

A sociedade contemporânea vê com olhos de espanto notícias, quase que diárias, sobre catástrofes ecológicas e é assombrada pelo recém-nominado “aquecimento global”, que ameaça alterar todo o ecossistema, deixando-a em estado de alerta. *“Hoje, os danos ecológicos se multiplicam, diminui a camada de ozônio a seca inclemente alterna-se com devastadoras chuvas em vários pontos do globo, enquanto a temperatura da Terra eleva-se de modo inquestionável”* (AZEVEDO, 2008, p. 80). Nesse cenário, a importância da proteção ambiental assume papel fundamental a ser desempenhado nas microrelações, entre indivíduos, e nas macrorelações, entre Estado e indivíduos e entre Estados.

A proteção do meio ambiente tornou-se objeto de discussões internacionais, tendo em vista que a exploração predatória dos recursos naturais trouxe consciência da exigüidade desses recursos e a noção de que o homem, para sua sobrevivência, inclusive como parte integrante do meio ambiente precisa preservá-lo. O esgotamento dos recursos naturais e o caos ecológico em que se encontra a humanidade podem ser atribuídos, principalmente, ao processo de industrialização que gerou como consequência o avanço tecno-científico e a urbanização desenfreada (MEDEIROS, 2004, p.30). Segundo Blanca Soro Mateo¹, 2005, p. 25 *“o problema da proteção do meio ambiente teve que passar por um primeiro plano em uma sociedade que, depois de passar por um processo de industrialização e urbanização com toda intensidade, começou a ter medo de si mesma”* (MATEO, 2005, p. 25).

O cenário ambiental calamitoso que vem se instalando no mundo coloca em risco a própria espécie humana, e as condições ambientais inaptas ao homem, antes imaginadas, hoje são sentidas em partes do planeta, obrigando populações inteiras a se deslocarem para regiões com condições de sobrevivência². A conscientização ambiental se torna imperiosa e se dissipa

¹ Tradução livre.

² *“A Federação Internacional da Cruz Vermelha diz que os desastres climáticos são actualmente (sic) uma causa maior para a deslocação de pessoas, mais do que a guerra e as perseguições. O impacto global do ambiente nas condições de vida das pessoas está a criar*

pelo mundo, impulsionada, nas décadas de 60-70, pela ameaça “*do mito do desenvolvimento a qualquer preço. É o caso da crise do petróleo, das fontes de energia e dos recursos hídricos*” (MILARÉ, 2007, p. 308).

Diante disso, viu-se a necessidade de abandonar o pensamento extrativista, antropocêntrico, que considerava os recursos naturais apenas como matéria-prima para bens de consumo, para adotar um pensamento com cunho conservadorista, reconhecendo a necessidade de proteger o meio ambiente para que se mantenha a qualidade de vida dos indivíduos e se preserve a espécie humana. Essa nova visão, que é denominada por alguns (MILARÉ 2007, p. 99 E AZEVEDO, 2008, p 95.) de biocentrismo ou ecocentrismo, confere ao homem um novo posicionamento dentro do planeta, pois esse deve ser enxergado como parte do todo, que interrelaciona com os demais seres vivos e deles depende, não apenas para sobreviver, mas para viver com qualidade.

O processo de adoção dessa consciência “verde” vem se incrementando em razão dos acidentes ecológicos que instalaram o cenário atual, das projeções feitas pelos cientistas de desastres próximos e da percepção da incapacidade da tecnologia, vista antes como aposta, para solucionar os problemas, inclusive ambientais. Está claro que a visão antropocêntrica, com bases economicistas, contribuiu sobremaneira para o colapso ecológico que se instaura, gerador de um déficit ambiental insuperável, e se desprender dessa visão é questão de sobrevivência. “*Não podemos continuar olhando o planeta como um almoxarifado gratuito, de fundos infinitos*” (LUTZENBERGER, *apud* AZEVEDO, 2008, p. 125).

Esse novo modelo que imprime uma “*visão holística e sistêmica do homem interagindo com o mundo e do mundo interagindo com o homem*”, cujo processo de implementação se amplia em escala global e “*tem invadido nossas produções científicas e acadêmicas*” (MEDEIROS, 2004, p. 18), levanta uma questão: diante da impossibilidade de equacionar os recursos naturais, finitos, com as necessidades humanas, infinitas, o que deve ser salvo “*em primeiro lugar? A parte ou o todo?*” (MILARÉ, 2007, p. 97)

um novo tipo de refugiado - o refugiado ambiental. O aumento do nível do mar, da desertificação, das inundações e desastres naturais mais freqüentes vão tornar-se cada vez uma causa maior da deslocação de pessoas em várias partes do mundo” (ECOURBANA).

Assim, com vistas a proporcionar uma discussão sobre degradação ambiental frente ao desenvolvimento³, principalmente o econômico, em 1972, representantes de Estados reuniram-se em Estocolmo para a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente. A idéia do desenvolvimento sustentável começou a ser divulgada a partir de então, mas somente com a II Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, que a expressão encorpou-se e passou a ser adotada como norte para a humanidade. Os pactos firmados pelos representantes de Estados, decorrentes das discussões na Rio-92, foram traduzidos em dois documentos, cuja vigamestra é o desenvolvimento sustentável: a Declaração do Rio e a Agenda 21.

O processo de superação do modelo antropocêntrico traz, por consequência, uma outra definição do meio ambiente, que deixa de ser a visão *stricto sensu*, voltada para os recursos naturais, e adota uma visão alargada, abraçando “o desenvolvimento biopsicossocial” (MEDEIROS, 2004, p. 55) do homem. “*Na conferência das Nações Unidas sobre o meio humano, celebrada em Estocolmo em 1972 se define meio ambiente como meio humano natural e artificial*” (MATEO, 2005, p. 73). Assim, a questão da preservação desse meio se coloca para várias ciências, cabendo à ciência jurídica o papel de oferecer “*instrumentos para contribuir com a comum tarefa de prevenção, proteção, e no caso, de restauração*” (MATEO, 2005, p. 19).

Essa nova configuração do ambiente confere ao Estado, “*referencial de direitos e deveres*” (MILARÉ, 2007, p. 288), um importante papel que deverá ser desempenhado em busca de oferecer qualidade mínima de vida, o que abarca tanto a questão econômica, a social, como a dos aspectos ambientais. De tal sorte, o Direito Ambiental, influenciado pelos ares da Convenção de Estocolmo, passa a fundar-se no tripé desenvolvimento social-desenvolvimento econômico- preservação ambiental, representando as bases do princípio do desenvolvimento sustentável, que é considerado, como demonstra José Adércio Leite Sampaio, o princípio essencial do Direito Ambiental:

³ “A grande polêmica da Estocolmo-72 foi o conflito entre os defensores do “desenvolvimento zero”, em sua maioria representantes de países industrializados, e os defensores do “desenvolvimento a qualquer custo”, representantes de países não-industrializados.” PERCÍLIA, Eliene. **Estocolmo-72**.

Há um *prima principium* ambiental: o do desenvolvimento sustentável, que consiste no uso racional e equilibrado dos recursos naturais, de forma a atender às necessidades das gerações presentes sem prejudicar o emprego pelas gerações futuras. Significa, por outra, desenvolvimento econômico com melhoria social das condições de todos os homens em harmonia com a natureza. (SAMPAIO, 2003, p. 47)

Ao lado desse princípio, outro princípio que é adotado, e possui grande relevância no Direito Ambiental, é o princípio da prevenção⁴, uma vez que o dano ao bem tutelado se mostra, muitas vezes, irreparável. Não se pretende, contudo, defender a impossibilidade de utilização dos recursos naturais, tornando o meio um “intocável santuário” (MILARÉ, 2007, p. 62), mas promover a concepção de desenvolvimento humano, nos três aspectos sustentadores do desenvolvimento sustentável, que abarca a preservação ambiental. A visão meramente econômica, que possui grande destaque em nossa sociedade, merece ser revista, não cabendo a utilização da expressão desenvolvimento econômico. O desenvolvimento, nesse novo modelo, deve ser sustentável e, portanto, não ocorrerá de fato se não houver a conjugação dos três fatores sustentadores- preservação ambiental- crescimento econômico e desenvolvimento social.

2.1 A proteção do meio ambiente pelo ordenamento jurídico brasileiro

Acompanhando as manifestações mundiais, por volta da década de 70, despontou timidamente a adoção pelo Direito da proteção ao meio ambiente. “*A tutela legal do ambiente no Brasil tem início na década de 60 e consolida-se*

⁴ Há autores que fazem distinção entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução, como Édis Milaré (2007, p. 766), para quem “*a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que a precaução envolve perigo abstrato*”. Todavia, assim como Nelson de Freitas Porfírio Júnior (2002, p. 38), verifica-se que o conceito de precaução está contido no conceito de prevenção. “*Presente na Declaração de Estocolmo, o princípio da prevenção foi reafirmado na Declaração do Rio*” (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 37).

nos anos 80 e 90” (BENJAMIN, p. 10), sendo que a noção de proteção foi sendo incorporada aos poucos no ordenamento jurídico pátrio, culminando com a constitucionalização desse bem pela Constituição Federal de 1988, elevado à categoria de direito fundamental. Todavia, a questão ambiental foi tratada nas Ordenações Manoelinas e nas Ordenações Filipinas, como observa Fernanda de Medeiros (2004, p. 58), mas apenas sob o aspecto econômico, com previsão de “*penas extremamente severas no concernente à conservação dos recursos naturais*”.

A concepção de proteção ambiental, adotada hodiernamente, surgiu recentemente, ganhando forças a partir da Conferência de Estocolmo. Pode-se identificar em alguns documentos legais anteriores a este evento a presença acanhada da idéia de proteção, como no Código das Águas, no Código Florestal e o Código de Pesca (MEDEIROS, 2004, p. 59). A Conferência de Estocolmo é tida como o divisor de águas para a questão ambiental e é nítida a adoção da concepção protecionista após a sua realização. “*Foram promulgadas, no Brasil, pelos menos duas leis de extrema importância para a proteção ambiental*” (CAPELLI, *apud* MEDEIROS, p. 59), que são o Decreto nº 73.030, criando a SEMA, órgão de fiscalização ambiental, em 1973, e a Lei nº 6.453, disciplinando a exploração de energia nuclear, em 1977. Entretanto, a adoção dessa concepção ainda esbarrava em barreiras desenvolvimentistas dos que defendiam o desenvolvimento a qualquer preço nos países emergentes, pois “*a poluição e a degradação do meio ambiente eram vistas como um mal menor*”⁵ frente aos problemas socioeconômicos destes países (MILARÉ, 2007, p. 57).

É importante destacar que, nesse período até a Constituição de 1988, o fundamento para a proteção ambiental não era autônomo, o que levou o legislador ordinário a buscar “*suporte ora na proteção à saúde (sob o argumento de que ela não pode ser assegurada em ambiente degradado), ora*

⁵ “Alguns dos slogans terceiro-mundistas eram “a maior poluição é a pobreza” e “a industrialização suja é melhor que a pobreza limpa”. Tal visão míope- que ainda persiste em determinados setores- revelou-se equivocada, pois o problema da miséria não foi nem será resolvido ou amenizado por meio da destruição do ambiente e dos recursos naturais. Ao contrário, esta degradação só faz transformar os pobres em miseráveis, subtraindo-lhes até mesmo aqueles bens que a Natureza lhes fornecia gratuitamente” (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 30).

no regramento da produção e consumo” (BENJAMIIN, 2005b, p. 10). Dentro desse universo, foram promulgadas duas leis de grande relevância: a Lei Federal 6.938, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, direcionando as ações ambientais na medida em que definiu conceitos, como, por exemplo, de meio ambiente e poluição, e trouxe mecanismos para responsabilização do dano ambiental, delegando ao Ministério Público da União e dos Estados a defesa dos interesses difusos da coletividade, com legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente; e a Lei Federal 7.347, que disciplinou a Ação Civil Pública. Conforme explica Raul Machado Horta:

a legislação federal brasileira, toda ela posterior ao clamor recolhido pela Conferência de Estocolmo, percorreu três etapas no período de tratamento autônomo, iniciado em 1975: a primeira caracterizada pela política preventiva, exercida por órgãos da administração federal, predominantemente, a segunda coincide com a formulação da Política Nacional do Meio Ambiente, a previsão de sanções e a introdução do princípio da responsabilidade objetiva, independentemente da culpa, para indenização ou reparação de dano causado, e a terceira representada por dupla inovação: a criação da ação civil pública e responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, sob Jurisdição do Poder Judiciário, e a atribuição ao Ministério Público da função de patrono dos interesses difuso da coletividade no domínio do meio ambiente (HORTA, 1994, p. 25).

No âmbito constitucional, prevaleceu a concepção extrativista, que buscava proteger os recursos naturais, da Constituição de 1891 até a promulgação da Constituição de 1988 (MEDEIROS, 2004, p. 61), que em seu texto atribuiu tratamento ao meio ambiente em título próprio, conferindo-lhe natureza de bem de uso comum do povo. É um direito, portanto, indivisível, concedido a uma coletividade indeterminada ligada por circunstâncias de fato e sua proteção tem natureza difusa. Verifica-se que, antes da promulgação da Constituição de 1988, apesar de existir uma legislação ambiental satisfatória no Brasil, muitos eram os obstáculos encontrados para concretizar os dispositivos nela constantes (FERNANDES, 1995). Após 1988, o direito ao meio ambiente foi promovido a direito fundamental, como apêndice indispensável à proteção e à preservação da vida. A atribuição de tal importância ao direito ao meio ambiente não brotou com a tutela constitucional, mas por meio da consciência

da finitude dos recursos naturais, contemporaneamente experimentada, apresentando-se como reflexo das agressões ao meio ambiente.

2.2 Meio ambiente como Direito fundamental⁶

2.2.1 Considerações sobre os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, de maneira simplista, costumam ser definidos como aqueles essenciais aos indivíduos. Tal caracterização carece de um elemento essencial: a *ratio* dos direitos fundamentais, que é a sua abertura cognitiva para as evoluções histórico-sociais. Os direitos fundamentais devem, necessariamente, guardar estreita sintonia com as aspirações, anseios e necessidades de determinado contexto social. A concepção de direitos fundamentais e a incorporação gradativa de tais direitos pelos ordenamentos jurídicos é comumente dividida em três fases, considerando a evolução histórico-social, e o agrupamento se funda na natureza do bem protegido e no objeto de tutela (MEDEIROS, 2004, p. 69).

No Estado Liberal surgiram os direitos fundamentais de 1ª geração, referentes aos direitos da liberdade, com o foco no indivíduo, exigindo-se do Estado uma abstenção para a proteção de tais direitos. Diante dos graves problemas deixados pela Revolução Industrial (explosão demográfica, crescimento das cidades, grande concentração de fábricas, dentre outros), agravados com a necessidade de assistência ao herói da Guerra⁷ ou aos seus familiares, principalmente na Europa, já não era possível manter a abstenção do Estado, que deveria remediar a situação de miserabilidade que se

⁶ A questão da utilização das expressões “direitos humanos” ou “direitos fundamentais” apresentava-se como objeto de discussões até que se assentou entendimento de que tratam do mesmo objeto, apenas com utilização diferenciada, sendo a expressão “direitos humanos” empregada para denominar os direitos internacionalmente reconhecidos e a expressão “direitos fundamentais” é empregada internamente, no âmbito do Direito Constitucional (SAMPAIO, 2004, p. 23).

⁷ Faz-se referência à Primeira Guerra Mundial.

espalhava intervindo na esfera social e econômica. Os direitos individuais já não mais se mostravam suficientes para suprir as demandas da sociedade. Assim, a segunda geração dos direitos fundamentais surgiu no Estado Social, calcada no princípio da igualdade, e está relacionada aos direitos sociais, culturais e econômicos, voltada para a coletividade (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Frente às transformações que fizeram surgir novas necessidades sociais, diante de “*um mundo partido em nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento*” (BONAVIDES, 2006, p. 569), a noção de individual e coletivo já não se mostra capaz de trazer soluções para as questões então postas. Surgem os direitos de 3ª geração⁸, que não se destinam especificamente à proteção de interesses de um indivíduo, de um grupo, mas de toda a humanidade, sem distinção de qualquer gênero ou espécie. São os chamados interesses difusos, dentre os quais se encontra o direito ao meio ambiente, e possuem como centro gerador a noção de solidariedade e, por isso, também denominados de direitos de solidariedade e direitos de fraternidade (MEDEIROS, 2004, p. 73). A superação da dicotomia individual/coletivo- privado/público exige, por conseguinte, uma transformação na atuação do Estado, que deve intervir em determinados casos e abster-se em outros e, assim, cumprir uma função prestacional. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma **nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata** e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII (SARLET, 1998, p. 47-48) (grifos nossos)

⁸ Paulo Bonavides (2006, p. 571) defende a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais: “*A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo*”.

O conceito e conteúdo de tais direitos são temas muito debatidos atualmente e a tentativa de se estabelecer um núcleo único, uniforme, para todas as realidades tem recebido várias críticas, principalmente pelo fato do conteúdo dos direitos fundamentais ser dinâmico, variando no tempo e no espaço. Direitos admitidos em alguns países são ignorados em outros, em especial quando o Estado atravessa um momento de crise política (SAMPAIO, 2004, p.24).

2.2.1.1 O caráter aberto dos direitos fundamentais e a contribuição das idéias do segundo Wittgenstein para a questão

A universalidade dos direitos fundamentais pode ser vista como um artifício para o discurso da dominação, uma vez que a busca por essa unidade obsta a concretização de tais direitos, pois desconhece a realidade e os coloca de forma abstrata. Wittgenstein, em sua obra *Investigações Filosóficas*, elabora uma teoria sobre a linguagem, demonstrando o caráter aberto desta, o que permite a utilização de tal teoria para iluminar a questão relacionada ao caráter aberto dos direitos fundamentais.

Diferentemente do que Wittgenstein buscava no *Tractatus*, que era o conceito, uma concepção lógica, de linguagem, nas *Investigações Filosóficas* o autor preocupa-se com o uso desta. Nas idéias presentes na obra tardia wittgensteiniana não está mais aquela relacionada a uma essência metafísica da linguagem. Para o autor não há que se falar em linguagem, mas sim em linguagens, derivadas da pluralidade de possibilidades, que podem ser compreendidas como jogos de linguagem

Com efeito, para Wittgenstein, nas *Investigações*, o que se pode dizer em relação à linguagem é que seus diversos usos constituem jogos de linguagem, e que estes possuem certas semelhanças ou parentescos em comum, como os membros de uma família. E, finalmente, que esses múltiplos usos da linguagem, ou melhor, que esses múltiplos jogos de linguagem se constituem em verdadeiras formas de vida. No pensamento de Wittgenstein,

nas Investigações Filosóficas, o uso e a significação assumem papel principal, pois, para ele, o conceito de significação será alcançado de acordo com o uso que se faz das palavras e expressões. Segundo Mauro Condé

Nas Investigações, a noção de uso, ao contrário, é condição suficiente para a significação. Ela assume, aqui, seu efetivo caráter pragmático. Com efeito, as significações podem modificar-se a cada uso que fazemos das palavras. (CONDÉ, 2004, p. 50).

Assim, não existe uma essência da significação no segundo Wittgenstein. O uso não é apenas o uso semântico/verbal, o emprego das palavras, mas, sim, é considerado em sua forma mais ampla, atentando-se para a utilização em cada circunstância. A filosofia tardia wittgensteiniana elimina a existência de uma essência metafísica atribuída à significação, uma vez que ela é o produto do uso. As inúmeras possibilidades de conjugação/combinção das palavras trarão, em determinado tempo e sociedade, o conceito de significação e representam a idéia de jogos de linguagem. Não se deve buscar a essência metafísica das “coisas” por meio de questões como “o que é a linguagem?”, mas devemos observar como são usadas as “coisas”. Mauro Condé acentua que:

As Investigações ensinam-nos que, ao colocarem questões do tipo “o que é o conhecimento?” ou “o que é a linguagem?”, os filósofos apenas estão procurando fantasmas se pretendem encontrar uma essência ou algum tipo de fundamentação ontológica invariável do conhecimento ou da linguagem. (CONDÉ, 1998, p. 91)

A idéia de linguagem como cálculo é abandonada, surgindo, então a idéia dos jogos, como acima mencionado, que derivam da multiplicidade de uso, da variedade de possibilidade de conjugação das palavras, das expressões, e que não envolvem apenas estas, mas também o contexto em que estão inseridas. O autor das Investigações Filosóficas coloca que, em razão desta multiplicidade, desta variedade, os jogos apresentam-se como família, possuindo semelhanças uns com os outros. Importante ressaltar, todavia, que tais semelhanças não se constituem de características imutáveis.

Em vez de indicar algo que é comum a tudo aquilo que chamamos de linguagem, digo que não há uma coisa comum a esses fenômenos, em virtude da qual empregamos para todos a mesma palavra, - mas sim que estão aparentados uns com os outros de muitos modos diferentes (Wittgenstein, IF, 65).

As semelhanças, conforme Mauro Condé (1998, p 92) “*podem variar dentro de um determinado jogo de linguagem ou ainda de um jogo de linguagem para o outro, isto é, essas semelhanças podem aparecer ou desaparecer completamente dentro de um jogo de linguagem, ou ainda aparecer ou desaparecer na passagem de um a jogo de linguagem para outro*”. Ao afirmar que inexistente uma essência invariável da linguagem, o autor abole a idéia de existência de uma linguagem universal. Enfatiza, ainda, que cada jogo possui suas peculiaridades, podendo, claro, estar relacionados por meio das semelhanças de família. De acordo com determinada *forma de vida*, criam-se certos hábitos e ignoram-se outros. A forma de vida que nos dará a significação da linguagem, por meio do uso.

Cabe ressaltar que o uso, a conjugação de uso, que origina o jogo, não é feito de forma indiscriminada, livre. Este uso, que nos dará a significação, é pautado por determinadas regras, que demonstrarão se o uso está correto ou incorreto. Por sua vez, estas regras compõem a gramática. De certo, esta gramática não é aquela do *Tractatus*, pois ela não se preocupa apenas com uma dimensão semântica. Como suas regras são frutos da prática social, podemos dizer que é aberta, passível de modificações constantes.

Wittgenstein elaborou sua filosofia baseando-se na questão da linguagem, entretanto, verifica-se a possibilidade de aplicação dessa teoria para a questão dos direitos fundamentais. Os principais questionamentos levantados e debatidos atualmente, relacionados à definição do que seriam tais direitos, ao conteúdo que, ao caráter universal, encontram respostas na teoria do segundo Wittgenstein, pois tocam o campo filosófico, como explicita o Professor Mauro Condé:

Embora a problemática do segundo Wittgenstein esteja centrada na dimensão lingüística, ela incidirá, por esse viés, nos principais problemas filosóficos, isto é, a pragmática da linguagem em Wittgenstein não é uma abordagem que se atém exclusivamente à linguagem, mas constitui uma concepção que, a partir da linguagem (isto é, da pragmática, da gramática, etc), possibilita-nos perpassar

um grande número de questões filosóficas (senão todas) (CONDÉ, 2004, p 46)

Não se pode negar a existência e reconhecimento de direitos humanos na esfera mundial, todavia, os valores eleitos como direitos fundamentais vão se alterar, dentro de cada sociedade. O que se vê é um esforço em propagar a proteção da dignidade humana por meio do reconhecimento e positivação de direitos eleitos como fundamentais em uma dada realidade. Entretanto, a significação de dignidade humana não possui uma uniformidade global, não sendo possível aplicá-la como uma fórmula matemática, pois ele é dependente da forma de vida em cada Estado. Seria o fim então de uma ordem universalista? Os direitos humanos garantidos em cada país são, portanto, fruto do uso, este, por sua vez, derivado de uma forma de vida. Claro que podem existir traços comuns para cada sistema, formando jogos de linguagem, que estariam ligados por semelhanças de família. Sobre a necessidade de estabelecer uma universalidade, Norberto Bobbio esclarece:

partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; **e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento**, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita pelos outros, **é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento** (BOBBIO, 2004, p 35) (grifos nossos)

A busca por uma universalidade, um fundamento absoluto, uma essência, não se justifica, pois seria dar voltas em torno do mesmo problema. As discussões sobre qual o conceito de direitos humanos, qual a essência de tais direitos, e se existe um fundamento absoluto, não encontram mais espaço, pois apenas desviariam do real propósito, que é garantir ao homem uma dignidade, cuja significação estará intimamente relacionada à forma de vida. *“Não se trata de encontrar o fundamento absoluto- empreendimento sublime, porém desesperado-, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”* (BOBBIO, 2004, p. 43).

Em conformidade com o pensamento de Wittgenstein, percebe-se que a preocupação com as questões mencionadas põe em risco o reconhecimento e,

conseqüentemente, a busca de concretização dos direitos fundamentais. Exige-se, todavia, que se depreenda de cada realidade quais os valores possuem caráter de fundamental, fazendo uma análise de como são usados, apreendendo, desta forma uma significação. Da mesma forma que as regras da linguagem estão em constante fluxo, os direitos humanos também estão, sendo determinados por forma de vida, considerando-se tempo e espaço, advindo daí o caráter mutável de tais direitos.

A unidade que poderá ser encontrada em todos os direitos fundamentais é a característica de universalidade, “que desconhece fronteiras, etnias, cor, raça, sexo e religiões.” (SAMAPAIÓ, 2004, p. 29). Em dimensão internacional, é possível afirmar, como já mencionado, que o esforço em garantir a dignidade humana pode ser tido como o objetivo comum, mas não como caráter universal, pois a existência de um fundamento absoluto pode representar um obstáculo para a proteção e efetivação de tais direitos. O caráter universal está no próprio reconhecimento da existência desses direitos, sem considerar o conteúdo deles.

O conteúdo dos direitos humanos é, dessa forma, determinado pelo uso, relacionado com a prática social, como jogos de linguagem, assemelhando-se em alguns pontos, mas sem existir uma característica imutável. A característica comum presente na ordem internacional deve ser a dignidade da pessoa humana, cuja significação vai depender de cada país. “*Não existem “superconceitos”, pois todos os conceitos têm valores comuns, isto é, adquirem valores na média em que são usados dentro dos jogos de linguagem*” (CONDÉ, 1998, p. 100). Assim, não há hierarquia entre os direitos fundamentais e as aparentes colisões ou tensões existentes entre eles devem ser solucionadas a partir de uma análise do todo em que se encontram, com direções conferidas pelos valores insculpidos na ordem jurídica.

Porém, a justificação da proteção dos direitos fundamentais apenas no caráter humano e o caráter aberto e mutável desses direitos podem representar uma abertura para que o discurso se torne apenas retórica, e a solução para essa questão é encontrada no ordenamento jurídico de determinada sociedade, que agirá como guia na determinação de tais direitos. O conteúdo dos direitos humanos estaria determinado pelo jogo lingüístico da

comunidade, expresso na ordem jurídica, sendo certo que esse jogo lingüístico está condicionado pela história dos lances precedentes. Os preceitos relativos aos direitos fundamentais exprimem o *“reconhecimento e a garantia de um conjunto de bens ou valores que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos constitucionais”* (ANDRADE apud MEDEIROS, 2004, p. 82).

2.2.2 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

A Constituição da República de 1988, fonte de validade para o Estado Democrático de Direito brasileiro, funda-se no meta-valor dignidade da pessoa humana, a ser alcançado por meio da proteção dos direitos fundamentais por ela positivados. *“Parece não haver qualquer dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro”* (CITTADINO, 2004, p. 12-13). Dessa forma, tais direitos funcionarão como norte para atuação do Estado e da sociedade, atores e construtores da democracia desejada e deverão, portanto, trabalhar em forma de cooperação, o que traduz as necessidades constantes dos direitos de 3ª geração, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição enumera, no Título II, os direitos e garantias fundamentais, mas não o faz de forma taxativa e direcional, no §2º do art. 5º, a busca por outros direitos fundamentais, denunciando o caráter aberto de tais direitos e traduzindo *“a idéia de que existem direitos fundamentais para além dos expressamente positivados na Carta”* (MEDEIROS, 2004, p. 83).

Assim, a Carta Magna atribuiu, em título separado, tratamento ao meio ambiente, despendendo-lhe capítulo próprio, que não lhe retira o status formal e material de direito fundamental, facilmente identificável nos termos utilizados

pelo legislador constituinte⁹: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A utilização de tais termos leva à conclusão de que o meio ambiente é indispensável à vida digna, objetivo maior do Estado e da sociedade, e, portanto, deve ser incorporado como direito fundamental. De tal sorte, o direito ao meio ambiente é *“integrante indubitável do grupo de direitos fundamentais de nossa Constituição, vinculado ao princípio da dignidade humana e ao próprio conceito de cidadania numa ordem genuinamente democrática”* (MEDEIROS, 2004, p. 20).

O art. 225, ao erigir o direito ao meio ambiente como direito fundamental, estabelece o carácter dualista deste direito, exigindo uma nova atuação do Estado e da sociedade, e se põe mais como um dever do Estado, e um direito/dever da sociedade. Cabe ao Estado agir considerando o meio ambiente, de forma que ele penetre em todas as suas ações, caracterizando o direito ao meio ambiente como norma-fim, conforme colocações de José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 181). O autor português, cujas ponderações sobre o tema são cabíveis em nossa realidade, demonstra que decidir sobre a proteção do meio ambiente não é faculdade do Poder Público, uma vez que *“a imposição constitucional é clara: devem!”*. Dessa forma, cabe ao Estado buscar a efetiva proteção ao bem e, por outro lado, direcionar-se pela diretriz ambiental na interpretação e aplicação de outras normas. O autor ainda esclarece que

as normas-fim ecológicas e ambientais constitucionalmente **consagradas têm um carácter dinâmico que implica uma actualização (sic)** e um **aperfeiçoamento permanente dos instrumentos jurídicos** destinados à proteção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas (CANOTILHO, 2008, p. 182) (grifos nossos)

O carácter dinâmico e aberto do direito ao meio ambiente pode ser identificado na expressão “ambiente ecologicamente equilibrado”, que, aparentemente, se apresenta como uma norma sem contornos definidos, permitindo uma interpretação discricionária para sua aplicação. Todavia, essa

⁹ “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”.

questão é superada pela análise do conteúdo constitucional como um todo, tomando o princípio da dignidade da pessoa humana como guia, que desembocará no princípio do desenvolvimento sustentável. Por conseqüência, o art. 225 deve ser tomado como ponto de referência, como explica Antônio Herman Benjamin:

é apenas o porto de chegada ou ponto mais saliente de uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, **instituem uma verdadeira malha regulatória**, que compõe a ordem pública ambiental, baseada nos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade, ambos de caráter geral e implícito. (BENJAMIN, 2005a, p. 377) (grifos nossos)

Essa malha regulatória, como já demonstrado, é conduzida pelo princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente se tornará caminho obrigatório a ser percorrido e tocará outros direitos fundamentais *“como a vida, integridade física, propriedade privada, saúde”* (CANOTILHO, 2008, p. 184), dentre outros, para alcançá-la. A dignidade da pessoa humana se revela como verdadeiro invólucro em que se encontram os direitos fundamentais, devendo ser interpretada como valor máximo do sistema jurídico (SARLET, 1998).

Dentro da pluralidade de direitos fundamentais, que podem aparentemente apresentar um caráter conflituoso entre si, como, por exemplo, o direito a propriedade e o meio ambiente, a dignidade surge como princípio integrador da constituição, pois *“nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição”* (BONAVIDES, 2003, p. 233). Verifica-se, desse modo, que a eficácia dos direitos fundamentais, vista por muitos com descrença, perpassa a questão da dignidade humana, que deve ser, então, assumida pelo Poder Público e pela sociedade *“como princípio fundamental na consciência, na vida e na práxis dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são, do mesmo passo, titulares e destinatários da ação de governo”* (BONAVIDES, 2002, p. 232).

3 A GESTÃO AMBIENTAL E SEU ASPETCO URBANO

Como mencionado no capítulo anterior, o meio ambiente equilibrado, direito fundamental de natureza difusa, exige do Poder Público uma atuação positiva para a sua proteção. A Constituição Federal de 1988, no art. 225, estabelece que o dever de preservá-lo e conservá-lo é do Poder Público e da coletividade, estabelecendo a base para a gestão compartilhada, que exige dos atores sociais esforços em comum para a efetiva proteção do meio ambiente- “*é a efetivação da solidariedade*” (PORFÍRIO JÚNIOR, p. 34), fundamento dos direitos fundamentais de 3ª geração. Entretanto, exige-se que o Poder Público seja o protagonista na gestão do meio ambiente, pois diante de sua natureza difusa, que ultrapassa a noção de público e privado, os atos estatais se mostram como espelhos cujos reflexos se dissiparão por toda a sociedade. De tal sorte, a gestão ambiental possui duas facetas que se interrelacionam de forma circular, partindo do Estado para a sociedade e retornando da sociedade para o Estado.

O Estado se porta, assim, como o tutor do bem jurídico (MILARÉ, 2007, p. 289) e a faceta propulsora da gestão ambiental corresponde ao papel do Estado, que deverá empreender esforços no sentido de proteger o meio ambiente. Como já mencionado no capítulo anterior, a atuação do Estado para a proteção do meio ambiente não é facultativa, pois, por se tratar de direito fundamental, torna-se vinculada aos princípios constitucionais. “*Não cabe, pois, à Administração deixar de proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas*” (MILARÉ, 2007, p. 151). É importante ressaltar que, no cenário estabelecido pela Constituição de 1988, não há espaço para atuação discricionária entendida como atuação do administrador livre e desprendida de um contexto. A discricionariedade encontra limites na ordem constitucional e deverá pautar-se pelo contexto por ela expresso, visando sempre a dignidade humana, obrigando o agente público a agir, inclusive, na conformidade da realidade na qual está inserido.

É certo que o Poder do Estado, considerado como ordem jurídico-política “*soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em*

determinado território” (DALLARI, 2001, p 118) é uno e indivisível, ocorrendo apenas a separação de órgãos e especialização de funções (AZAMBUJA, 1994, p. 179). Dessa forma, a Administração Pública, no âmbito da gestão ambiental, deve ser considerada no sentido amplo, compreendendo “os três órgãos do Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Nessa macrovisão da Administração Pública, pode-se dizer que o Estado é administrado pelos aludidos Poderes, sendo que o Executivo detém a primazia dessa atividade” (FARIA, 2004, p. 30). Assim, o Poder Público deve ser visto em sua forma vertical, em que se encontram os entes federativos- Município, Estado e União-, considerando-se seus os órgãos, e de forma horizontal, em que se encontram a Administração Pública direta e indireta.

A proteção ambiental, composta pelo trinômio- prevenção- repressão- punição, fundamentará os atos de gestão ambiental, que possuem natureza variada, como atos executivos, de gerenciamento, legislativos, judiciários. Assim, são exemplos de atos de gestão, considerados de forma ampla, as campanhas dentro dos órgãos para a economia de recursos naturais, como água- a “ecoetiqueta” (MATEO, 2005, p. 27); leis que determinam áreas de proteção ambiental ou por qualquer motivo tratam da matéria; uma decisão que considera o meio ambiente; licenças ambientais; o estudo de impacto ambiental; a educação ambiental; a “ecoauditoria” (MATEO, 2005, P. 27). Em um recorte nessa consideração ampla, encontram-se os atos de gestão *stricto sensu*, como por exemplo, as licenças ambientais, a definição dos níveis de poluição e o controle desses níveis, atos que envolvem o poder de polícia ambiental.

Destarte, verifica-se que a viga mestra para a proteção ambiental está na prevenção, que é tomada como valor no campo do Direito Ambiental, impedindo que, “quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, P. 34).

Todavia, a atuação estatal deve sempre considerar a proteção ambiental, direta ou indiretamente, pois o meio ambiente saudável é condição *sine qua non* para uma vida digna. Portanto, além dos princípios norteadores

da atuação do Poder Público, que são “o *princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público*” (MILARÉ, 2007, p. 287) a Constituição impõe a obediência aos direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, postos como princípios decorrentes do meta-valor dignidade humana.

Sendo assim, na ótica vertical, a proteção ao meio ambiente é matéria que diz respeito a todos os entes federativos, que compartilham o exercício do poder de polícia ambiental, e deve obedecer um critério de complementação das atuações. É importante ressaltar que o poder de polícia ambiental, tomado em sua forma ampla (MELLO, 2005, p.751), implica toda e qualquer limitação nas liberdades individuais voltadas para essa área. Paulo Affonso Leme Machado define poder de polícia ambiental como a

atividade da Administração Pública que **limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato de abstenção de fato em razão de interesse público** concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza (MACHADO, 2004, p. 309-310) (grifos nossos).

Sob esse aspecto, o exercício do Poder de Polícia ambiental é compartilhado entre o Executivo e o Legislativo (Mello, 2005, p. 751) e deve obedecer as instruções constitucionais no que diz respeito à competência de cada ente da Federação¹⁰, estabelecidas no art. 23 e 24 da Carta Magna, sob o comando de um federalismo de cooperação. O art. 23 estabelece o critério comum para o exercício da competência administrativa, diretamente ligada ao Poder Executivo, que deverá ser exercida de forma harmônica, observando-se o âmbito de repercussão que deve, necessariamente, estar ligado ao ente executor. Já o art. 24 estabelece o critério concorrente para o exercício da

¹⁰ Sobre federalismo no Brasil, ver: RAMOS, Dirceo Torrecillos. Federalismo Assimétrico. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

competência legislativa. Além disso, o art. 30 dispõe sobre a competência suplementar do Município, que poderá “legislar sobre assuntos de interesse local”. O critério concorrente, em matéria ambiental, não implica a superposição ou conflito de atuações, pois, em razão do princípio da subsidiariedade (BARACHO, 1995), cujo pressuposto essencial é a consideração das entidades menores, a União deverá editar normas gerais, que poderão ser complementadas pelos Estados e pelos Municípios, respeitando, dessa forma, as diversidades existentes. Assim é que o Município desempenha papel fundamental, pois, agirá considerando as peculiaridades locais, sem, contudo, obstar a atuação dos demais entes federativos, que devem atuar em conjunto, seguindo o mesmo norte, que é a busca da dignidade da pessoa humana. A competência suplementar dos Municípios em matéria ambiental, conforme Francisco van Acker:

pressupõe que ela seja concorrente. Portanto, é evidente que, se o Município pode editar legislação suplementar, ele o pode em todas as matérias de sua competência administrativa comum, inclusive nas relativas à proteção ambiental. O Município, em matéria ambiental, exerce competência administrativa em comum com a União e o Estado, e tem competência legislativa concorrente, ou seja, suplementar. Conseqüentemente, **suas normas devem conformar-se com as da União e do Estado, não podendo ignorá-las ou dispor contrariamente a elas**. Sua ação administrativa também não afasta a dos Estados e da União. Competência concorrente é, essencialmente, não excludente. (ACKER *apud* MILARÉ, 2007, p. 182) (grifos nossos).

É importante frisar a necessidade de estabelecer uma relação dialógica entre o Legislativo e o Judiciário para a efetividade da gestão ambiental, pois não adianta apenas legislar sem medidas capazes de efetivar as normas. O discurso ambiental corre o risco de ficar apenas no universo abstrato das leis, sem, contudo, tomar formas concretas no mundo, e diante das múltiplas barreiras encontradas, de ordem social e econômica, para a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o esforço empreendido pelo Poder Público deve ser enorme. Equilibrar os problemas sociais, as demandas econômicas sem prejudicar o meio ambiente parece tarefa insuperável, tendo em vista que o mundo possui déficit ambiental

incomensurável, que, por certo, interferirá na qualidade ambiental das gerações futuras.

O desenvolvimento sustentável, princípio vetor do Direito Ambiental, sustentado pelo trinômio crescimento econômico- desenvolvimento social- preservação ambiental, é um objetivo a ser construído, um processo dinâmico. Deve ser compreendido dessa forma para evitar que se torne um engodo diante da *“crescente insistência de empreendedores em invocar o desenvolvimento sustentável, acrescida da leniência de órgãos ambientais licenciadores e fiscalizadores (que, conscientes ou não, acabam por ceder a pressões políticas ou econômicas)”* (MILARÉ, 2007, p. 97).

O processo de desenvolvimento sustentável é constituído de ações fundamentadas no critério sustentabilidade, que se apresenta em duas facetas, a ecológica, que representa a capacidade do meio em prover recursos para atender as demandas das populações; e a faceta política, que representa a limitação do crescimento considerando a disponibilidade dos recursos naturais almejando o bem-estar geral (ALVA, *apud* Milaré, 2007, p. 68). Dessa forma, o critério a ser adotado pelo Poder Público em suas diversas áreas de atuação é o da sustentabilidade, e as diretrizes são encontradas na Constituição Federal, que impõe a obrigação de defesa do meio ambiente pelo Estado.

Verifica-se, portanto, que o Estado encontra barreiras que limitam sua ação discricionária e, como já afirmado, a defesa do meio ambiente não se encontra no leque de possibilidades de ação. Todavia, para que o Estado possa promover uma adequada gestão ambiental, entre as barreiras impostas pela ordem constitucional, há um espaço para que o Administrador Público realize escolhas direcionadas à busca desta gestão eficiente. É nesse espaço que se encontram as possibilidades de ação e o Poder Público atuará de forma discricionária, optando por determinados instrumentos que melhor se adéquem a uma determinada realidade. Nesse espaço, refre-se, limitado pelos preceitos constitucionais, se permite a ação discricionária e o Administrador Público encontra uma gama de opções e dentre elas deverá escolher, realizado uma análise da sua realidade de atuação. Essa escolha é, desse modo, um ato de natureza política, que expressará o caminho eleito para a realização da gestão ambiental.

A atuação estatal no espaço político, discricionário, no tocante à gestão ambiental, se dá por meio da análise de riscos e a escolha sobre o instrumento a ser utilizado para o gerenciamento destes riscos deve ser tomada com base em informações adequadas e suficientes “*a respeito das conseqüências potenciais de determinadas ações*” (SILVA, 2004, p. 792). Diante do caráter multidisciplinar que envolve o meio ambiente, é necessário que a Administração Pública se valha de “*profissionais de diferentes formações atuando de forma articulada e envolvendo a sociedade*” (PHILIPPI JÚNIOR; BRUNA, 2004, p. 696). Em se tratando de meio ambiente, é claro que existem acontecimentos imprevisíveis, cuja ocorrência não pode ser prevista pelas ciências, que não se revestem do caráter de infalibilidade. De tal sorte, “*a ocorrência de eventos acidentais sempre está sujeita a imprevisibilidade de muitos eventos, de forma que nenhuma tipologia acidental possui uma probabilidade nula de ocorrência*” (SANTOS JÚNIOR, 2004).

O que se busca na gestão ambiental, contudo, é analisar as ocorrências de um determinado evento, os possíveis impactos dele provenientes, e as formas de mitigá-los ou exterminá-los. Avalia-se, de forma técnica, “*os perigos existentes, suas probabilidades de ocorrência e possíveis danos ao meio ambiente*” (SANTOS JÚNIOR, 2004), apurando-se um valor estimado, que deve ser tomado como referencial. De acordo com o Engenheiro Flávio Tadeu dos Santos Júnior (2004),

a quantificação das probabilidades de ocorrência dos acidentes é feita através da consulta a bancos de dados históricos de ocorrências, informações sobre taxas de falhas e confiabilidades dos sistemas e históricos locais do próprio sistema, de forma a obter uma **estimativa da probabilidade de ocorrência de um determinado evento**. (grifos nossos).

A partir dos dados apurados é possível, então, traçar um plano para a atuação estatal sustentável, de forma a equilibrar os fatores socioeconômicos com os fatores ambientais. É importante destacar que toda a atividade humana, por menor que seja, provoca algum impacto ambiental. Os impactos gerados pela relação do ser humano com o ambiente, portanto, possuem níveis de aceitação, estabelecidos pelo Estado. Deve-se considerar os níveis de

aceitabilidade dos riscos ao elaborar o planejamento ambiental, que podem ser conceituados em três níveis: “*negligenciáveis (probabilidades e magnitudes de pequena monta); gerenciáveis (probabilidades e magnitudes controláveis, de maneira a serem aceitas pela comunidade); não toleráveis (probabilidades e magnitudes que, uma vez associadas, não são aceitáveis e exigem ações que as minimizem)*” (SILVA, 2004, P. 799).

O campo de atuação do gestor ambiental está diretamente relacionado à análise desses riscos e exigirá, a partir de então, o estabelecimento dos riscos toleráveis e das formas de minimizar ou impedir os riscos não toleráveis, expostos no planejamento, que conterà as diretrizes de ação. “*A metodologia e as ferramentas, para bem se estruturarem e conduzirem a gestão ambiental, encontram-se no planejamento, que, uma vez iniciado, torna-se um processo contínuo com várias etapas (análise da realidade, proposições de ações, avaliação e correção de todas, dentre outras)*” (...) (MILARÉ, 2007, p. 286). Observa-se, assim, que a atuação estatal, no campo da gestão ambiental, deve se guiar pelos mandamentos constitucionais, principalmente pelos expostos no art. 225, e também pelas diretrizes emanadas da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, realizando escolhas no espaço discricionário que possibilitem a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.1 A contribuição de Foucault e do mecanismo do biopoder para a gestão ambiental

A teoria de Michael Foucault, especialmente na parte denominada de genealogia, será utilizada na tentativa de demonstrar o funcionamento do poder no espaço político, discricionário. Para os fins do presente trabalho, no que tange à gestão ambiental, o foco será dado à tecnologia do poder, denominada de biopoder, originada a partir da segunda metade do século XVIII, que trata do poder da vida, poder de “fazer viver”. Assim, para uma adequada compreensão da genealogia de Foucault, deve-se considerar que “*a “tática” genealógica tem*

como ponto constitutivo central a pergunta pelos mecanismos de poder, ela procura fazer a análise desses mecanismos e de seus efeitos” (FONSECA, 2002, p 101).

Para Foucault, o Estado é algo dinâmico, em constante processo de construção, e o campo de atuação da arte de governar moderna é a sociedade civil, que é vista como o conjunto de indivíduos conectados por interesses. Um jogo de interesses desinteressados, um jogo de interesses não egoístas. (FOUCAULT, 2008, p.409). A arte de governar é justamente a governamentalidade, a gestão dos interesses dentro do espaço discricionário, que vai *“estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-o como objetivo, de certo modo, fazer o dever-ser do Estado tornar-se ser”* (FOUCAULT, 2008, p.6).

Essa governamentalidade, ou seja, a prática governamental possui limitações externas e internas. Para Foucault, a limitação externa é o direito, *“constituído por essas leis fundamentais aparece assim fora da razão de Estado e como princípio dessa limitação”* (FOUCAULT, 2008, p. 12). Os limites externos se apresentam de certo modo estabelecidos. Não estão no campo de atuação da técnica governamental, que deverá pautar-se por eles. As limitações internas consistem nos limites de fato, que não são pré-estabelecidos e serão construídos pela arte de governar, em um movimento endógeno, como explicita Foucault:

Limites de fato que podem vir da tradição, que podem vir de um estado de coisas historicamente determinado, mas também podem ser e também devem ser determinados como os limites de certo modo desejáveis, os limites adequados **a serem estabelecidos justamente em função dos objetivos da governamentalidade**, dos objetos com que ela lida, dos recursos do país, sua população sua economia, etc.- em suma, a análise do governo, da sua prática, dos seus limites de fato, **dos seus limites desejáveis**. E deduzir, a partir daí, em **que seria contraditório, ou absurdo o governo mexer**. (FOUCAULT, 2008, p 55) (grifos nossos)

Assim, na idéia do autor, o governo que ignorar os limites externos será um governo ilegítimo, mas o governo que desconhecer os limites de fato será *“um governo inábil, um governo inadequado, um governo que não faz o que convém”* (FOUCAULT, 2008, p. 15). Esses limites de fato são estabelecidos

pelo jogo de interesses, que é um jogo complexo composto por interesses individuais e coletivos. (FOUCAULT, 2008, p. 61). A análise de Foucault vai se preocupar com esse espaço onde o poder se movimenta, determinado, dessa forma, pela técnica de governar. Na genealogia, diferentemente da arqueologia, em que Foucault se preocupou com “as formas de práticas discursivas que articulam o saber”, o autor parte para uma análise, no espaço político, das “manifestações do poder” (MAGALHÃES, 1997, p. 35).

Foucault passa a se preocupar com o modo como o poder se manifesta, as estratégias traçadas para o seu exercício, as estratégias de política. Cabe ressaltar, contudo, que esse poder não pode ser entendido como algo universal, pois “o que podemos observar, diz ele, são formas díspares, heterogêneas de poder, em constante transformação” (MAGALHÃES, 1997, p. 50). Pode-se afirmar que, a partir de uma transformação do objeto do saber, a configuração do poder sofreu alterações. O saber passa a considerar o ser do homem como um saber positivo, antes negativo e assim, “o poder que manifestava sua força no direito de decidir sobre a vida e a morte de alguém, dá lugar a um tipo de poder que se manifesta concretamente por meio de medidas de gestão da vida (...). Será sobre a vida e seu desenrolar que o poder encontrará seus pontos de atuação” (FONSECA, 2002, p. 200).

Esse poder, determinado pela nova razão de governar, é delineado pela arte de governar, técnica limitada pelo direito, que pode ser entendida como “ato de “conduzir” os outros e modo de comportamento num campo mais ou menos aberto de possibilidades” (MAGALHÃES, 1997, p. 56). A nova razão de governar (a vida) se organizou, a partir do século XVIII, em dois eixos principais, que se centravam no corpo: o eixo da disciplina, baseado no corpo dos indivíduos- a microfísica do poder; e mais tarde, o eixo da segurança, baseado no corpo social- a biopolítica. É importante ressaltar que não há dissociação desses eixos, que interagem em conjunto, assim, o mecanismo de poder sobre a vida se organiza “em torno das disciplinas do corpo e das regulações das populações” (FONSECA, 2002, p. 200).

Na verdade, a nova técnica não se sobrepõe à técnica da disciplina, pois “é de outro nível, (...) é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes” (FOUCAULT, 2000, p. 288-289). Diferentemente do poder disciplinar, voltado

para o corpo do indivíduo, “o *corpo capturado como objeto de intervenção*” (FONSECA, 2002, p. 200), referindo-se ao “*domínio restrito do corpo e das instituições*” (FONSECA, 2002, p. 231), o mecanismo de segurança procura traçar estratégias, a partir da análise de possibilidades de ocorrência de acontecimentos dentro do corpo social- a população.

Essa nova tecnologia do poder, mecanismo do biopoder, se torna possível dentro de um liberalismo, tido não como paradigma de Estado, conceituado como aquele não intervencionista. Para Foucault, a prática governamental, consumidora de liberdade, deve, portanto, produzi-la e organizá-la:

É consumidora de liberdade na medida em **que só pode funcionar se existe efetivamente certo número de liberdades**: liberdade de mercado, liberdade do vendedor e do comprador, livre exercício do direito de propriedade, liberdade de discussão (...). Não é o “seja livre” que o liberalismo formula. O liberalismo formula simplesmente o seguinte: vou produzir o necessário para tornar você livre. (FOUCAULT, 2008, p. 86-87). (grifos nossos)

De tal sorte, essa nova prática governamental deve traçar estratégias para garantir as liberdades, considerando o jogo de interesses. O estabelecimento dessas estratégias se põe de forma paradoxal, pois é necessário limitar a liberdade para exercê-la, e a nova arte de governar vai se preocupar exatamente com esse jogo de interesses individuais e coletivos garantidor de liberdades. A liberdade não é tomada como a expressão “seja livre”, pois é necessário que se imponha barreiras para o exercício das liberdades: “*limitações, controles, coerções, obrigações apoiadas em ameaças, etc*” (FOUCAULT, 2008, p. 87). Liberalismo, nessa perspectiva, é “*a gestão e a organização das condições graças às quais podemos ser livres*” (FOUCAULT, 2008, p. 87).

O biopoder, nova tecnologia do poder, dirigida à multiplicidade do homem, que visa o prolongamento da vida, por meio de previsões, de estimativas estatísticas, primeiramente garantindo direitos essenciais para “fazer viver” e, em seguida, buscando a efetivação destas garantias. É na busca do prolongamento da vida, por meio dos mecanismos implantados pela biopolítica, que será possível traçar estratégias para a garantia dos direitos

fundamentais, com foco na vida. São mecanismos de segurança, que *“trabalham com previsibilidades, com riscos, com probabilidades de ocorrências. Não se sabe exatamente o rumo que o crescimento da cidade vai tomar, mas é possível fazer estimativas sobre ele e se preparar para ele* (FONSECA, 2002, p. 210).

Esse biopoder vai se ocupar, por meio de uma análise da ocorrência de eventos, de estabelecer normas. A normalização passa, assim, a ter uma natureza endógena, pois, a partir da tecnologia de segurança serão criadas normas para a sociedade. Por outro lado, o biopoder encontra limites nas normas de natureza exógena, estabelecidas pelo Direito. Assim, os fatos serão juridicizados por meio do biopoder, como explica Marcio Alves da Fonseca:

Nos mecanismos de segurança, o “normal” vem antes e a norma é deduzida dele. Se nas disciplinas partia-se da norma, separava-se o “normal” do “anormal” e se realizava um adestramento em função dessa separação, **nas seguranças, parte-se de apreensões do “normal” e do “anormal” descritas por diferentes curvas de normalidade, sendo que somente a partir do estudo ou do jogo das normalidades que se fixa “a norma”**. Esta será sempre **específica para um determinado grupo** (uma população), em relação a uma determinada situação (por exemplo, uma doença), de acordo com uma série de condições. Daí que na tecnologia de segurança não se fala em uma “normação” (como no caso da disciplina), mas em uma “normalização” propriamente dita (FONSECA, 2002, p. 215). (grifos nossos)

Essa tecnologia de segurança vai utilizar de diversos ramos da ciência para, então, estabelecer as proposições fundadas em verdades construídas em determinada época, dentro de uma determinada realidade. Para Foucault, “os discursos de verdadeiros, trazem consigo efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, 2000, p. 288), pois, a técnica de governar se utilizará deles para instituir normas. Essa nova tecnologia vê o homem como espécie e vai se ocupar de processos além do indivíduo, com o *“conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc”* (FOUCAULT, 2000, p. 289-290).

Percebe-se, dessa forma, que a biopolítica vai se ocupar: com fenômenos biológicos da espécie humana, com ocorrência universal (mortalidade, fecundidade, natalidade); com fenômenos universais e acidentais

que prejudiquem a capacidade do indivíduo, como “*velhice, acidentes, as enfermidades, as anomalias diversas*”; e com fenômenos que podem atingir a espécie humana ou o seu meio de existência, como “*os efeitos brutos do meio geográfico, climático, hidrográfico*” (FOUCAULT, 2000, p. 291). Os mecanismos do biopoder vão se preocupar em minimizar ou prevenir acontecimentos que prejudiquem a vida. Essa técnica de governar deve “*instalar mecanismos de providência em torno do aleatório que é inerente a uma população de seres vivos, de otimizar um estado de vida*” (FOUCAULT, 2000, p 293).

Isto posto, verifica-se que o biopoder vai atuar no campo discricionário, no espaço político, em que o Administrador Público pode realizar uma escolha, gerindo, assim, os interesses de determinada coletividade. Essa arte de governar vai estabelecer, por exemplo, quais enfermidades erradicar por meio dos programas de vacinação, quais os níveis aceitáveis de degradação ambiental, quais as providências para evitar que eventos da natureza afetem a população, como limpeza regular das bocas de lobo, retirada de população das encostas. Dessa forma, o mecanismo do biopoder não é universal e para sua adequada utilização deve considerar uma determinada localidade, uma determinada comunidade, uma determinada população. Há que se considerar que o espaço discricionário é, no entanto, vinculado pelos mandamentos constitucionais, em especial, pelos princípios. As normas originadas desse espaço político, discricionário, vão integrar o sistema jurídico, em conjunto com as normas constitucionais. As normas se integrarão no sistema jurídico de forma endógena, partindo do espaço discricionário, e de forma exógena, partindo do ordenamento constitucional. Diante do fluxo no sistema, o inadequado estabelecimento das estratégias de gestão, por meio do biopoder, pode ser considerado inábil o que gerará a sua ilegalidade.

O mecanismo de segurança deve ser empregado na busca do desenvolvimento sustentável e a gestão ambiental deve se valer dele para traçar as políticas que envolvem o meio ambiente. Édis Milaré aponta que:

a construção de estratégias de desenvolvimento sustentável (que pressupõe equilíbrio entre as dimensões econômicas, sociais e ambientais) necessita **contar com instrumentos tecnológicos e jurídicos eficientes e eficazes para a construção da sustentabilidade da sociedade**, o que implica a construção da

cidade e a definição de papéis dos distintos atores sociais com vistas ao manejo adequado dos ecossistemas a partir da harmonia entre pessoas e destas com o ambiente (MILARÉ, 2007, P. 70-71). (grifos nossos)

3.2 O planejamento urbano como instrumento de gestão ambiental e sua obrigatoriedade

O processo de urbanização gerou uma pressão ambiental em escala global. Nesse contexto, o planejamento urbano não pode estar desconectado das preocupações com o meio ambiente e a busca pela cidade sustentável se tornou um objetivo mundial, amparado pelos princípios de Direito Ambiental como o princípio do desenvolvimento humano e o princípio da equidade intergeracional. A bem da verdade, o que se verifica é que a política urbana está inserida na política ambiental, devendo ser realizada nos limites das estratégias lançadas pela gestão ambiental. Essa afirmativa se justifica, primeiramente, em razão da obrigatoriedade de observância do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado em todos os atos estatais, e também pelo fato do meio ambiente urbano se encaixar no conceito de meio ambiente, visto como o soma do meio natural com o meio artificial.

O Brasil vivenciou um processo de urbanização acentuado em meados do século XX, que se deu no mesmo período em que houve grande estímulo para o desenvolvimento econômico do País, caracterizado pela migração da população das áreas rurais para os centros urbanos, o que culminou com a expansão e, muitas vezes, com o crescimento desordenado das cidades. Para se avaliar o número de pessoas recebidas nos centros urbanos, “*entre 1970 e 1980, estima-se a migração rural-urbana em torno de 15,6 milhões de brasileiros*” (MARTINE, 1989).

O aumento abrupto da população nas cidades provocou diversos problemas urbanos com os quais se convive até os dias de hoje. Basta dar uma volta pelos logradouros públicos de qualquer grande cidade brasileira para se deparar com as conseqüências maléficas dessa urbanização descontrolada:

depredação do patrimônio ambiental, ocasionando a escassez de áreas verdes; a poluição da água de córregos, mananciais, rios, a poluição do ar; visual, sonora, além de outras; dificuldades de abastecimento adequado de água potável, de coleta de esgoto doméstico e de implantação de serviços de saneamento; a segregação social-urbana, acentuando o abismo entre as classes sociais, uma vez que a classe social economicamente menos favorecida encontra maior dificuldade de ser atendida pelos serviços públicos oferecidos nas cidades (transporte, saúde, educação, dentre outros). Sobre as conseqüências do crescimento populacional e da ocupação do solo de forma irregular Arlindo Philippi Jr. e Gilda Collet Bruna esclarecem:

Complexos industriais e crescimento urbano que provocaram intensa **ocupação do solo, tornando-o impermeável** e resultando em um aumento de **áreas urbanas inundáveis**. Terrenos impróprios e com **sensível declividade forma ocupados**; tornaram-se novas áreas de risco de deslizamento de terra **soterrando pessoas e fazendo desabar construções precárias**. À alta densidade demográfica seguiu-se uma não – contida geração de **lixo que se acumulou em locais inadequados**, transformando-os em focos de artrópodes e roedores nocivos à saúde das pessoas. Os assentamentos humanos, por sua vez, surgidos pela corrida dos tempos modernos, na falta de **infra-estrutura urbana, lançam seus esgotos in natura**, agravando cada vez mais o estado das águas nos rios, córregos e reservatórios. (PHILIPPI JÚNIOR; BRUNA, 2004, p. 660). (grifos nossos)

É importante ressaltar que a urbanização massificada das cidades ocorreu, no Brasil, num período em que as ações governamentais estavam voltadas para o desenvolvimento econômico e industrial do País, amparadas pelos slogans “*a maior poluição é a pobreza*” e “*a industrialização suja é melhor que a pobreza limpa*” (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 30). Dessa forma, apesar de existir preocupação com o planejamento urbano, não se buscava conciliar o crescimento das cidades com a preservação do patrimônio ambiental, pois o urbanismo, calcado na visão economicista do meio ambiente, visava apenas a pura e simples organização da cidade sob o aspecto arquitetônico e de engenharia.

Dessa forma, o crescimento populacional nos centros urbanos se deu, na maioria das vezes, de forma desmedida, desacompanhado de uma legislação adequada e eficiente para regulamentar o parcelamento do solo,

“*determinado fundamentalmente por interesses privados*” (FERNANDES, 1998, p. 222), uma vez que o interesse econômico era o principal definidor da política de zoneamento urbano e, conseqüentemente, para a edição de leis sobre o assunto. Há que se ponderar ainda que o caráter individualista da propriedade, considerado como a autonomia das pessoas em dispor dos seus bens conforme lhes aprouvesse, foi se desmistificando aos poucos, e tomou expressivo impulso a partir da promulgação da Constituição de 1946, pois, a função social da propriedade ganhou status de “princípio vetor do Direito Público” (MUKAI, 1988, p.60) e a Constituição de 1988 solidificou seus contornos, impondo à propriedade restrições em prol dos interesses da coletividade.

O texto constitucional de 1988 trouxe novos rumos para o planejamento urbano, instituindo-o como obrigação do administrador público, com o objetivo de “*ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*” (BRASIL, 1988, art. 182). Além disso, a Constituição da República imprimiu caráter fundamental ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, se mostra como importante marco para a solução das questões trazidas pela urbanização, que apesar de muito discutidas antes de sua promulgação, foram abafadas pelo regime ditatorial. Contudo, a regulamentação da política urbana expressa nos arts. 182 e 183 da Constituição veio apenas em 2001, com a edição do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho, materializado como importante instrumento da política urbano-ambiental de desenvolvimento e planejamento.

O Direito Urbanístico passou, então, a ser considerado como “*a disciplina que visa também a proteção do meio ambiente. A arte de arranjar as cidades sob aspectos demográficos, econômicos, estéticos e culturais, tendo em vista o bem do ser humano e a proteção do meio ambiente*”. (BALTAZAR *apud* MUKAI, 1988, p. 38). O Estado, perseguindo o seu objetivo maior- a dignidade da pessoa humana- deve buscar as condições para uma vida digna, o que abarca tanto a questão econômica, a questão social, como a dos aspectos ambientais, tomando por base o critério de sustentabilidade. Sob esta perspectiva, o planejamento urbano “*não trata somente do melhoramento viário*

e higiênico, como em outros tempos” (MUKAI, 1988, p. 39) e cabe ao Estado implantar políticas urbanas que conciliem o desenvolvimento e a proteção dos recursos naturais.

A previsão constitucional do tema está inserida nas das diretrizes da ordem econômica. Todavia, a problemática urbana envolve necessariamente a ordem social, a ordem econômica e a ordem ambiental, posto que é no meio ambiente urbano que a sociedade exerce seus direitos, atua como ser participativo, que demanda uma faceta social¹¹. O ser social, por sua vez, é representado pelo trabalho, gerador de riqueza, que é uma forma de expressão da ordem econômica. É no meio urbano que a o *modus vivendi* do ser humano se processa. A justificção para a disposiçõ das diretrizes para a política urbana dentro do estabelecido pela ordem econômica é dada por Édis Milaré:

As circunstâncias históricas da elaboração da Constituição talvez tivessem induzido o constituinte a enfatizar o direito à propriedade urbana e o seu uso, porque o processo acelerado de urbanização gerava (e ainda gera) duas aberrações infensas aos direitos humanos fundamentais: **a especulação imobiliária e a exclusão social**. De resto, no mundo rural havia (e até agora persiste) esta mesma dupla aberração, em formas análogas às da cidade. As pressões do momento histórico (...), ao darem o rumo para a afirmação de direitos constitucionais, **carregavam as aspirações de uma sociedade marcada por profundas desigualdades**. (MILARÉ, 2007, p. 515) (grifos nossos)

Isto posto, verifica-se que a política urbana é componente integrante da política ambiental e a gestão ambiental toca as questões urbanas, consideradas não apenas como aquelas relativas às cidades, pois diante da contínua progressão do processo de concentração da população nas cidades, como assevera Marcos Abreu Torres (2001, p. 201), *“o conceito de zona rural tende a desaparecer em virtude do processo de urbanização territorial. As*

¹¹ Ser social aqui considerando sob a perspectiva de Marx, considerando as exposições feitas em sua obra “O Capital” e expostas por Marx nos *Grundrisse*. O que diferencia o homem dos animais, como evidenciado por Marx, é a produção dos seus próprios meios de vida. Entretanto, tanto o ser natural, comunal, quanto o ser social, como integrantes do gênero humano, produzem seus próprios meios de vida. O homem se relaciona com a natureza para produzir seus próprios meios de vida, para sobreviver, através dos dotes por ela concedidos a ele. O trabalho é o mediador da transformação do ser natural para o ser social. A evolução dos meios de produção é a conseqüente evolução do ser. O trabalho deixa de ser fundamentado na subsistência e passa a ser fundamentado na geração de riqueza.

ciudades exercem um poder econômico e cultural tão fortes que tais zonas estão se tornando uma extensão do ambiente urbano, divididas sob dois aspectos funcionais: o agrícola e as áreas de interesse ambiental.”

Nesse cenário, não é possível estabelecer os limites do urbano e do rural, o que certamente geraria uma espécie de campo inatingível pela gestão urbana. O urbanismo *“abrange, quantitativamente, um espaço maior (o território todo, englobando o meio rural e o meio urbano), e, qualitativamente, todos os aspectos relativos à qualidade do meio ambiente, que há de ser o mais sustentável possível”* (MUKAI, 2006, p.70). De tal sorte, verifica-se que o planejamento urbano deve englobar todo o território e pautando-se no princípio da dignidade humana, por meio do critério da sustentabilidade, impulsionador do desenvolvimento sustentável, alcançar o equilíbrio entre o trinômio- crescimento econômico- desenvolvimento humano- preservação ambiental. É importante destacar que o desenvolvimento sustentável não pode ser concebido sem a consideração das interligações entre tais fatores, que devem estar equilibrados, pois a sobreposição de qualquer um deles gerará desequilíbrio nos demais.

O planejamento urbano se põe como instrumento de gestão pública, integrante dos procedimentos do processo de desenvolvimento sustentável, e, dessa forma, é instrumento de gestão ambiental, que contribuirá para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conforme Toshio Mukai (2006, p. 71), *“é do âmbito da preocupação e de abrangência do direito urbanístico o disciplinar convenientemente, visando um ambiente sadio, todas as ações humanas relacionadas com o uso do solo”*. Fica clara assim, a necessidade da consideração, para fins de planejamento urbano, de todo o território, composto por meio urbano e meio agrícola, pois o valor dignidade humana deve alcançar todos os seres humanos, inadmitindo-se que o planejamento preocupe-se apenas com o sujeito urbano, promovendo a exclusão do sujeito rurícola (MILARÉ, 2007, P. 533).

Consagrado pela Constituição de 1988 e delineado pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o planejamento urbano, adquire, assim, relevante papel na construção da cidade sustentável, e as suas diretrizes devem ser

elaboradas pelos administradores e pelos cidadãos, considerando as necessidades locais e assim, evitando que ele seja utilizado como “*um facilitador de interesses do mercado imobiliário*” (SILVA; ARAÚJO, 2003, p. 63). A Administração holística (MILARÉ, 2007, p. 533), considerando o todo e com a efetiva participação social, se torna um imperativo e o planejamento urbano, de tal sorte, deve abordar não apenas as questões relacionadas ao uso e a ocupação do solo, mas deve garantir a função social da propriedade “*assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas*” (BRASIL, LEI nº 10.257/2001, art. 39).

A ordenação do território implica a elaboração de um documento técnico, que deve avaliar as peculiaridades locais, configura-se como espécie de plano imperativo, submetendo toda a coletividade envolvida, principalmente o Poder Público. José Afonso da Silva (2008, p. 786) explica que “planejamento é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”. Esses objetivos previamente estabelecidos, tomados a partir da análise de dados técnicos sobre os fatores de determinada realidade, são transportados para um plano, que é o documento que abarcará as estratégias para alcançar tais objetivos. O grau de coerção do plano vai depender de seu valor jurídico “*no sentido de saber se os comandos das previsões do plano vinculam ou não os sujeitos econômicos. Se vincularem a todos, estaremos diante de um plano imperativo; no caso contrário, estaremos perante um plano indicativo*” (SILVA, 2008, p. 787-788).

Observa-se que o planejamento deve ser realizado considerando determinada realidade e o seu grau de efetividade dependerá da conexão entre as diretrizes estabelecidas no plano e a realidade local. Destarte, a Constituição Federal atribui ao Município o importante papel de ordenação municipal, e esse papel deve ser obrigatoriamente desempenhado. É o Município o ente federativo dotado de maior capacidade para a função de ordenação territorial, pois além de garantir sua autonomia administrativa, o poder local está mais próximo dos fatos, o que permite a elaboração de um planejamento adequado. Cabe, contudo, ressaltar que o Município representa o habitat do homem, onde o princípio da dignidade humana se materializa com

maior expressão o que, por conseguinte, gera a obrigação constitucional de ordenar o território, sob pena de lesar direitos fundamentais.

3.2.1 A interpretação do art. 182 da CR/88

O texto constitucional confere ao plano diretor o status de instrumento básico para a realização do ordenamento urbano, instituindo a sua obrigatoriedade nas cidades com mais de 20 mil habitantes. Verifica-se, todavia, a necessidade de ampliação do conceito de cidade considerada apenas como a sede do Município, para alcançar todo o território municipal, constituído pela parte urbana e pela parte agrícola. A ampliação desse conceito assegura que as diretrizes garantistas e inclusivas emanadas pela Lei Maior sejam aplicadas, permitindo a tutela que alcance todos os habitantes, sem restrições ou segregações.

Assim, para que se promova uma proteção adequada do meio ambiente, tomado como direito fundamental, os Municípios com mais de 20 mil habitantes devem utilizar obrigatoriamente o Plano Diretor como instrumento de planejamento urbano. É importante ressaltar que a obrigatoriedade da elaboração do Plano Diretor imposta pela Carta Magna não exclui o dever dos Municípios com a faixa populacional inferior a 20 mil habitante ordenar o seu território, posto que o planejamento é uma forma de conferir segurança, de buscar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, a gestão urbana, realizada por meio do planejamento, não está situada na esfera discricionária de atuação do Poder Público Municipal, mas é um imperativo constitucional e, como forma de proteger direitos fundamentais e alcançar a dignidade humana, deve ser realizado em todos os Municípios, independentemente da faixa populacional.

Uma vez que o meta-valor dignidade humana, é um conceito aberto, e sua interpretação se dá a partir de consideração de todo o ordenamento jurídico, norteadas pelos direitos fundamentais, outra não poderia ser a interpretação do mandamento constitucional derivado do art. 182. A dignidade humana apresenta-se como ponto de partida e fim, conduzindo o círculo

interpretativo, destacando-se, “pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional” (SARLET, 2009, p. 85). A interpretação aplicada deve ser aquela que vislumbre o sistema jurídico de forma integrada, em que os princípios constitucionais estão posicionados no ápice do sistema e se irradiaram por ele.

Os princípios constitucionais funcionam como critério de interpretação e integração do ordenamento (CITADDINO, 2004, p. 19), sendo a dignidade humana o princípio superior. A ordem democrática abarca, em razão de sua natureza, interesses diversos e conflituosos. Os conflitos serão solucionados por meio dos princípios, que funcionam como “*fio condutor de diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo*” (BARROSO, 1996, p. 146). Para uma interpretação constitucional em conformidade com a realidade é preciso que a Constituição seja vista como unidade, o que permitirá a solução dos conflitos.

A unidade, como explica Luiz Roberto Barroso (1996, p. 185), tem a função de reconhecer as “*contradições e tensões- reais ou imaginárias- que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas*”. O autor ainda coloca que cabe ao princípio da unidade da Constituição “*o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas*”. O ordenamento deve ser, então, compreendido de forma integral, em conexão com “*o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição*” e cabe ao intérprete “*prender-se à realidade da vida*” (BONAVIDES, 2006, 479).

O mandamento constitucional expresso no art. 182 da Constituição deve ser necessariamente conectado à ordem jurídica a qual pertence. Nesse sentido, é clara a obrigação de ordenação territorial por todos os Municípios do país, independentemente da faixa populacional. Essa afirmação é feita fundamentada, primeiramente, no fato do planejamento proporcionar uma forma de assegurar os direitos fundamentais, criando as condições para o exercício de tais direitos. Outro ponto que fundamenta a afirmação é o fato da Constituição ser democrática, agrupando uma pluralidade de concepções,

interesses contraditórios e conflituosos, como já afirmado, que imprime um caráter integrador, e não segregador.

Afirmar a desobrigatoriedade do planejamento urbano nos Municípios com faixa populacional inferior a 20 mil habitantes é, sem dúvida, uma forma de criar um espaço de segregação, conferindo ao Poder Público o poder de decidir se os habitantes de uma determinada localidade poderão desfrutar de direitos postos como fundamentais. Essa é uma hipótese inadmissível! O planejamento, como forma de se atribuir uma melhor qualidade de vida, instrumento da gestão ambiental, fundamenta-se nas disposições presentes no ordenamento jurídico. Assim, a necessidade da gestão ambiental, por meio da ordenação urbana, em todos os Municípios é confirmada pelo conteúdo ambiental do Estatuto da Cidade, conforme explicita Édis Milaré:

as ações legais do Poder Público local estão respaldadas pela Carta Magna, da qual a Política Nacional Urbana é tão-somente uma explicitação parcial; por isso, o conteúdo ambiental da Lei 10.257/2001 deve ser bem explorado e trazido à luz **num contexto jurídico mais amplo do que essa Lei** (MILARÉ, 2007, p. 532). (grifos nossos).

A Constituição estabelece um instrumento específico para a ordenação territorial nos Municípios com mais de 20 mil habitantes, que é o Plano Diretor. Por certo, leva em conta a capacidade financeira desses Municípios, que permite que se estruturam adequadamente, e a quantidade de danos ambientais gerados. O Plano Diretor exige, para a sua elaboração, que o Poder Público seja dotado de informações técnicas adequadas e da participação ativa da sociedade. Além disso, deve ser aprovado por lei. Tais características demonstram que ele é tido como um instrumento mais rigoroso e, portanto, necessário na realidade dos Municípios com a faixa populacional estabelecida pela Constituição. Não obsta, contudo, que os Municípios com menos de 20 mil habitantes utilizem esse instrumento. Inclusive, o Estatuto da Cidade, no art. 41, estabelece outras hipóteses de obrigatoriedade do Plano Diretor, desvinculadas da faixa populacional.

O Plano Diretor, nessa perspectiva, é o instrumento básico para a política de gestão urbana, mas não é o instrumento essencial. O próprio

Estatuto da Cidade, no art. 4º, III, o coloca como um dos instrumentos de planejamento municipal. Enxerga-se com nitidez a obrigatoriedade de planejamento urbano nos Municípios com faixa populacional inferior a 20 mil habitantes, que poderão, dentre as possibilidades enumeradas no Estatuto da Cidade, optar por um instrumento diverso do Plano Diretor e, também, poderão valer-se de atos normativos.

3.3 A participação da sociedade na gestão ambiental

O princípio da co-responsabilidade pelo meio ambiente, expresso no art. 225 da Lei Maior, confere uma nova dinâmica na esfera de exercício do poder, muito em razão do caráter transindividual dos direitos de 3ª geração, que ultrapassam as fronteiras do público e do privado. O exercício do poder, antes atribuído apenas ao Estado que o exerceria de forma soberana, com a participação do povo por meio da representação, diante dos direitos fundamentais de 3ª geração, sofreu alterações em relação à forma de relacionamentos dos atores sociais, considerados de forma ampla. Essa concepção de atores sociais em sua forma ampla engloba o Estado e a sociedade como um conjunto que se interrelaciona de forma contínua e dinâmica, sem a cisão que coloca o Estado de um lado e a sociedade de outro, em relações estáticas. Antes a relação se dava de forma linear- do Estado para a sociedade e agora, como já dito acima, a relação se dá de forma circular, partindo do Estado para a sociedade e retornando da sociedade para o Estado. A sociedade, sob esse prisma, deve ser entendida como o complexo integrado por indivíduos, associações, empresas, partidos políticos, enfim, as partes que compõe o todo de uma comunidade.

O Estado Democrático brasileiro, estruturado sob o princípio da dignidade humana, que abarca o conteúdo dos direitos fundamentais, exige, assim, uma participação ativa da sociedade, propiciando, dessa forma, a efetividade dos preceitos constitucionais. Assim é que, segundo Jorge Reis Novais (2006, p 19) “*o Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a*

democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito”.

A democracia necessária para a existência desse modelo de Estado vai muito além daquela concepção divulgada comumente, considerada como a participação do povo no poder, em regra, pelo exercício do direito de voto. A democracia realizada deve ser aquela que possibilite a máxima proteção aos direitos fundamentais, que aparecem no paradigma do Estado Democrático de Direito como forma de ressaltar o princípio da dignidade humana. Os direitos fundamentais, nesse prisma, devem ser tomados como *“os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, seja democrático”* (GALUPPO, 2003, p. 236).

De tal sorte, a democracia se coloca como o espaço de exercício da pluralidade, das diversidades, da multiplicidade de interesses concorrentes, o que leva a conclusão de ser um espaço de conflito. Todavia, os conflitos existentes são solucionados por meio da interpretação constitucional, que deve se guiar pelo princípio da dignidade humana. A efetividade dos direitos fundamentais está diretamente ligada à participação de todos os atores sociais, todos aqueles afetados. Impõe, nesse novo cenário construído pelo Estado de Direito Democrático, um alargamento do círculo de intérpretes (CITTADINO, 2004, p. 19), atribuindo também à sociedade este papel. *“É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa”* (CITTADINO, 2004, p. 19).

A nova dinâmica estabelecida, caracterizada pela relação circular entre Estado e sociedade, transforma, como visto, a participação da sociedade, que deixa de ser vista como conjunto de administrados, e passa a ser colaboradora, cooperando na atuação do Poder Público, com nítido desenvolvimento do princípio de cooperação/colaboração entre Administração e indivíduos (RUIZ, 2007, p. 115). Nesse cenário democrático, os interesses contraditórios são solucionados por mecanismos postos pela ordem jurídica e a participação social se coloca como fator relevante para a efetividade da norma

constitucional. A grande dificuldade das Constituições contemporâneas é a passagem do mundo abstrato das enunciações para o mundo concreto (BONAVIDES, 2006, p. 579) e a participação da sociedade se põe como conector nesta passagem.

São múltiplas as formas pelas quais é possível exercer o direito à democracia por meio da participação popular: a participação no processo legislativo, por meio da iniciativa popular ou do referendo; a participação em órgãos colegiados dotados de poderes normativos; a participação popular na formulação e execução de políticas públicas, por meio das audiências públicas; a participação popular por meio do judiciário. Para Gisele Cittadino:

não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico- política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de **instrumentos processuais -procedimentais** que, utilizados pelo **círculo de intérpretes da Constituição**, possa vir a **garantir a efetividade dos direitos fundamentais**.(CITTADINO, 2004, p. 10-20) (grifos nossos)

Isto posto, fica clara que a necessidade de participação da sociedade na gestão ambiental decorre, primeiramente, da própria natureza do bem, que é difusa, e em segundo plano, da condicionante para uma efetividade das políticas públicas ambientais. A participação deve ser voltada para a ação do Estado, impulsionando-o a agir, retirando-o do cômodo espaço da omissão, além de implicar uma participação na construção do desenvolvimento sustentável. Dessa maneira, a busca pelo valor dignidade humana perpassa a questão do desenvolvimento sustentável, que será efetivado por meio da solidariedade coletiva, entendida como *“a mútua implicação de sujeitos públicos e privados para a consecução de interesses gerais, representando, pois, uma consciência conjunta de direitos e responsabilidades”* (RUIZ, 2007, p. 105). Há, contudo, em matéria ambiental, a clara prevalência do interesse do equilíbrio ecológico na atividade interpretativa (AZEVEDO, 2008, p. 132).

A sociedade, nesse novo cenário que se instala, exerce ora papel de sujeito ativo, no exercício do direito à democracia, considerada em suas múltiplas formas de participação popular, ora como sujeito passivo, atingida pelas ações estatais a ela direcionadas. O indivíduo integrante do complexo

social não é, todavia, um indivíduo desprendido. Há uma clara mutação do ser comunal, natural, ser de rebanho, para esse indivíduo participativo, que perpassa o ser social, *“é resultado de todo um itinerário histórico que destruiu os liames que uniam de maneira indissolúvel indivíduos e comunidades, indivíduos e condições de existência”* (ALVES, 2001, p. 259). Diferentemente da transformação do ser natural para o ser social, vislumbrada na teoria de Marx¹², em que se agrega ao ser natural a consciência individual, transformando-o em ser social, ocorreu uma verdadeira mutação para o ser participativo, que deve se enxergar dentro de uma comunidade como indivíduo coletivo.

Entretanto, sob essa perspectiva, a existência do ser participativo depende de um constante diálogo entre os atores sociais- Estado/Sociedade, que se comunicam de forma dinâmica. O ser participativo, não obstante, é um ser inserido em uma determinada realidade, é um *“agente engajado, mergulhado numa cultura, numa forma de vida, num “mundo” de envolvimento”* (TAYLOR, 2000, p. 74), *“um agente cuja experiência só se torna inteligível ao ser situado no contexto do tipo de agente que ele é”* (TAYLOR, 2000, p. 81).

Observa-se que o indivíduo engajado é aquele que, dentro de uma determinada realidade, se correlaciona com o todo, interferindo nesta realidade. Não obstante, a construção social por meio da comunicação entre Estado e Sociedade, aqui defendida, vai depender da modificação do modelo antropocêntrico adotado, egoísta, para a adoção de um modelo holístico. A transformação do ser, e, conseqüentemente, do modelo, se dará por meio da

¹² A individualidade moderna é traço diferenciador entre ser social e ser natural, trazida por um processo que desvencilhou seres humanos conglomerados em um todo, em uma comunidade, transformando-os em indivíduos “livres de quaisquer liames ou coações outros além daqueles determinados pela sua existência de indivíduos livres.” (ALVES, 2001, p. 259) Essa separação entre os seres possibilitou a transformação do ser passivo para o ser ativo, pois o indivíduo busca atender as suas necessidades individuais, denominado por Antônio José Alves (2001, p. 259) de *“egoísmo racionalmente exercitado”*, atuando no mundo diretamente para atingir seus objetivos. “Quanto mais recuamos na história, mais o indivíduo – e portanto o produtor individual- nos aparece como elemento que depende e faz parte de um todo mais vasto; faz parte, em primeiro lugar, e de maneira ainda inteiramente natural, da família e dessa família ampliada que é a tribo; mais tarde, faz parte das diferentes formas de comunidades provenientes do antagonismo entre as tribos e da fusão destas. Só no século XVIII, na *“sociedade civil”, as diversas formas de conexão social aparecem face ao indivíduo como simples meios para alcançar os seus fins privados, como uma necessidade exterior a ele”*.(MARX, 2002, p. 5)” (grifos nossos)

aquisição de informações suficientes, ou seja, pela educação qualitativa. Sem esse elemento essencial o que se observa é a manutenção de um modelo dominante, “(...) *evidenciando uma vinculação a concepções ultrapassadas relativas ao homem e à natureza*” (AZEVEDO, 2008, p.99), no qual prevalecem os interesses do *Shadow State*, que “*em muitos casos compreende os verdadeiros “donos do poder”: proprietários de terras, promotores imobiliários, grupos econômicos, investidores, igrejas, forças armadas, etc*” (FERNANDES, 2006, p. 30).

O desenvolvimento sustentável, objetivo a ser alcançado inclusive pela gestão ambiental, é processo do qual a sociedade participa ativamente e “o *êxito da gestão e da política advirá do grau de coesão de seus atores, da lucidez das diretrizes e da boa condução das ações*” (MILARÉ, 2007, p. 286). Nota-se que a participação social é essencial e definirá o grau de efetividade do direito ao meio ambiente e o grau de eficácia da gestão e da política ambiental. A participação popular na gestão ambiental é garantia de efetivação de uma justiça ambiental legítima, que afastará qualquer espécie de apartheid ou dominação. Essa justiça ambiental objetiva garantir que todas as pessoas, independentemente de raça, nação ou classe social, serão protegidas de impactos desproporcionais causados ao meio ambiente (U.S. Environmental Protection Agency *apud* HOLIFIELD, 2001, p. 81)¹³.

Por outro lado, sem condições efetivas de participação, ou seja, sem informações capazes de tornar o ser de rebanho em ser participativo, não há condições para a realização de uma comunicação entre os atores sociais, mas sim para uma dominação, interrompendo o fluxo circular entre Estado e sociedade, impossibilitando a formação do círculo de intérpretes da Constituição. Paulo Bonavides aponta:

(...) A confusão de rumos e de idéias paralisa a razão pensante da sociedade agredida, que se vê sem guias e sem cérebros para a resistência, entregue, **desfalecida e silenciosa, ao domínio irresistível das elites governantes**. O egoísmo, as ambições, a insensibilidade dessas elites escrevem, porém, a **mais negra página**

¹³ “*The goal of environmental justice is to ensure that all people, regardless of race, national origin or income, are protected from disproportionate impacts of environmental hazards*”.

de traição nacional nos anais de nossa história. (BONAVIDES, 2003, p. 216). (grifos nossos)

Imperará, se não houver a alteração desse modelo dominante, a prevalência dos interesses econômicos que gerará como consequência, atrofia da dimensão socioambiental.

4 ANÁLISE DOS DADOS DAS PESQUISAS PERFIL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS 2002, 2005 E 2008: UM PANORAMA SOBRE A QUESTÃO URBANO-AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

O objetivo da transposição dos dados para o presente trabalho é possibilitar a realização de uma conexão entre o ideal, estabelecido pelo ordenamento jurídico, e o real, a partir de uma averiguação do panorama dos Municípios brasileiros relacionado aos aspectos ambientais e de instrumentos urbanos. Para os fins almejados, utilizou-se como fonte de dados as pesquisas Perfil dos Municípios Brasileiros dos anos 2002, 2005 e 2008, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE. Em relação à pesquisa MUNIC 2002 é importante ressaltar que foi utilizado apenas o suplemento sobre meio ambiente.

Buscou-se, para os fins almejados pelo presente trabalho, realizar um recorte nas pesquisas analisando principalmente os dados relacionados às faixas populacionais, desconsiderando os dados específicos das regiões e dos Estados-membros. Os dados das pesquisas foram obtidos por meio da análise dos questionários respondidos pelos gestores de cada municipalidade e se mostram de grande valia para propiciar um adequado planejamento municipal e, conseqüentemente, uma gestão ambiental eficiente.

4.1 A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros: meio ambiente 2002

A publicação da Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros de 2002, em sua terceira edição, contou com um suplemento especial sobre o meio ambiente. A pesquisa revelou o ponto de vista dos gestores municipais e a análise foi feita nos 5.560 Municípios existentes no território brasileiro até dezembro de 2001, sendo que a coleta das informações foi realizada no primeiro semestre de 2003

O suplemento Meio Ambiente buscou levantar informações ambientais que retratassem o estado do meio ambiente local, sendo seus principais objetivos:

identificar pressões antrópicas, ou seja, **causadas, direta ou indiretamente, pelas atividades humanas sobre o meio ambiente**, em especial aquelas que interferem nos **recursos água, ar, solo, flora e fauna**; identificar os **esforços pró-ativos dos governos** municipais tendo em vista a adoção de programas e ações de caráter ambiental (IBGE, Perfil dos Municípios Brasileiros 2002, p. 12-13) (grifos nossos).

Dessa forma, para os fins almejados, alguns aspectos, dentre os abordados pela pesquisa, foram selecionados, principalmente os que tratam de questões relativas aos impactos ambientais identificados. Em relação à gestão ambiental foram selecionados os aspectos sobre estrutura administrativa, sobre existência de legislação ambiental municipal e sobre as ações governamentais direcionadas para minimizar os impactos ambientais. Em relação aos impactos ambientais, a pesquisa abordou a questão de forma geral, procurando identificar os impactos ambientais no território municipal, e também analisando os impactos com conseqüências sobre as condições de vida humana e sobre certas atividades econômicas.

Conforme mostrado na TAB 1, poucos são os municípios possuidores de um Órgão Municipal voltado exclusivamente para a questão ambiental, sendo que a grande maioria possui órgãos que tratam de outras questões além da ambiental, de forma conjunta. Verificou-se, também, que um número expressivo de Municípios não possui qualquer estrutura administrativa-ambiental. Na análise da estrutura administrativa por faixa populacional, a pesquisa demonstra que todos os Municípios com mais de 500 mil habitantes possuem alguma estrutura administrativa para tratar das questões ambientais, seja em um órgão específico, seja um órgão que trate da questão juntamente com outras questões correlacionadas. Um dado preocupante trazido diz respeito aos Municípios com menos de 5 mil habitantes, pois ficou constatado que um número elevado de Municípios nessa faixa populacional não possui nenhuma estrutura administrativa para tratar das questões ambientais, refletindo, dessa forma, a despreocupação com o meio ambiente. A tabela 1 ilustra a existência dos OMMA nos Municípios brasileiros:

Tabela 1: Porcentagem dos municípios brasileiros que possuem estrutura administrativa para tratar das questões ambientais

Órgão Municipal de Meio Ambiente	% dos municípios
Secretarias Exclusivas	6,0%
Secretarias em conjunto com outras áreas	26,0%
Subordinado a uma secretaria de outro setor	36,0%
Não apresentam nenhuma estrutura institucional	32,0%

Fonte: dados da pesquisa MUNIC 2002

Na TAB.2 é apresentado o resultado da pesquisa relativo à estrutura administrativa em duas faixas populacionais. Os municípios com mais de 500 mil habitantes (correspondendo a 0,72% do número total de municípios) possuem alguma estrutura administrativa para tratar das questões ambientais, seja em um órgão específico, seja um órgão que trate da questão juntamente com outras questões correlacionadas. Um dado preocupante trazido diz respeito aos municípios com menos de 5 mil habitantes, que correspondem a 28% do total de municípios brasileiros, uma vez que ficou constatado que um número elevado destes municípios não possui nenhuma estrutura administrativa para tratar das questões ambientais, refletindo, desta forma, a despreocupação com o meio ambiente.

Tabela 2: Porcentagem da ocorrência dos tipos de estrutura institucional municipal voltada para o meio ambiente por faixa populacional

Municípios com mais de 500 000 habitantes		Municípios com até 5 000 habitantes	
100% possuem algum órgão de meio ambiente		51% possuem algum órgão de meio ambiente	
Tipos de estrutura institucional	Porcentagem	Tipos de estrutura institucional	Porcentagem
Secretarias exclusivas	45%	Secretarias exclusivas	2%
Secretaria conjunta	24%	Não apresentam nenhuma estrutura institucional	49%
Subordinado a uma secretaria de outro setor	31%	Secretaria conjunta ou órgão subordinado	49%

Fonte: Dados da pesquisa MUNIC 2002.

Na abordagem sobre a legislação ambiental foi demonstrado que 43% dos Municípios brasileiros (2363 municípios) possuem algum tipo de norma que trate da questão ambiental. Os atos legislativos que comportam o tratamento da matéria são diversos, assim, a pesquisa avaliou a presença de normas ambientais nas municipalidades considerando essa diversidade e o resultado pode ser verificado na Tabela 3. Para esse tema, foram considerados, principalmente, os seguintes atos: lei orgânica do município, plano diretor, planos setoriais, código ambiental municipal, leis ambientais dos Municípios (não conflitantes com leis estaduais e/ou federais). É importante ressaltar que alguns Municípios adotam mais de uma forma de ato legislativo para tratar da questão ambiental. Os resultados obtidos pela pesquisa em relação ao ato normativo mais adotado pelos Municípios podem ser visualizados na tabela 3.

Tabela 3: Municípios com alguma legislação

Legislação ambiental	Porcentagem(*)
Capítulo ou artigo da Lei Orgânica	81
Capítulo ou artigo do Plano Diretor	13
Código Ambiental	17
Leis municipais criando Unidades de Conservação	15
Demais tipos de legislação (**)	7

Fonte: dados da Pesquisa MUNIC 2002

(*) A porcentagem foi calculada em relação ao total de municípios brasileiros que possuem algum tipo de norma ambiental (2363 municípios).

(**) “Capítulo ou artigo no Plano de Desenvolvimento Urbano ou no Plano Diretor para Resíduos Sólidos ou no Plano Diretor para Drenagem Urbana ou no Zoneamento Ecológico-Econômico Regional, apresentaram percentual de 7% ou inferior, dentre os municípios que declararam possuir alguma legislação específica” (IBGE, 2003, p. 28).

Na FIG 1 é mostrado o percentual de Municípios que possui um determinado tipo de legislação estratificado segundo as classes de tamanho da população. Quanto a Lei Orgânica, percebe-se que não há diferença significativa entre as classes de tamanho da população, o que pode ser atribuído ao seu caráter obrigatório emanado do art. 29 da Constituição Federal. Quanto aos outros tipos de normas percebe-se um crescimento à medida que aumenta o tamanho da classe da população, evidenciando uma maior conscientização a respeito do tema para cidades com populações maiores.

A análise por faixa populacional pode ser verificada na FIG. 1:

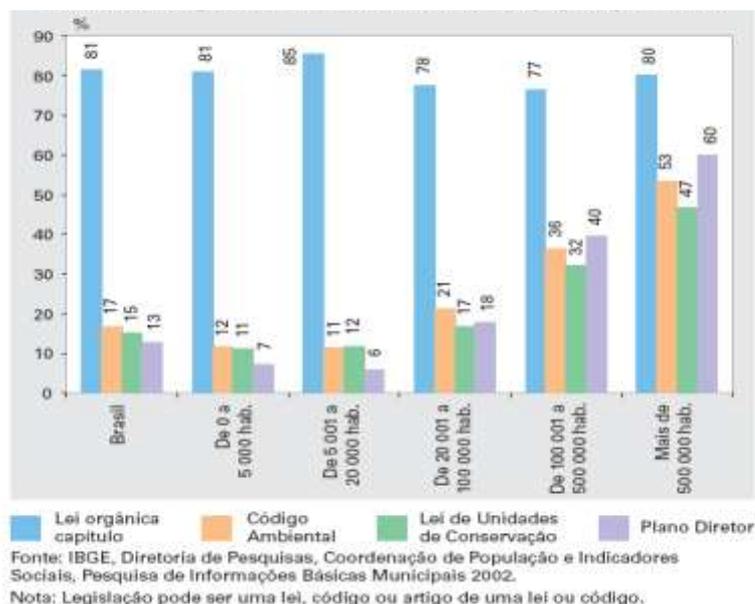


Figura 1: Percentual de municípios por tipo de legislação ambiental dentre os que informaram a existência de legislação ambiental, segundo classes de tamanho da população – 2002

A pesquisa, na abordagem sobre os impactos ambientais municipais, levou em consideração fatores tais como “*poluição do ar, poluição da água, assoreamento de corpo d’água, contaminação do solo, alteração da paisagem e degradação de áreas protegidas*” (IBGE, 2002, P. 73). Foram selecionados, para o presente trabalho, além dos dados sobre impactos gerais, alguns dados sobre o assoreamento do corpo d’água, à poluição do recurso água e a contaminação do solo.

De acordo com as informações coletadas dos gestores municipais verificou-se que a ocorrência de impactos que geram conseqüências sobre a vida humana é elevada – 43% dos gestores dos municípios informaram a existência de algum impacto. É importante destacar que os gestores poderiam indicar mais de um impacto. Na TAB.4 é mostrado a porcentagem dos gestores municipais que informaram a ocorrência dos tipos de impactos ambientais, relacionados na tabela, que afetam as condições de vida da população. Percebe-se que a presença de esgoto a céu aberto e desmatamento são os que mais ocorrem. No caso de esgoto a céu aberto os dados podem refletir uma despreocupação dos gestores municipais no trato de saneamento básico.

No tocante ao desmatamento, tais dados sugerem uma deficiência na fiscalização.

Tabela 4: Impactos ambientais que afetam as condições de vida da população

Impactos ambientais	Porcentagem
Presença de esgoto a céu aberto	46
Desmatamento	45
Queimadas	42
Presença de vetor de doença	40

Fonte: Dados da pesquisa MUNIC 2002.

A ocorrência de impactos por faixa populacional é demonstrada pelo FIG.2:

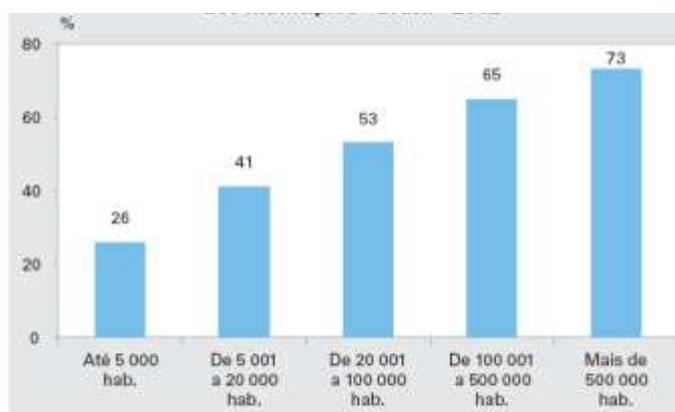


Figura 2: Proporção de Municípios que apontaram alteração ambiental que tenha afetado as condições de vida da população, segundo classes de tamanho da população dos Municípios
Fonte: Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2002

Analisando a FIG. 2 percebe-se que a quantidade de impactos aumenta proporcionalmente com a faixa populacional e os problemas ambientais informados nas faixas populacionais superiores a 100 mil habitantes estão relacionados, na maioria das vezes, às consequências da urbanização. Na TAB 5 é mostrado os tipos de impactos ambientais mais comuns nas nas duas faixas populacionais de referência. até 100 mil habitantes e população superior a este número.

Tabela 5: Impactos ambientais mais comum nos Municípios com mais de 100.000 habitantes e com menos de 10.000 habitantes

População até 100.000 habitantes		População superior a 100.000 habitantes	
Desmatamento	44%	Ocupação irregular e desordenada do território	47%
Presença de esgoto a céu aberto	44%	Presença de esgoto a céu aberto	42%
Queimadas	41%	Contaminação de rio, baía, lago, açude, represa, etc	40%

Fonte: Dados da Pesquisa MUNIC 2002

Verifica-se que o problema de saneamento básico é comum às duas faixas populacionais, o que sugere a falta de preocupação dos gestores municipais em investir no planejamento urbano-ambiental. No caso do desmatamento e das queimadas, pode-se atribuir a sua incidência nos municípios com menos de 100.000 habitantes à existência de áreas que possibilitem a prática dessas atividades e à deficiência da fiscalização.

Houve a preocupação em identificar, após o questionamento sobre os impactos mais frequentes e perceptíveis pelos gestores públicos, se medidas estavam sendo tomadas para prevenir ou minimizar tais impactos gerados. Dessa forma, uma vez que os impactos ambientais foram apurados a partir da visão dos gestores municipais, verifica-se a tentativa de se estabelecer um paralelo entre tais impactos e as ações governamentais visando solucioná-los, minimizando-os, exterminando-os ou atuando de forma preventiva. A TAB. 6 demonstra as ações praticadas para mitigar os impactos gerados, considerando os 2.263 Municípios que apontaram a ocorrência de impactos que afetem as condições de vida humana.

Tabela 6: Ações praticadas para a solução dos problemas apontados

Controle de vetores de doenças	1.575	70,0%
Ampliação e/ou melhoria do sistema geral de abastecimento de água	1.445	64,0%
Programa de educação ambiental	1.205	53,0%
Ampliação e/ou melhoria da rede geral de esgoto sanitário	1.122	50,0%

Introdução de práticas de desenvolvimento rural sustentável	1.072	47,0%
Fiscalização e combate ao despejo inadequado de resíduos domésticos	1 053	47,0%

Fonte: Dados da Pesquisa MUNIC 2002

Confrontando as informações sobre os impactos ambientais e as ações tomadas, percebe-se que há uma desconexão entre elas. Ações que tratam da questão do desmatamento, das queimadas, da ocupação irregular, da contaminação das águas, não estão no rol das ações praticadas e tais impactos foram apontados com grande frequência pelos gestores. Fica clara, dessa forma, a ineficiência da gestão ambiental.

Os impactos mais observados, na perspectiva geral, podem ser verificados pela análise da FIG. 3:

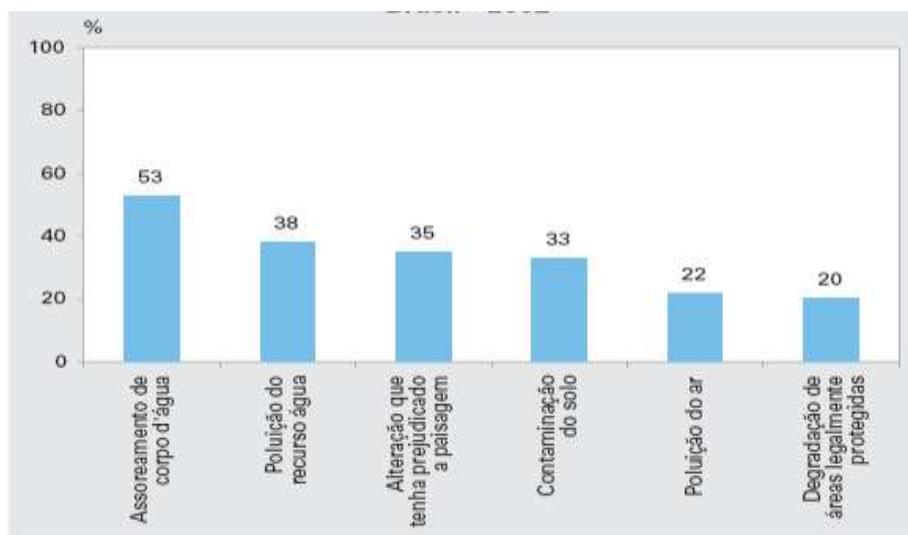


Figura 3: Proporção de Municípios que informaram a ocorrência de problema ambiental, por tipo de problema

Fonte: Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2002

Assim, nota-se que, no âmbito geral, os impactos ambientais, informados com maior frequência pelos gestores, ocupando as duas primeiras colocações, foram o assoreamento de corpo d'água¹⁴ e a poluição do recurso

¹⁴ "O processo de assoreamento é entendido, genericamente, como a obstrução do corpo d'água pelo acúmulo de substâncias minerais (areia, argila, etc.) ou orgânicas (lodo), provocando a redução de sua profundidade e da velocidade de sua correnteza. Quando ocorre, o assoreamento de um corpo d'água (baía, lagoa, rio, etc.) pode dificultar o tráfego de embarcações, trazer prejuízos à atividade pesqueira e acentuar os efeitos das

água. Interessante ressaltar que a contaminação do solo encontra-se em quarto lugar no ranking das ocorrências informadas. Observando os impactos por faixa populacional, verifica-se que o problema relacionado à água é comum a praticamente todos os Municípios. Outra questão comum aos Municípios, independentemente da faixa populacional, está relacionada à degradação de áreas protegidas. No entanto, as causas da degradação diferem, sendo “*que nos Municípios menos populosos está associada, principalmente, ao desmatamento e às queimadas, nas cidades de populações média e grande, aparecem ligadas à expansão urbana e à ocupação desordenada do território*” (IBGE, 2003, p. 86).

Em relação ao assoreamento do corpo d’água, problema ambiental relatado com maior frequência, foram apontados pelos gestores os possíveis causadores do problema. Os três fatores apontados como causadores principais foram: à degradação da mata ciliar, ao desmatamento e à erosão e/ou deslizamento de encostas. Os fatores causadores do assoreamento do corpo d’água identificados pelos gestores podem ser verificados na FIG.4:

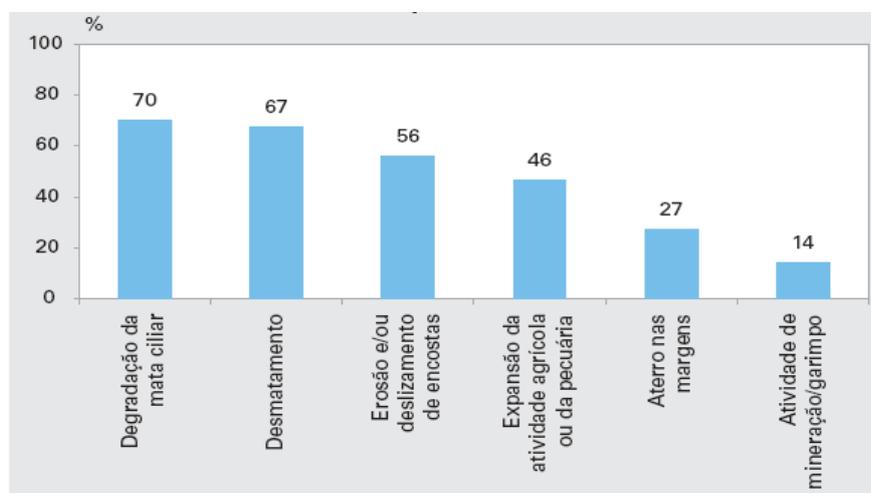


Figura 4: Proporção de Municípios que informaram assoreamento de corpo d’água, segundo causas mais frequentes

Fonte: Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2002

A pesquisa procurou identificar, em uma análise por faixa de população, quais os fatores eram predominantes em uma faixa específica. Em todas as faixas populacionais a degradação da mata ciliar foi apontada como uma das causas para o assoreamento do corpo d’água.

inundações, principalmente sobre as populações ribeirinhas, quando do excesso de precipitações” (IBGE, 2003, p. 87) (grifos nossos).

Por outro lado, **aterro nas margens aumenta significativamente** sua importância relativa na medida em que se elevam as faixas populacionais dos Municípios, sendo apontada por **66% dos Municípios (dentre os que apontaram assoreamento como um problema) com população acima de 500 000 habitantes**. É possível que isto esteja ocorrendo por conta da **expansão urbana**, configurando-se, nestes casos, **uma ocupação irregular e desordenada** (IBGE, 2003, p. 88) (grifos nossos).

Analisando o impacto a poluição do recurso água, apontado com grande frequência pelos gestores, posicionado em segundo lugar, a pesquisa buscou, da mesma forma, associar a tal impacto os possíveis fatores causadores. Ressalta-se que alguns gestores indicaram a ocorrência de mais de um fator causador do impacto. Essa associação pode ser verificada na FIG. 5:

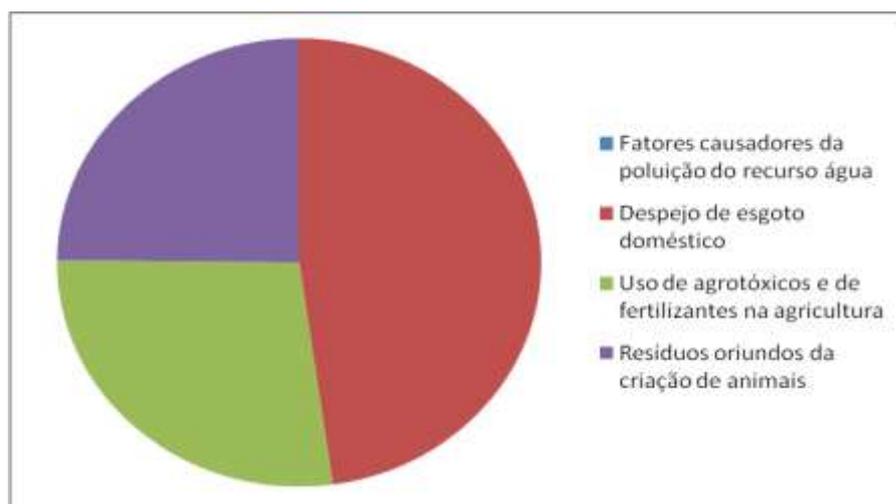


Figura 5: Fatores causadores da poluição do recurso d'água

Fonte: Dados da Pesquisa MUNIC 2002

No recorte por faixa populacional, a pesquisa constatou que as causas “despejo de esgoto doméstico” e “disposição inadequada de resíduos sólidos” possuem uma ocorrência maior nos Municípios faixa populacional superior, em áreas com intensa urbanização. Já os fatores “uso de agrotóxicos e de fertilizantes na agricultura¹⁵” e “resíduos oriundos da criação de animais” foram

¹⁵ “Embora os agrotóxicos tenham efeitos reconhecidos no combate às pragas, esses podem ser persistentes, móveis e tóxicos no solo, na água e no ar. Tendem a acumular-se no solo e na biota, e seus resíduos podem chegar às águas de superfície por escoamento, e às subterrâneas por lixiviação” (IBGE, 2003, p. 185).

identificados nos Municípios de natureza agrícola, com menor porte populacional. Todavia, a causa com ocorrência elevada em todas as faixas populacionais, como se verifica na FIG. 6, é o despejo de esgoto doméstico, que pode ser indicativo da deficiência do planejamento urbano-ambiental em todas as faixas populacionais, principalmente no tocante ao saneamento básico.

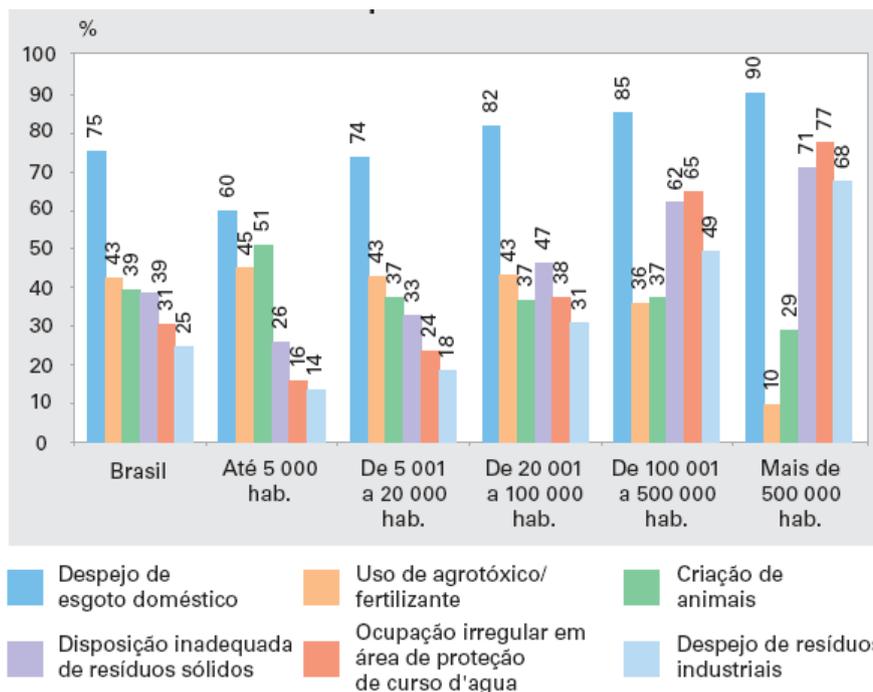


Figura 6: Proporção de Municípios com ocorrência de poluição do recurso água, por tipo de causas mais apontadas, segundo classes de tamanho da população
Fonte: Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2002

O fator relacionado ao uso de fertilizantes e agrotóxicos, com ocorrência freqüente nos Municípios com população de menor porte, é apontado também como causador de impactos no solo. O descarte das embalagens desses produtos foi apontado como fator relevante para ocorrência desse impacto, “*pois que quando não são recolhidas de forma adequada tornam-se um fator de risco de contaminação ambiental*” (IBGE, 2003, p. 190). A pesquisa verificou que um número elevado de Municípios realiza o descarte de forma inadequada, em vazadouro a céu aberto. O uso de agroquímicos é apontado, ora como causador de poluição do recurso água, ora como causador de poluição do solo e, também, como causador dos dois problemas, sendo que, dentre os Municípios que apontaram a existência de contaminação do solo, uso de

agrotóxicos e fertilizantes está entre as causas que “*tiveram a maior proporção de casos (62,8% 62% atribuíram o problema ao uso de agrotóxicos e fertilizantes*” (IBGE, 2003, p. 197).

4.2 A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros 2005- MUNIC 2005

A Pesquisa MUNIC 2005, realizada no final de 2005 e início de 2006, buscou demonstrar, dentre os 5.564 Municípios existentes no território brasileiro, a gestão municipal e seus mecanismos, coletando dados sobre temas relacionados a estas questões. Para os fins desse trabalho, foi selecionada apenas a parte que trata dos instrumentos de planejamento urbano.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que regulamentou o disposto na Constituição sobre política urbana, traz a previsão de outros instrumentos de planejamento em seu art. 4º¹⁶. O Plano Diretor recebeu papel de destaque

¹⁶ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;

b) contribuição de melhoria;

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V – institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação;

b) servidão administrativa;

c) limitações administrativas;

d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;

e) instituição de unidades de conservação;

f) instituição de zonas especiais de interesse social;

g) concessão de direito real de uso;

h) concessão de uso especial para fins de moradia;

i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;

na Pesquisa, no recorte instrumentos de planejamento urbano, pois ele é considerado como instrumento básico para a gestão urbana, em decorrência do art. 182 da Constituição de 1988. Além da hipótese prevista na Constituição, que obriga os Municípios com mais de 20 mil habitantes a elaborarem o plano diretor, o Estatuto da Cidade, no art. 41¹⁷, traz outras hipóteses de obrigatoriedade. A pesquisa, contudo, considerou em sua análise apenas a obrigatoriedade nos Municípios com faixa populacional superior a 20 mil habitantes e nos Municípios integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.

Contatou-se que 24,7% do total de Municípios brasileiros (1.372) utilizavam algum dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade. Dos Municípios que utilizavam algum instrumento, verificou-se que 58,7% dos Municípios adotavam o Plano Diretor como instrumento de planejamento urbano, representando 14,5 % de todos os Municípios brasileiros (807). Um dado relevante apontado pela pesquisa está relacionado à oportunidade conferida pelo Plano Diretor de participação popular no orçamento. Observou-se uma participação expressiva nos Municípios que possuíam tal instrumento, representada pelo percentual de 84,7%, na época da realização da pesquisa.

O Estatuto da Cidade, no texto publicado em 2001, previu a obrigatoriedade da aprovação do Plano Diretor, para os Municípios que se

-
- j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - l) direito de superfície;
 - m) direito de preempção;
 - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - o) transferência do direito de construir;
 - p) operações urbanas consorciadas;
 - q) regularização fundiária;
 - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
 - s) referendo popular e plebiscito;
 - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Medida Provisória nº 459, de 2009)
 - u) legitimação de posse. (Incluído pela Medida Provisória nº 459, de 2009)

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV). (grifos nossos)

¹⁷ Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- I – com mais de vinte mil habitantes;
- II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4o do art. 182 da Constituição Federal;
- IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional

enquadrassem nas hipóteses previstas no art. 41, I e II, até 10.10. 2006¹⁸. Assim, a pesquisa identificou que 35,3% dos Municípios (1.963) se enquadravam em tais hipóteses, sendo que apenas 28,6% (561) possuíam o Plano Diretor e 71,4% (1.402) deveriam elaborá-lo até outubro de 2006.

Ainda, considerando os Municípios que possuíam Plano Diretor na época, a pesquisa constatou que uma parcela expressiva possuía o plano há mais de dez anos, o que conflitava com o estabelecido pelo art. 40 do Estatuto da cidade, que dispõe sobre a necessidade de revisão da lei que instituir o Plano Diretor a cada dez anos. Todavia, ações no sentido de adequar o planejamento por meio do instrumento ora analisado, promovendo a revisão do texto legal, foram identificadas em 72% desses Municípios.

Os instrumentos postos a disposição dos gestores municipais se configuram como forma de implementar as diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da cidade, no art. 2º. No tocante aos outros instrumentos previstos no Estatuto da cidade, a MUNIC 2005 constatou que estes não eram adotados nem pela metade dos Municípios brasileiros. A pesquisa apurou que, dentre os Municípios que adotam outros instrumentos de planejamento, o Código de Obras era adotado por uma parcela considerável, representando 44,5% desses Municípios.

O zoneamento espacial constitui uma forma de implementação das diretrizes da política urbana, que tem por objetivo fundamental a inclusão das camadas mais desfavorecidas da sociedade em um espaço urbano que as torne aptas a desfrutarem de uma vida digna. A MUNIC 2005 verificou que os zoneamentos especiais, para fins de proteção do meio ambiente e demais bens previstos no art. 2º, XII, e para fins de uso do solo, como, por exemplo, habitação de interesse social, eram utilizados por 29% dos Municípios brasileiros. Dentro desse universo, a proteção ambiental por meio do estabelecimento de zonas especiais era adotada em 83% dos Municípios que possuíam algum tipo de zoneamento de interesse especial.

¹⁸ A Lei 11.673 alterou o prazo para 30 de junho de 2008.

4.3 A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros 2008- MUNIC 2008

A Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros, em sua sétima edição, procurou realizar um apanhado das questões tratadas pelas edições anteriores relacionadas à gestão municipal. Os dados foram coletados por entrevistas realizadas, na sua grande maioria, presencialmente, com os gestores dos 5.564 Municípios existentes no território brasileiro no ano de 2008. De acordo com os objetivos do presente trabalho, foram selecionados os dados referentes aos instrumentos de política urbana e à questão ambiental, principalmente os que permitem a correlação com os dados obtidos pelas pesquisas anteriores.

Em relação aos instrumentos de política urbana, a pesquisa MUNIC 2008 constatou que o instrumento mais utilizado além do Plano Diretor é o Código de obras, adotado por 52,7% dos Municípios brasileiros, permanecendo na mesma colocação se comparado à MUNIC 2005. Todavia, o instrumento que teve maior crescimento percentual foi o zoneamento para interesse especial, com crescimento de 12%. A comparação entre as pesquisas MUNIC 2005 e 2008 da utilização dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, sem considerar o Plano Diretor, pode ser verificada na FIG 7:

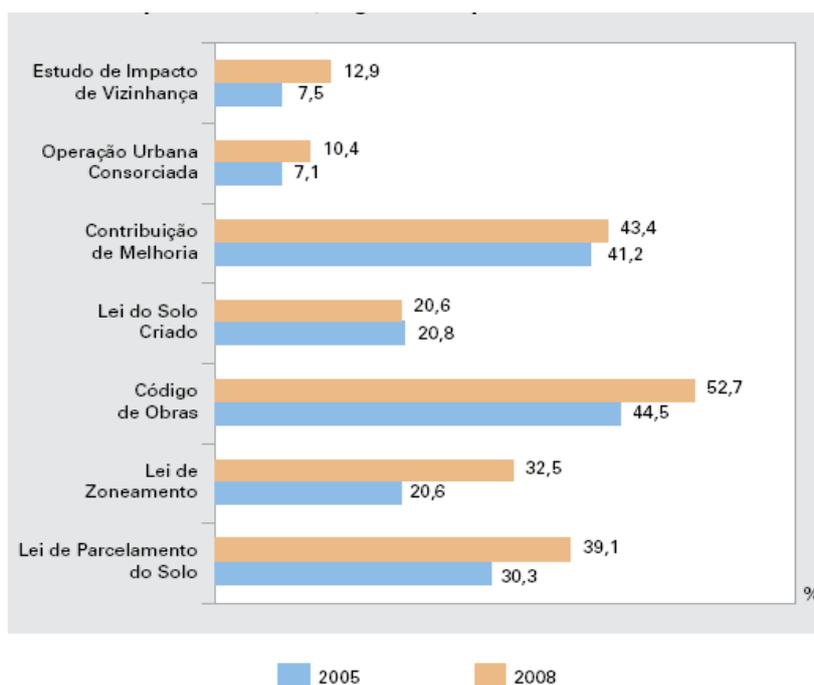


Figura 7: Percentual de Municípios com instrumentos de política urbana, segundo o tipo
Fonte: Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2005/2008

Partindo para a análise dos aspectos relacionados ao instrumento Plano Diretor, é necessário mencionar que o Estatuto da Cidade estabeleceu, em seu texto original, o prazo para a promulgação da lei instituidora desse instrumento, pelos Municípios que se encaixassem nos critérios definidos pelo art. 41, I e II, até o dia 10.10.2006. Todavia, a Lei nº 11.673 de 8 de maio de 2008, alterou esse prazo, para o dia 30 de junho deste ano. A pesquisa constatou que houve um crescimento percentual de 19, 3% entre os Municípios que informaram possuir tal instrumento.

Em relação à questão ambiental, a pesquisa verificou, analisando a estrutura administrativa, que 77,8% dos Municípios brasileiros possuem algum tipo de Órgão Municipal de Meio Ambiente. Em comparação com o suplemento Meio Ambiente da MUNIC 2002, houve um aumento percentual considerável, como se verifica na TAB. 7:

Tabela 7: Existência de Órgão Municipal de Meio Ambiente

Total de Municípios 2002 -5560		Total de Municípios 2008- 5564	
Existência de OMMA	Porcentagem	Existência de OMMA	Porcentagem
Possuem Órgão Municipal de Meio Ambiente	68,0%	Possuem Órgão Municipal de Meio Ambiente	77,8%
Não apresentam nenhuma estrutura institucional	32,0%	Não apresentam nenhuma estrutura institucional	22,2%

Fonte: Dados das pesquisas MUNIC 2002 e MUNIC 2008

Assim como na MUNIC 2002, a MUNIC 2008 procurou identificar a ocorrência de impactos ambientais, analisando-os de forma geral, considerando todos os Municípios brasileiros e também analisando os impactos que geram conseqüências “sobre as condições de vida humana e/ou com efeitos prejudiciais sobre certas atividades econômicas, especificamente sobre a pesca, a agricultura e a pecuária” (IBGE, 2009, p. 92). Constatou-se que 90,6% dos gestores informaram a ocorrência de algum impacto que provocasse alteração ambiental. É relevante mencionar que era possível identificar mais de um impacto ambiental.

Em relação aos impactos que afetem as condições de vida da população, foram mencionados com maior freqüência pelos gestores municipais, apontados por mais da metade destes: queimadas (54,2 %),

desmatamento (53, 5%)e assoreamento de corpo de água (53,0%). Na Pesquisa MUNIC 2002 os principais problemas apontados foram esgoto a céu aberto, desmatamento e queimadas. Tendo em vista que o desmatamento e as queimadas possuem ocorrência maior nos Municípios com menor porte populacional e tais impactos foram apontados nas duas pesquisas, observa-se a necessidade do planejamento ambiental mais adequado e da fiscalização mais eficaz nesses Municípios.

Foi estabelecida uma tendência para a ocorrência de tais impactos, sendo que aumentam proporcionalmente com o crescimento da faixa populacional. Em relação aos impactos queimadas, desmatamento, degradação de áreas legalmente protegidas e escassez do recurso água, constatou-se uma tendência contrária, pois a ocorrência era menor nos Municípios com maior porte populacional.

A pesquisa aponta que não ocorreram alterações relevantes nos percentuais referentes aos problemas assoreamento de corpo de água, poluição do ar e degradação de áreas legalmente protegidas, como se verifica na TAB. 7:

Tabela 8: Impactos ambientais que mantiveram o percentual de ocorrência inalterado

PERCENTUAIS MUNIC 2002 E MUNIC 2008	
Assoreamento do corpo d'água	53%
Poluição do ar	22%
Degradação de áreas legalmente protegidas	21%

Fonte: Dados da pesquisa MUNIC 2008

Todavia, observou-se um aumento da ocorrência de contaminação do solo em 20 pontos percentuais. O percentual apresentado pela MUNIC 2002 era de 33%. Em contrapartida, houve um decréscimo da ocorrência do problema “alteração que tenha prejudicado a paisagem”, e os dados da MUNIC 2008 revelam que sua ocorrência foi reduzida à metade dos Municípios brasileiros.

Dividindo-se os Municípios em três faixas populacionais é possível identificar os problemas mais comuns em cada faixa apontados pela MUNIC 2008, conforme o quadro 1. Pela análise do quadro verifica-se que as soluções tomadas para mitigar tais impactos não foram eficazes, uma vez que tais problemas apareciam também com frequência elevada na MUNIC 2002. Os problemas relacionados à água, por exemplo, permanecem comuns em todas as faixas populacionais, principalmente o assoreamento do corpo d'água.

Impactos ambientais por faixas de população		
Municípios compreendidos nas faixas entre 5.000 e 50.000 habitantes	Municípios com mais de 50.000 até 500.000 habitantes	Municípios com mais de 500.000
Queimadas	Assoreamento do corpo d'água	Poluição do recurso água
Desmatamento	Poluição do recurso água	Assoreamento do curso d'água
Assoreamento do corpo d'água	Desmatamento	Poluição do ar

Quadro 1: Existência de impactos ambientais por faixa de população
Fonte: Dados da pesquisa MUNIC 2008

4.4 Reflexões sobre os aspectos apontados

Os dados das pesquisas demonstram que há a necessidade de otimização da gestão ambiental, alargando, dessa forma, o planejamento ambiental, principalmente nos Municípios com menor porte populacional, onde a gestão parece estar esquecida. Apesar das pesquisas apontarem para a ocorrência de impactos ambientais mais frequentes nos Municípios com porte populacional maior, verificou-se que alguns impactos, principalmente os relacionados ao recurso água, estão presentes em grande parte dos Municípios brasileiros. Não é possível, na configuração de Estado atual, admitir que haja espaços cinzentos, desmerecedores de proteção ambiental, direito fundamental garantido constitucionalmente. Mesmo que os impactos ambientais não possuam uma ocorrência frequente nos Municípios de porte populacional

menor, o planejamento ambiental é imperioso e o princípio da prevenção deve ser observado.

As pesquisas se mostram interessantes na medida em que refletem a visão dos gestores municipais, que, no caso relativo aos impactos ambientais, apontaram diversos problemas, mas, por outro lado, as soluções tomadas no sentido de mitigar, prevenir ou exterminar tais problemas não estavam necessariamente correlacionadas, o que demonstra a desconexão com a realidade local. É nítida a existência de problemas nos Municípios agrícolas e nos Municípios urbanos, o que demanda, assim, uma gestão atrelada a localidade específica, a uma determinada realidade, para que a política ambiental seja eficiente.

Outra questão que merece destaque é a relativa ao espaço territorial, uma vez que as pesquisas demonstram a existência de clara cisão na Administração Pública entre o urbano e o rural, sendo que este último, muitas vezes, cai em um espaço de total desconsideração. Essa visão, equivocada, por certo obsta o alcance de um desenvolvimento sustentável. Uma Administração holística deve considerar o meio urbano de forma geral, pois já não é possível determinar a divisão entre os dois espaços, que se interrelacionam de forma dinâmica, formando o conjunto territorial a ser considerado.

No tocante ao planejamento urbano, apesar dos claros avanços apontados, verifica-se a necessidade de alteração da visão dos gestores, principalmente dos gestores de Municípios com porte populacional menor. A utilização dos instrumentos deve ser incrementada. Cabe, todavia, ressaltar, que os instrumentos apontados pelo Estatuto da Cidade não são taxativos, o que permite que os Municípios utilizem outros meios de planejamento, observando, por óbvio, os critérios definidos em lei. Ainda é possível verificar que muitos Municípios que se encaixam nos critérios de obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor ainda não o possuem, o que pode ter justificado a alteração do prazo previsto no art. 50 do Estatuto da Cidade para 30 de junho de 2008.

Considerando a ocorrência freqüente de impactos ambientais em Municípios integrantes das faixas populacionais superiores a 20 mil habitantes,

constata-se que a Constituição prevê a necessidade do Plano Diretor nesses Municípios acertadamente, uma vez que determina um planejamento mais rigoroso. Por conseguinte, fica clara a necessidade do planejamento ambiental municipal, principalmente por meio do planejamento urbano, para garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. As gestões municipais devem ser atualizadas, buscando refletir as necessidades locais, e a participação popular se mostra indispensável. Essa participação, no cenário colocado, desempenhará papel fundamental para retirar a Administração Pública do estado inerte em que se encontra. Desculpas, como, por exemplo, a falta de recursos, não são admissíveis, uma vez que o Poder Público possui ferramentas que podem ser utilizadas em favor das questões ambientais, como a criação do Fundo Municipal de Meio Ambiente.

5. ANÁLISE SOBRE UMA POSSÍVEL RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS¹⁹- A QUESTÃO DO PLANEJAMENTO URBANO

5.1 Apontamentos iniciais sobre a responsabilidade civil

A responsabilidade pode ser entendida como o dever de contraprestação por um dano causado injustamente a outrem. O princípio de refutar qualquer lesão injusta é da natureza humana. No Código de Hamurábi (estima-se que surgiu por volta de 1700 a.C.) pode-se perceber a noção da obrigação de reparar uma lesão causada a terceiros:

21º - Se alguém faz um buraco em uma casa, deverá diante daquele buraco ser morto e sepultado

23º - Se o bandido não é preso, quem foi roubado deverá, sob juramento, reclamar a quantia roubada; então a aldeia e o governador, em cuja terra e circunscrição o roubo teve lugar, **devem compensá-lo pelos bens roubados.**

45º - Se um homem aluga seu campo para ser cultivado mediante uma renda fixa e recebe a renda do seu campo, mas sobrevêm uma tempestade e destrói a safra, o dano recai sobre o cultivador.

53º - Se alguém for preguiçoso em conservar em condições apropriadas o seu dique e não o faz, e, em conseqüência, se produz uma fenda no mesmo dique e os campos da aldeia são inundados d'água, aquele, em cujo dique se produziu a fenda, **deverá ressarcir o trigo que ele fez perder.**

229º - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto. (DAVE, 2003; e KING) (tradução livre) (grifos nossos)

A despeito de se verificar que a noção de reparação de um dano está presente nos escritos dessa antiga codificação, considerada como um marco da organização social por meio do Direito, não se pode afirmar que há uma vinculação entre os dizeres nela incutidos sobre a responsabilidade e o instituto da responsabilidade civil hodiernamente conhecido. Não se pode traçar uma evolução histórica apontando a noção jurídica atual de responsabilidade civil como decorrente do Código de Hamurabi, sob pena de se tratar de assunto afeto à História. A interdisciplinaridade existente entre a ciência do Direito e a

¹⁹ Para o conceito de meio ambiente utilizado no trabalho, verificar o Capítulo 2.

História é clara e amplamente reconhecida, todavia, para não abandonar objeto da pesquisa e não abordar de forma leviana o assunto, optou-se apenas por mencionar que se pode abstrair, atualmente, do texto do Código de Hamurábi a noção de contrapartida por prejuízo causado a outrem, sem, contudo, vincular uma origem para o instituto adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.

O dano causado, primitivamente repudiado com violência física, fez surgir o instituto da responsabilidade civil que serviu como estrutura para o desenvolvimento do entendimento atual. A Lei Aquília²⁰ é considerada²¹ como o ponto de partida para o entendimento moderno da responsabilidade extracontratual e, por isso, também denominada de responsabilidade aquiliana. Pode-se afirmar que esse documento legal introduziu a noção de culpa na reparação dos danos causados em virtude de ato ilícito. Todavia, foi com a Escola do Direito Natural que o instituto teve a sua concepção alargada, uma vez que houve a modificação do enfoque no tocante à indenização- da culpa para o dano. O delineamento dos princípios da responsabilidade civil surgiu com o Direito Francês (VENOSA, 2008, p. 18), e o Código de Napoleão²² foi a fonte positivadora do princípio de reparação para os códigos modernos (PEREIRA; 1998, p. 5).

O instituto da responsabilidade, a partir de então, funda-se na noção de quebra de equilíbrio ocasionado por uma lesão, traçando sua evolução no desenvolvimento da idéia de dano e de reparação do desequilíbrio gerado. “Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano” (VENOSA, 2008, p. 18). O dano, todavia, não seria um dano qualquer, mas deveria estar conectado à conduta

²⁰ “Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da “Lex Aquilia” o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. (...)A “Lex Aquilia” foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens” (VENOSA, 2008, p. 17).

²¹ César Fiúza, 2006, p. 737; Sílvio de Salvo Venosa, 2008, p. 17; Caio Mário, 1998, p. 114; Sílvio Rodrigues, 2002, p. 157.

²² Art. 1.382: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

do seu causador, que necessariamente deveria ser contrária ao Direito. O dever de indenizar derivaria do dano gerado por um ato voluntário (culpa) contrário à ordem jurídica. O ato ilícito se torna, portanto, a causa geradora do dever de indenizar. Essa transição de referencial permitiu que o instituto ampliasse o seu alcance. *“A corrente exegética assentou que o fundamento da reparação do dano causado é a culpa. Os autores franceses desenvolveram-na em seus caracteres e construíram (...) a doutrina subjetiva”* (PEREIRA, 1998, p. 13).

Para atender à necessidade de novas soluções, decorrente das constantes transformações sociais, era necessário que o instituto ampliasse o seu alcance, acompanhando essas transformações. Paralelamente ao alargamento do alcance da teoria subjetiva, diante de sua incapacidade de prover soluções para lesões causadas independentemente de culpa e, que por isso, ficariam sem a devida reparação, ocasionando um desconforto social, surgiu então a teoria objetiva. Para Maria Helena Diniz:

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizada pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma **reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização**. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que **todo risco deve ser garantido**, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. (DINIZ, 1986, p. 11) (grifos nossos)

Irradiava-se, na teoria objetiva, ou do risco, a idéia de que todo o dano deve ser recomposto e de que quem aufere benefício com determinada atividade lesiva deve reparar os prejuízos, baseada no princípio *“ibi ònus”* (Diniz, 1986, p. 11). A teoria objetiva se mostrava como solução para os casos em que *“a prova da culpa é fato pesado ou intransponível para a vítima”* (VENOSA, 2008, p. 16). Há, assim um alargamento da obrigação de indenizar. Contemporaneamente, a teoria objetiva não se fundamenta apenas no risco,

mas também no dano, que pode, inclusive, dispensar a análise da existência daquele. (VENOSA, 2008, p. 15).

No Brasil, o esboço da responsabilidade subjetiva começa a ser traçado na Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho, em 1899 e a teoria subjetiva, por influência das idéias traçadas nessa Consolidação e das idéias dissipadas pelo Código de Napoleão, foi consagrada no Código Civil de 1916 (PEREIRA, 1998, p.6). Contudo, foi também reconhecida nesse diploma legal a possibilidade de reparação do dano sem se considerar a culpa (teoria objetiva), em casos especiais, demonstrando a necessidade do alargamento dos preceitos da teoria da responsabilidade, para que não se perpetuasse o dano sem a devida indenização e trazendo, por conseguinte, maior segurança jurídica.

A conduta contrária ao Direito (ato ilícito) deixa de ser a base para justificação da responsabilidade, *“mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano. Busca destarte evitar um dano injusto, sem que necessariamente tenha como mote principal o ato ilícito”* (VENOSA, 2008, p. 7).

O Código Civil de 2002 adota a teoria da responsabilidade subjetiva²³ como base, sem, contudo, desconsiderar a necessidade da aplicação da teoria objetiva²⁴ em determinados casos. O estudo do instituto, em virtude, principalmente da capacidade do ser humano moderno em produzir alterações sociais, se mostra dinâmico e sua aplicação, conseqüentemente, requer constantes adequações.

5.2 A responsabilidade extracontratual do Estado

A noção de responsabilidade do Estado se configura como um dos pilares no Estado de Direito e, em virtude disso, o instituto e as suas conseqüências foram pontos fundamentais nos estudos promovidos em Direito Administrativo durante o século XX (GORDILO, 2006, p. XIX-2). A

²³ Art. 186 e 187 do Código Civil.

²⁴ Art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

responsabilidade extracontratual deriva do descumprimento de regras gerais, as quais devem ser observadas pela Administração Pública e, em virtude de especialidade, não pode ser regida pelas mesmas regras que disciplinam a responsabilidade civil. Por essa razão, acredita-se que a denominação correta para o instituto é responsabilidade extracontratual do Estado em se tratando de danos ocasionados pelo Poder Público.

Perquirindo-se a origem da responsabilização do Estado, percebe-se que nos Estados absolutistas não se admitia a possibilidade de indenização em virtude de danos causados pelo Estado, uma vez que o direito se fundava na vontade dos governantes, sendo que o regime abria as portas para a arbitrariedade, pois não continha garantias para os súditos. (ROUBIER, [19], p.120-121) e nem tão pouco limites para o exercício de poder pelos governantes.

Entendia-se que a noção de soberania era incompatível com a possibilidade de responsabilidade do Estado, pois quem criava o Direito não era capaz de violá-lo (DUGUIT, 1975, p. 136). O princípio que considerava o monarca incapaz de errar²⁵, imperou na França “*le roi ne peut mal faire*” e na Inglaterra “*the king can do no wrong*” e decorria da crença de que “*o rei não erram não faz o mal ou, ainda, o que agrada ao Príncipe tem valor de lei*” (FARIA, 2004, p.422). Afirmava-se que o poder legítimo do governante advinha do poder Divino, pois os reis e imperadores terrestres eram a imagem de Deus na terra (LE GOFF, 1999, p. 135).

León Duguit (1975, p. 104-105) aponta que a responsabilidade do Estado começou a ser admitida a partir do questionamento, fundamentado nas leis de 17 de julho de 1791 e de 26 de setembro de 1793, se seriam competentes para apreciar os danos causados pela execução de um serviço público os tribunais ordinários ou os tribunais administrativos. O primeiro Tribunal de Conflitos instituído pela Constituição Francesa de 1848 declarou que a competência era exclusiva dos tribunais administrativos, o que pode ser considerado, para o autor, como a abertura para a reflexão sobre o dever do Estado em indenizar os danos causados em virtude de seus serviços, apesar

²⁵ O art. 2º da Constituição Francesa de 1791 assim dispunha: A pessoa do Rei é **inviolável e sagrada**; seu único título é o de *Rei dos Franceses*.(grifos nossos)

da existência de um sentimento paradoxal a respeito dessa responsabilidade, pois ela seria contrária ao princípio do poder soberano.

Apesar da incipiente e conflituosa consideração de uma possível responsabilidade do Estado, já estava traçada, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a responsabilidade dos funcionários públicos, expressa pela garantia do direito de solicitar prestação de contas ao agente público²⁶ (DUGUIT, 1975, p. 135). A Constituição francesa de 1791²⁷ determinava que o poder delegado ao Rei seria exercido, sobre a sua autoridade, pelos ministros e outros agentes responsáveis, refletindo a noção de responsabilidade dos agentes públicos. No entanto, a Constituição de 1799²⁸ previa que os agentes do governo, com exceção de ministros, não poderiam ser processados por atos relacionados às suas funções por força de uma decisão do Conselho de Estado e, se fosse o caso, o pleito deveria ser ajuizado nos tribunais ordinários.

Duguit (1975, p. 135) assinala a existência de inúmeros textos que consagravam a responsabilidade dos funcionários, mas, em relação à responsabilidade do Estado, não se encontrava nenhum dispositivo legal que fizesse qualquer menção a ela, o que não queria dizer que não havia reflexões sobre o instituto. Porém, o silêncio legislativo significava que a concepção de que o Estado era e não poderia jamais ser responsável era tida como um dogma irrefutável para o legislador.

Com as alterações histórico-sociais e com a conseqüente adoção do modelo de Estado de Direito, reconheceu-se a possibilidade do Estado causar lesões à esfera juridicamente protegida de outrem. A doutrina considera como o marco da teoria da responsabilidade do Estado o caso Blanco, debatido perante o Tribunal de Conflitos, em 1873, que entendeu ser o Estado responsável e deveria indenizar por acidente ocorrido com vagão da Cia

²⁶ “Artigo 15- A sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração” (FRANÇA, 1789).

²⁷ O princípio está inserido no art. 4º, na Seção Primeira (Da realeza e do Rei), do Capítulo II (Da Realeza, da Regência e dos Ministros), do Título III (Dos Poderes Públicos):

4. “*The government is monarchical; the executive power is delegated to the King, to be exercised, under his authority, by **ministers and other responsible agents** in the manner hereinafter determined*” (FRANÇA, 1791).

²⁸ “**Article 75.** *Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires*”.

Nacional da Manufatura de fumo, em Bordeaux²⁹. O Tribunal constatou que não era possível aplicar as mesmas regras da responsabilidade civil adotadas entre particulares para os danos causados pelo Estado. Não houve, contudo, “*a distinção entre a responsabilidade por culpa ou subjetiva, e a responsabilidade por risco ou objetiva. Esta dupla noção só aparecerá muito mais tarde; mas os juízes de 1873 compreenderam que a responsabilidade do Estado não pode ser uma responsabilidade por culpa*” (DUGUIT, 1975, p. 105).

A divisão dos atos da Administração em atos de império, praticados no exercício do poder de polícia, e atos de gestão, praticados em razão da administração do patrimônio estatal, após a Revolução Francesa, resultou na possibilidade do Estado ser responsabilizado, mesmo que indiretamente, pelos atos considerados de gestão (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 16). A grande dificuldade em se definir a natureza dos atos era um empecilho para a aplicação do instituto, mas fez surgir uma brecha na teoria da irresponsabilidade (DUGUIT, 1975, p. 136), que proporcionou o desenvolvimento de novas teorias sobre a questão. No entanto, mesmo após a adoção do modelo de Estado Liberal, que emergiu com vestes garantistas, pouco se falava em responsabilidade estatal, até porque o preceito não intervencionista, ao esvaziar as atuações do Estado, mitigava a ocorrência de eventuais lesões advindas de atos oficiais.

Com a evolução do modelo liberal, em que apenas a positivação das garantias individuais não se mostrava suficiente, para o modelo social, o Estado assume uma posição intervencionista para, principalmente, atender as necessidades sociais e imprimir efetividade às garantias formalmente asseguradas. Para atingir seus objetivos, a Administração Pública hipertrofiou-se com a criação de diversos órgãos e a inflação de serviços prestados. A partir de então, as lesões advindas de atos estatais passam a ocorrer com maior frequência e a responsabilização por danos causados pelo ente estatal tornou-se uma realidade, intensificando o desenvolvimento teórico e a aplicação do instituto (ESTEVEVES, 2003, p. 78).

²⁹ Tratava-se de uma ação de responsabilidade formulada pelo pai de uma menina, Agnès Blanco, que perdera a perna ao ser atropelada por um vagão da Cia. Nacional da Manufatura de Fumo.

Superada a dicotomia entre os atos da Administração, a aplicação da teoria geral da responsabilidade do Estado expandiu-se. Em um primeiro momento, tal teoria estava vinculada aos princípios de Direito Civil -teoria subjetiva-, sendo prescindível demonstrar a culpa do funcionário público para que o dever de ressarcir surgisse. Diante dos obstáculos encontrados para determinar e especificar o agente estatal responsável, a teoria alargou-se, indicando o início da desvinculação das bases civilistas, e passou a adotar a teoria da culpa anônima ou *faute du service*, que considerava a “falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro” (MEIRELLES, 1998, p. 556).

A concepção de falta do serviço pode ser considerada como a mola propulsora para o incremento da teoria geral da responsabilidade. Em sintonia com as evoluções sociais e diante da imperiosa necessidade de afastar toda e qualquer arbitrariedade cometida pelo Estado contra os administrados, a jurisprudência francesa ampliou os contornos do instituto (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 19), passando a desconsiderar o elemento subjetivo – culpa. A teoria objetiva, que passou a ser adotada, baseada no risco da atividade pública, surge em decorrência da necessidade de adequação aos princípios do Estado de Direito. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

(...)

Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir o lesado (MELLO, 2005, p.923).

A teoria objetiva, ou teoria do risco, biparte-se em teoria do risco administrativo, admitindo-se certa amenização quando restar comprovado hipótese de excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior), e teoria do risco integral, para a qual o dano, independentemente das causas de excludente mencionadas, deverá ser reparado, reconhecendo a necessidade de atribuir maior segurança à determinadas atividades executadas pelo Estado, que possuem um grau elevado

de risco de lesão³⁰. A teoria do risco integral exige cautela em sua interpretação, já que seria inadmissível, sob a égide do Estado Democrático de Direito, adotá-la como axioma (dano por atividade estatal = obrigação de indenizar independentemente de excludentes de responsabilidade), devendo ocorrer a amenização do rigor nela expresso, sob pena de se aplicar o instituto equivocadamente³¹.

Adentrando-se mais diretamente na história do instituto no Brasil, constata-se que, no período colonial, vigorava o princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado, seja por atos do rei ou de seus funcionários (FREDIANI, 2002; p 186). O desenvolvimento do princípio da responsabilidade do Estado se deu de forma semelhante ao que ocorreu na França. A possibilidade de reparação por danos causados por funcionários públicos surgiu, no Brasil Império, com a Constituição de 1824, que considerava, no art. 179, XXIX,³² a responsabilidade estrita dos empregados públicos por danos causados a terceiros. O princípio que concebia o monarca como aquele incapaz de errar não foi mencionado expressamente por nenhum texto constitucional brasileiro.

Em 1891, o então novo texto constitucional não trouxe nenhuma inovação relacionada ao tratamento conferido à responsabilidade estatal, o que ocorreu com o Código Civil de 1916 que, em seu art. 15³³, atribuía às pessoas de direito público o dever de indenizar, por atos de seus representantes em que procedessem “*de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por*

³⁰ Podemos citar, como exemplo, as atividades que envolvem elementos nucleares.

³¹ Os exemplos colocados por Diógenes Gasparini (2003, p. 840) seriam, portanto, exageros da interpretação da teoria do risco integral, que deve ser aplicada em conformidade com arcabouço principiológico adotado pelo Estado: “*Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar*”. Os prejuízos gerados pelas hipóteses suscitadas, por óbvio, não devem acarretar no dever de reparação estatal, sendo não apenas aceitável, como exigível, a mitigação da teoria.

³² Art. 179, XXIX- Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

³³ Art. 15.- As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

lei". A partir de então, o Estado passou a ser responsável por danos causados a terceiros, devendo-se considerar a culpa dos servidores públicos, sendo assegurado o direito de regresso.

A transição da responsabilidade subjetiva para a objetiva se deu com a Constituição de 1946 que, no artigo 194, dispunha sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por danos ocasionados por seus funcionários, independente de culpa³⁴. O texto da Constituição de 1988, fonte asseguradora dos princípios do Estado Democrático de Direito, manteve, por óbvio, o princípio da responsabilidade do Estado, introduzindo alteração em relação às pessoas capazes de gerar dano.

A atual Constituição Federal estabelece, no art. 37, § 6º³⁵, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestem serviços públicos são responsáveis pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Assegura, ainda, o direito (poder-dever) do Estado de ingressar em juízo para pleitear do agente o valor pago a título de indenização no caso de ação culposa ou dolosa deste.

A obrigação do Estado em reparar os danos por ele causados é inquestionável e amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência nacionais, estando sedimentado o entendimento da adoção da teoria objetiva como regra geral. O dever de indenizar surge da existência de lesão ao patrimônio de outrem e do nexos causal entre esta lesão e o comportamento do Estado, inexistindo a obrigação no caso do evento lesivo resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Para ser susceptível de reparação, o dano deve ser certo, anormal e ter por objeto uma situação juridicamente resguardada.

A idéia consolidada em nosso ordenamento jurídico de responsabilização objetiva do Estado, fundamentada no risco administrativo é

³⁴ As **pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis** pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (grifos nossos)

³⁵ Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

caracterizada por *“ato comissivo, positivo do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente de sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito de instituição governamental ou da coletividade em geral”* (MELLO, 1974, p. 487)

Na esfera do dano causado por ato estatal não há, em regra, que se questionar se o ato é ilícito ou lícito, pois a obrigação de reparar nascerá com a prova do dano e do nexos causal. É importante considerar a natureza do ato gerador da lesão para buscar a fundamentação da obrigação de reparar, que é bipartida (GASPARINI, 2003, p. 836) e se justifica, nos casos de atos ilícitos, pela observância ao princípio da legalidade e, nos casos de atos lícitos, pela impossibilidade do Estado impor sacrifício mais gravoso a determinados indivíduos. Existiam divergências sobre a possibilidade de indenização dos danos decorrentes de atos lícitos, que foram superadas a partir da consideração do princípio da igualdade entre os cidadãos. Edilson Pereira Nobre Júnior, citando Caetano, assinala:

Se um direito tem de ser sacrificado ao interesse público, torna-se necessário **que este sacrifício não fique iniquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela coletividade.** Como se faz tal repartição? Convertendo o direito sacrificado no seu equivalente pecuniário (justa indemnização) pago pelo erário público para o qual contribui a generalidade dos cidadãos mediante a satisfação dos impostos. Assim, a responsabilidade pelos prejuízos causados na esfera jurídica dos particulares em consequência do sacrifício especial de direitos determinado por factos lícitos da Administração Pública funda-se no **princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos** (grifos nossos) (CAETANO, *apud* NOBRE JÚNIOR, 2003, P. 207).

Abstrai-se dessa afirmação que, em coerência com as bases garantistas do Estado Democrático de Direito, o que não pode permanecer flutuando no seio da sociedade é uma lesão injusta, que ultrapassa a idéia de lícito ou ilícito, exprimindo a perspectiva de antijuridicidade, que *“não reside apenas no exercício da competência regulamentar à margem, contra ou além da lei, mas também na ausência de exercício desta competência, quando deva ela ser desempenhada e deixe de sê-lo”* (ROCHA, 1994, p. 69).

Verifica-se que aplicação da teoria da irresponsabilidade deve ser exterminada do ordenamento jurídico nos casos de danos causados pelo Estado, admitindo-se as excludentes de responsabilização cabíveis aos casos

concretos, inexistindo espaço para a perpetuação do dano injusto. Em harmonia com os valores expressos pela Constituição de 1988 e com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, observa-se uma tendência em se alargar o âmbito da responsabilidade do Estado. O dever de reparar da Administração Pública oriundo dos prejuízos por ela causados deve tocar todos os seus atos antijurídicos e o princípio da reparação é amplamente aplicado.

Em busca da concretização desse preceito, o sistema empregado pelo ordenamento brasileiro é dualista, visto que opta pela teoria objetiva como regra geral, mas não desconsidera totalmente a teoria subjetiva. Essa teoria ainda encontra esteio e é aplicada nos casos de lesões geradas pela omissão da Administração Pública e *“só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários dos serviços ou os nele interessados”* (MELLO, p. 956). Aceitação da responsabilidade do Estado por omissão ocorreu, pelo Supremo Tribunal Federal, apenas após a adoção da Constituição de 1988. (PINTO, 2008, p. 70)

Porém, muitas são as divergências sobre o tema, pois há o entendimento de que os danos derivados dos atos omissivos podem incidir na esfera da teoria objetiva. Tem-se observado um alargamento da adoção da responsabilidade objetiva nos casos em que o Estado permanece inerte diante de uma obrigação legal de agir. Helena Elias Pinto aponta:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve-se fiel à tradição da corrente subjetivista até se encerrar a década de 80. Somente no início da década de 90 ocorre uma verdadeira revolução na jurisprudência do STF em matéria de teoria adotada para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão. (PINTO, 2008, p. 167-168).

É importante ressaltar que os contornos da aplicação do instituto são traçados de acordo com a análise dos casos concretos, inexistindo uma fórmula matemática a ser empregada. Reafirma-se que, em virtude da organização do Estado contemporâneo, todo ato antijurídico lesivo da Administração Pública deve ensejar à obrigação de indenização. Percebe-se que a teoria da responsabilidade caminha para uma reestruturação, tendo em vista a constatação da necessidade de ampliação das conquistas já

alcançadas, para que se atinja o plano idealizado por Canotilho (1974, p. 168), *“da obrigatoriedade de indenização sempre que haja sacrifício grave e especial imposto aos cidadãos em nome do interesse público”*, o que implicaria no alargamento da concepção de dano indenizável (FICHTNER, *apud* PINTO, 2008, p. 83). Por outro lado, é conveniente empregar certa cautela na ampliação do instituto para que o remédio assecuratório de direitos não se volte contra este, se tornando nocivo, pois *“quanto mais o Estado tiver que indenizar, mais se onera a própria sociedade que sustenta a Administração com impostos cada vez mais extorsivos. Daí por que é dever do Estado buscar sempre a excelência dos seus serviços em todos os setores”* (VENOSA, 2008, p. 99).

5.3 A responsabilidade por danos ambientais

O dever de indenizar os prejuízos ambientais tem por base os elementos desenvolvidos pela teoria da responsabilidade civilista e também pela teoria da responsabilidade publicista, mas, diante da incapacidade dessas correntes em apresentar soluções para as questões que envolvem danos aos bens transindividuais, a responsabilidade ambiental adota elementos próprios, desprendo-se daquelas correntes e leva em consideração a natureza difusa do bem tutelado; a dificuldade em se demonstrar a culpa do poluidor, já que este, na maioria das vezes, se encontra *“coberto por aparente legalidade materializada em atos do Poder Público, como licenças e autorizações”*; e a impossibilidade de aplicação das excludentes de responsabilização (MILARÉ, 2007, p. 896). Por suas peculiaridades, que serão esboçadas a seguir, podemos denominar a teoria que trata da questão de teoria da responsabilidade objetiva agravada.

A obrigação de reparar os danos ambientais decorre da Constituição Federal, que consagrou, no art. 225³⁶, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, prevendo-a no §3º desse artigo, conferindo, dessa forma, à reparação o *status* de diretriz constitucional. A Lei Federal nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela ordem constitucional, estabeleceu a responsabilidade objetiva em caso de lesão ao meio ambiente, sendo necessária apenas a comprovação do dano e nexo de causalidade entre a conduta e o ato lesivo.

Art.14- § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da **existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (grifos nossos).

O Direito Ambiental, como ramo autônomo do Direito, com princípios e institutos próprios, adota como princípio sustentador o princípio da prevenção, que deve permear todos os atos relacionados à essa esfera. A responsabilidade ambiental é fundamentada no trinômio- prevenção-repressão-punição, que se manifestam em forma circular, sempre se voltando para a o elemento prevenção. Percebe-se, de tal sorte, o caráter dualista do princípio da prevenção no instituto da responsabilidade, pois, além de ser seu fundamento é a sua finalidade.

O dever de reparar os danos ambientais emana do princípio do poluidor-pagador, que exige que o risco de determinada atividade seja assumido por quem a exercer, evitando-se “*prática inadmissível da socialização do prejuízo e da privatização da culpa*” (MILARÉ, 2007, p. 899). Esse princípio, insculpido no § 1º, do art. 225 da Constituição de 1988 e expresso no art. 14 da Lei 6.938/81, não pode ser entendido como uma permissão para poluir que será sanada com o simples pagamento do prejuízo, mas sim, como uma forma de reprimir ações que podem resultar em lesões ambientais.

³⁶ .§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em virtude da relevância do bem meio ambiente, reconhecido como bem de uso comum do povo, que, como mencionado em capítulo anterior, recebe tutela máxima do Estado, a adoção da teoria objetiva, fundamentada no risco integral, se mostra como conseqüência lógica “em razão do interesse público marcante” (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 318), bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre a conduta e o ato lesivo. Entretanto, a aplicação da teoria da responsabilidade ambiental, expressa pela fórmula dano= reparação em qualquer hipótese, aparentemente de aplicação simples, apresenta para os juristas diversos obstáculos, que muitas vezes impedem a obtenção da devida tutela, pois a determinação dos requisitos dessa teoria se mostra conflituosa.

Dessa forma, determinar a configuração do dano ambiental aparece como o primeiro dos obstáculos, pois, perseguindo-se o desenvolvimento sustentável, não há como manter o meio ambiente intocável, além disso, qualquer atividade humana, por menor que seja, pode gerar alguma degradação. Pode-se afirmar, tendo por base o princípio do poluidor-pagador, que o dano gerador do dever de reparar, na esfera da responsabilidade ambiental, é caracterizado pela poluição, cujo conceito a ser observado pelo ordenamento jurídico pátrio é dado pelo art. 3º, III, da Lei 6.938/81:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

A partir dessas considerações, nota-se que existe um nível de degradação tolerável. Para a configuração do dano ambiental, seria, dessa forma, requisito necessário a transposição desse nível tolerável, que indique repercussões significativas (MILARÉ, 2007, p. 901) geradoras de desequilíbrio ambiental. Então, indaga-se sobre a possibilidade de estabelecer tais níveis com segurança. É certo que o Direito deverá buscar em outras ciências elementos capazes de conferir certo grau de certeza da ocorrência da anormalidade do fato, como a geografia, a biologia, a química, dentre outras,

que auxiliarão no estabelecimento dos padrões aceitáveis de degradação. Todavia, como se depreende da análise do artigo transcrito acima, a inobservância dos padrões estabelecidos não é o único critério que configura o dano ambiental é, portanto, “o mero respeito aos padrões de emissão ou de imissão não garante, por si só, que uma atividade não seja poluidora” (MILARÉ, 2007, 901).

Isto posto, conclui-se que, para constatar o dano ambiental, não é possível valer-se somente de critérios objetivos- fáticos, abrindo-se espaço para critérios subjetivos- valorativos. A conjugação desses critérios determinará a ocorrência ou não do dano ambiental, que realizará uma análise subjetiva dos elementos objetivos, correndo-se o risco da imposição de uma “tirania ambiental”, já que “a caracterização do evento danoso acaba entregue ao subjetivismo e descortino dos agentes públicos e dos juízes, no exame da situação fática e das peculiaridades de cada caso” (LEITE, 2000, p. 107).

Ao contrário do que ocorre em sede de responsabilidade civil e do Estado, nas quais se exige um dano atual e certo, na responsabilidade ambiental é permitido, senão obrigatório, em decorrência do princípio da prevenção, buscar a proteção para evitar o dano futuro, o que pode ser apontado como uma forma de atenuar o caráter aberto do conceito de dano ao meio ambiente, mitigando a possibilidade da adoção da “tirania ambiental”. Uma vez que, como dito, o mero acatamento dos padrões não afasta a possibilidade de poluição, e que o exercício de uma atividade lícita, em observância aos padrões, de forma isolada pode acobertar seus efeitos nocivos ao meio ambiente, verifica-se que a defesa da possibilidade de dano é adotada de forma acertada, por se tratar de “macrobem”. Nesse sentido, Edís Milaré defende que:

os legitimados para o ajuizamento de ação civil pública não estão obrigados a aguardar a consumação do dano ambiental para agir; ao contrário, o remédio processual pode e deve ser usado para coibir práticas que apresentem mera potencialidade de dano, obrigando os responsáveis por essas atividades a ajustarem-se às normas técnicas aplicáveis, de modo a mitigar o risco a ela inerentes (MILARÉ, p. 898-899).

Por conseqüência, nota-se que, da mesma forma que na teoria da responsabilidade do Estado em que a caracterização do dano vai muito além da dicotomia lícito - ilícito, sendo que essa distinção é irrelevante na teoria da responsabilidade ambiental, pois o que deve ser considerado é a antijuridicidade da conduta, que passa pela determinação do uso e abuso da utilização dos recursos naturais, levantando, dessa maneira, a problemática questão da definição dos limites entre essas noções (MILARÉ, 2007, P. 901). É importante ressaltar que a obrigação de reparar o dano ao meio ambiente nasce com ato (ou seqüência de atos) comissivo ou omissivo. Se há cominação de uma sanção penal³⁷ para a omissão em matéria ambiental, por óbvio, não poderia ser outra a interpretação senão a aplicação do instituto da responsabilidade ambiental, na esfera civil, quando “*deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental*”.

A teoria da responsabilidade objetiva agravada, adotada em matéria ambiental, não admite a consideração da teoria subjetiva, mesmo no caso de omissão, diferentemente do que estabelece a teoria da responsabilidade do Estado. Nesse sentido, o STJ tem entendido:

Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental!. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. (STJ- T1, REsp 745363 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 18/10/2007) (grifos nossos)

A complexa tarefa de determinar o dano ambiental, relegada ao plano subjetivo, faz surgir outra questão problemática, qual seja: a avaliação do nexo causal. Para contar-se o dever de reparar, haverá a necessidade de avaliação da atividade poluidora que faça a ponte de conexão com o dano, demonstrando que esse é decorrência direta ou indireta do exercício daquela. Diante das

³⁷ Aplicando-se o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal.

dificuldades em indicar com precisão o nexo de causalidade entre ato-efeito danoso, coloca-se como necessária, para evitar que os danos ambientais padeçam sem restauração, a atenuação da exigência de se provar esse nexo (VENOSA, 2008, p. 216). Há quem defenda que o caminho a ser percorrido, no âmbito da responsabilidade ambiental, “*sem abdicar do liame de causalidade, (...) conduza e justifique a instituição legal de um sistema assentado na inversão do ônus da prova*” (MILARÉ, 2007, p. 903).

Assim, verificada a existência do dano, a reparação poderá se dar de duas formas: indenização, em espécie pecuniária, ou reparação do dano retorno ao *status quo*. Por certo, em razão da já mencionada característica especial do bem meio ambiente, a responsabilidade ambiental tem por escopo a restauração do meio e não a indenização pecuniária, que será aplicada quando a reparação não for possível, e será revertida para os Fundos de Defesa dos Direitos Difusos (MILARÉ, 2007, p. 900). É importante salientar que o dano ambiental pode, além de atingir o patrimônio coletivo, atingir o patrimônio particular simultaneamente. No caso de dano ambiental que prejudique patrimônio de determinado particular a reparação será dupla, pois o poluidor deverá indenizar em espécie pecuniária o proprietário e, além disso, reparar os prejuízos causados ao bem difuso, sob a modalidade restauração ou indenização.

5.3.1 A responsabilidade do Estado por danos ambientais

Examinando-se os padrões de interferência estatal, principalmente na esfera econômica, estabelecidos pelo modelo de Estado contemporâneo, observa-se que a Administração Pública possui papel central na proteção desse bem jurídico, mas, muitas vezes, atua como agressora do mesmo. A ordem utilizada na expressão “responsabilidade ambiental” tem justamente a intenção de mostrar o caráter ambíguo da atuação do Estado, ora como principal responsável pela proteção do meio ambiente, ora como responsável pelos danos ambientais, direta ou indiretamente, por ele causados.

Em seus dois aspectos, o instituto surge como instrumento que se impõe para a toda a coletividade, sujeitando tanto o Poder Público como os particulares a buscarem a proteção do meio ambiente, bem indispensável para a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, por meio do princípio de co-responsabilidade (BARACHO JÚNIOR, 1999, p.179). Este princípio, consagrado pela Constituição da República, pode ser entendido como o princípio que submete tanto o Estado quanto toda a coletividade, exigindo-se esforços em comum para a proteção do patrimônio ambiental e, em caso de lesão, os agentes causadores, individualmente ou solidariamente, sofrerão as devidas sanções. De tal sorte, é possível afirmar que a subsunção do Estado à consciência ecológica, enquanto gestor³⁸ do meio ambiente, é requisito essencial para a consciência coletiva, que se dará por meio de um processo, reflexo da atuação estatal. Além disso, verifica-se que a subsunção estatal, além de se portar como espelho para toda a coletividade, deve ser vista como um comando imperativo, uma vez que, conforme Nelson de Freitas Porfírio Júnior

não basta conscientizar o povo; é preciso que se conscientize, sobretudo, o próprio Poder Público. É preciso que ele não exerça o papel de degradações do ambiente que, infelizmente, ele exerce. E com muito mais força que qualquer cidadão. Eu posso poluir um riacho. O Poder Público pode acabar com a Floresta Amazônica. A desproporção do poder de agressão que tem o Poder Público em face do particular realmente é imensa (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 73).

Por óbvio, como exposto em capítulo anterior, a proteção do meio ambiente não se situa no plano das faculdades da Administração Pública, mas se mostra como uma imposição. Assim, a proteção do bem difuso é o elemento fundamentador e o elemento finalístico da atuação do Estado. Vários são os instrumentos colocados à disposição do Poder Público para gerir o bem meio ambiente, com foco em sua preservação, de forma que seja considerada a

³⁸ Lei 6.938/81- Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

dignidade da pessoa humana, como a educação ambiental, a avaliação de impacto ambiental, dentre outros.

Nesse contexto, sob a regência do princípio da prevenção, o dever de reparar os danos ambientais causados pelo Estado se mostra como instrumento de “*ultima ratio*” (MATEO, 2005, p. 50) a ser utilizado quando houver falha na aplicação dos demais instrumentos de proteção ambiental. Todavia, considerando o cenário que se instala diante dos nossos olhos³⁹, o instituto da responsabilidade ambiental desponta como forma de retirar a Administração Pública da inércia em sua atuação ambiental, se apresentando quando houver má gestão ou diante da falha das ferramentas de proteção, servindo como mecanismo de controle dos serviços públicos (MATEO, 2005, p. 49).

A aplicação do princípio do poluidor-pagador na esfera estatal é admitida⁴⁰ e, em razão da especificidade da matéria, quando o agente poluidor for o Estado deverá se aplicar a teoria da responsabilidade ambiental (teoria da responsabilidade objetiva agravada), que adota um sistema de responsabilização agravado, e não a teoria da responsabilidade do Estado. Todavia, muito se discute sobre a possibilidade da responsabilização do Estado nas hipóteses de danos ambientais decorrentes da omissão em sua atuação. Alguns juristas⁴¹ consideram que o dever de reparar os danos ao meio

³⁹ Verificar capítulo 4 sobre a análise das Pesquisas Perfil dos Municípios Brasileiros, 2002 e 2008.

⁴⁰ Ementa PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. depósito de lixo. degradação DO MEIO AMBIENTE. Indenização. CABIMENTO. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR AO Poder PÚBLICO. Possibilidade. EXISTÊNCIA de REGULAMENTAÇÃO DO FEMA. TERMO de AJUSTAMENTO. I - Constatado que a municipalidade utilizou-se de terreno para depositar e permitir que se depositasse o lixo produzido na cidade, sem que tomasse os devidos cuidados quanto a possível degradação do meio ambiente, **cabará a ele pagar indenização, a fim de que o dano ambiental possa ser recuperado.** II - **O Princípio do poluidor-pagador pode ser aplicado ao Poder Público**, conforme dispõe o art. 3º, inc. IV da Lei nº 6.938/81. III - O Fundo Especial do Meio Ambiente - FEMA encontra-se amparado pela Lei nº 5.405/92, tendo sido, atualmente, regulamentado pelo decreto Estadual nº 20.586/98. IV - O termo de ajustamento de conduta, feito entre o Ministério Público e os adquirentes de parte do imóvel, não deve ser levado em consideração, quando constatado que o objetivo do mesmo difere da finalidade atribuída na ação civil pública, a qual visa, exclusivamente, o ressarcimento dos danos ambientais. V - Apelação Cível conhecida e improvida para manter a sentença recorrida. (TJMA- Ação Civil Pública, Acórdão 11.498/2004, Processo 114982004, Acórdão 0538832005, Rel. JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, Data 20/04/2005) (os grifos não constam do original)

⁴¹ “*Quanto à responsabilidade do Estado, pode ele agir como poluidor, e só nesta condição pode ser responsável por danos ambientais. Ações propostas contra empreendedores privados*”

ambiente causados pelo Poder Público somente surgirá quando este realizar a conduta positiva (ação), sendo o poluidor, não se admitindo a responsabilidade por omissão. Os princípios do Estado Democrático de Direito devem guiar toda a atuação do Poder Público, inadmitindo-se, no contexto desse modelo, esferas intocadas pela responsabilidade, ainda mais quando se trata de lesão ambiental, pelo que se conclui que todos os atos estatais que provoquem prejuízo a este bem deverão gerar o dever de reparação em uma de suas modalidades: restauração ao *status quo ante* ou indenização pecuniária, revertida, de acordo com disposição legal, para fundo gerido pelo Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais. Sérgio Ferraz, esclarece:

Não se pode pensar em outra malha senão a malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade. (FERRAZ, 1977, P. 38).

Responsabilizar o Estado por todos os seus atos danosos, comissivos ou omissivos, significa, sobretudo, ampliar seu caráter democrático, uma vez que implicará uma atuação isenta e idônea de seus agentes. Sendo assim, para responsabilizar a Administração Pública, deve-se considerar a antijuridicidade dos atos lesivos, que, como exposto anteriormente, ultrapassa a concepção de lícito-ilícito. Na esfera privada, se um gestor falha em sua tarefa, seja por ação ou omissão, certamente haverá uma punição, inclusive com a possibilidade de responsabilidade civil dependendo do dano. Em se tratando da gestão dos bens públicos, principalmente em relação ao bem meio ambiente, não se pode admitir outra postura que não seja a responsabilidade da Administração sempre sua atitude comissiva ou omissiva gerar dano a esse bem.

Como atestado anteriormente, a atuação do Estado, considerando todos os entes federativos e todas as esferas de poder- Legislativo, Executivo e Judiciário-, deve buscar a proteção ambiental. Ocorre que, o dano ao meio

que tentaram responsabilizar genericamente o Estado (por exemplo, por ter se omitido de fiscalizar ou por ter concedido licença para a atividade) sem o estabelecimento do nexos de causalidade concreto e preciso, não prosperaram". (HORTA, 1994, p. 3).

ambiente oriundo de omissão estatal, na maioria das vezes, é derivado do não exercício do Poder de Polícia⁴² (PORFÍRIO JÚNIOR, 2002, p. 70), concebido em seu sentido amplo, atingindo os atos lesivos provocados pela omissão do Poder Executivo e Legislativo. É importante frisar, contudo, que é possível que se gere o dever de reparar dano ambiental, no caso de omissão do Poder Judiciário, mas, não pela inobservância do Poder de Polícia. A hipótese, ademais, se mostra de difícil vislumbração.

Outra questão que merece ser apontada, ainda considerando o Poder de Polícia, está relacionada a sua qualificação, por muitos doutrinadores, como ato discricionário, o que conduziria a lesão ambiental decorrente da inércia estatal para o campo da irresponsabilidade. Reafirma-se aqui a necessidade de enxergar a estrutura garantista do Estado Democrático de Direito, o que impede a conceituação de discricionariedade como livre vontade, fundamentada na conveniência e oportunidade do Administrador, evitando-se, assim, arbitrariedades. O Poder de Polícia deve ser exercido sob a égide dos princípios constitucionais, concluindo-se que a omissão da Administração Pública que provoque lesão ambiental fere gravemente o *meta-princípio* (CITTADINO, 2000) da dignidade humana além do princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Evidencia-se, dessa forma, que “o exercício do Poder de Polícia não é discricionário, mas obrigatório. Nunca a Administração Pública poderá deixar de exercer a Polícia Administrativa, alegando que o Poder de Polícia é discricionário” (DAWALIBI, 1998, p. 81).

Paulo Antônio da Silveira, ainda aponta outra dificuldade relativa à omissão do Estado que gere dano ambiental:

A questão é tormentosa, todavia, principalmente tratando-se de dano ambiental, pois não é fácil aferir, no caso concreto, até que ponto a Administração **estava, ou não, obrigada a impedir o dano, agindo**

⁴² Art. 78, CTN: “*Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

preventivamente no exercício de seu “dever/poder geral de cautela”.

O juiz, ao analisar uma ação de responsabilidade por omissão do Estado, deverá verificar a conduta realizada pelo Estado. Haverá responsabilidade civil por omissão sempre que o Estado ferir o dever geral de cautela exigido para aquela espécie de caso. (SILVEIRA, 1998, p. 175)

Configurada a obrigação de reparar o prejuízo ambiental resultante de omissão da Administração Pública, resta ainda a dúvida sobre qual a teoria deve ser aplicada- a teoria adotada em casos de omissão do Estado (subjetiva) ou a teoria da responsabilidade ambiental (objetiva). Verifica-se que a preferência dos doutrinadores é pela adoção da teoria subjetiva nesses casos, mas, observa-se uma tendência dos magistrados, que pode ser considerada acertada, em se aplicar a responsabilidade objetiva. Nesse sentido merece transcrição parte de decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

O objeto da presente ação civil pública é declarar a responsabilidade do Estado do Paraná e sua obrigação de fazer, procedendo à apreensão, remoção, transporte para local preparado e adequado ao armazenamento e destinação final do produto agrotóxico BENZENEX, de acordo com as normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e legislação pertinente.

(...)

A análise do caso concreto revela que a sentença está em desacordo com as regras que regem **a responsabilidade civil objetiva** e solidária do Estado para a prevenção e/ou reparação de danos ambientais, sendo cristalina a ordem prevista no art. 225 da CF: (...)

Tal obrigação, que vem detalhada nos incisos do § 1º do mesmo artigo, atinge solidariamente todas as esferas do Poder Público, razão pela qual **o Estado do Paraná não pode se escusar da responsabilidade pela omissão na conduta destinada à prevenção de danos ao meio ambiente.** (TJPR- Apelação Cível nº 167.830-6, Rel. Juiz Péricles B. de Batista Pereira, DJ 04/05/2005) (grifos nossos).

Isto posto, constata-se que o Estado pode atuar como agressor do meio nas modalidades: Estado = degradador- agente e Estado =degradador-omisso. Contudo, ainda, é possível que ele atue na modalidade Estado = degradador indireto- conveniente e incidirá nessa modalidade quando ele *“apoiar ou legitimar projetos privados, seja com incentivos tributários e crédito, seja com a expedição de autorizações e licenças para poluir”* (BENJAMIN, 2005, p. 389- 390). Sendo assim, quando o Poder Público atuar como poluidor

indireto poderá ser responsabilizado, uma vez que a responsabilidade ambiental é solidária⁴³.

Em relação aos sujeitos responsáveis, configurado o dano, outra questão se põe como conflituosa, que é estabelecer qual seria o ente federativo que responderia pela agressão. O que deve ser considerado para determinar qual a entidade federativa responsável, diante da competência administrativa comum estabelecida pela Constituição Federal, é a extensão do dano (com proporções locais, regionais ou nacionais). Entretanto, na prática, a solução para essa questão não se mostra tarefa fácil e, muitas vezes, o Direito deverá buscar apoio em outras ciências para determinar a extensão da lesão e, por conseguinte, o ente federativo que deverá reparar os prejuízos ambientais.

Há quem defenda que o Estado deve ser acionado apenas quando não for possível identificar pessoa de direito privado responsável pelo dano (VENOSA, 2008, p. 225), pois, caso contrário, a sociedade seria duplamente penalizada, uma vez que teria que arcar com os prejuízos ambientais e repartir os custos para a sua reparação. Importante colocar que ao responsabilizar a Administração Pública por lesões ambientais o que se pretende é que a reparação ocorra na modalidade restauração do meio ambiente, entretanto, quando não for possível, deverá se dar na modalidade indenização, que será revertida para um fundo destinado a reconstruir o bem danificado. Fica clara a necessidade do comprometimento do Estado com a questão da preservação ambiental, sendo seu poder-dever atuar preventivamente visando a proteção do bem meio ambiente. Mesmo diante de tantas as dificuldades para determinar o dano ambiental e atribuir ao Poder Público responsabilidade, é

⁴³ "DIREITO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL – SOLIDARIEDADE DOS DEMANDADOS: **EMPRESA PRIVADA, ESTADO E MUNICÍPIO. CITIZEN ACTION.**

1 – A ação civil pública pode ser proposta contra o responsável direto, **o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente**, por se tratar de responsabilidade solidária, **a ensejar o litisconsórcio facultativo**. *Citizen action* proposta na forma da lei.

2 – A omissão do Poder Público no tocante ao dever constitucional de assegurar proteção ao meio ambiente não exclui a responsabilidade dos particulares por suas condutas lesivas, bastando, para tanto, a existência do dano e nexos com a fonte poluidora ou degradadora. **Ausência de medidas concretas por parte do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre tendentes, por seus agentes, a evitar a danosidade ambiental. Responsabilidades reconhecidas**" (TJRS- 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal) (os grifos não constam do original). No mesmo sentido: STJ, RESP 33.3056/SP.

inadmissível que a lesão cometida pelo Estado ao meio ambiente, bem difuso, do qual depende a sobrevivência humana, permanece sem a devida reparação.

5.3.1.1 A ordenação territorial e a responsabilidade do Poder Público

O significado de meio ambiente há muito superou aquele “compreendido como o habitat natural do ser humano (flora, fauna solo e água); hoje também se entende por meio ambiente o *modus vivendi* do homem, abrangendo aspectos culturais, históricos e antropológicos” (WOLFF, *apud* TORRES, p. 198), incluindo, inclusive, o meio ambiente artificial, ou seja, o meio urbano. Assim, a responsabilidade pode decorrer de qualquer lesão ao meio ambiente considerado sob o aspecto lato.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Município poderá sofrer as sanções previstas caso provoque danos ao meio ambiente atuando comissivamente, omissivamente, ou indiretamente. Todavia, a conduta omissiva municipal, decorrente do não exercício do Poder de Polícia, pode se dar, basicamente, de duas formas: 1) quando o Município causar prejuízo ecológico propriamente dito, por falta de fiscalização (controle dos ruídos, controle dos dejetos nos cursos d’água, adequado manejo dos rejeitos sólidos, fiscalização das construções em áreas de interesses especiais, dentre outros); 2) quando o Município deixa de implementar instrumento de gestão ambiental e, por conseguinte, gera prejuízo ao bem meio ambiente.

Sob esse aspecto, a consideração com a ordenação do território municipal adquire papel relevante, pois é a partir do Município que os princípios serão concretizados nacionalmente, e a preocupação com o bem-estar do cidadão deve se dar em sua forma mais acentuada, em virtude da identificação como *habitat* mais próximo. Assim, como exposto em capítulo anterior, é dever imperiosos de todos os Municípios brasileiros a ordenação do território, como mecanismo de proteção ao meio ambiente, visando sempre o desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade, que deverá visar sempre a dignidade da pessoa humana, será construída sobre bases fundadas no equilíbrio entre o

desenvolvimento social, o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental.

A aplicação do instituto da responsabilidade ambiental em danos causados pelo Município já está consolidada, inclusive em relação à omissão na fiscalização⁴⁴. Como apontado anteriormente, o exercício do Poder de Polícia é repartido entre o Legislativo e o Executivo, o que permite concluir que a falta de implementação da ordenação territorial, por trazer grande possibilidade de ocasionar uma lesão à biota propriamente dita e por si só configurar lesão ambiental, já que o meio artificial, urbano, também se encaixa no conceito de meio ambiente, pode gerar o dever de reparação do Poder Público Municipal.

É necessário deixar claro que a necessidade do planejamento urbano, como apontado em capítulo anterior, é imperiosa para todos os Municípios e essa deve ser a interpretação atribuída aos artigos constitucionais que tratam da política urbana, em conformidade com os princípios estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, como forma de assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A implementação deve se dar, nos Municípios que se encaixam nos requisitos estabelecidos pelo § 1º do art. 182 da Constituição Federal e pelo art. 41 do Estatuto da Cidade, por meio de Lei em sentido estrito que aprove o Plano Diretor, e, nos Municípios em que não se estabelece o documento específico, por meio ato normativo. Sendo assim, conclui-se que, por se tratar de documento com a necessidade de aprovação por lei, em Câmara Municipal, a não implementação do planejamento, por meio de Plano Diretor ou outro instrumento normativo hábil,

⁴⁴ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. ÁREA DE MANANCIAS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. PODER-DEVER. ARTS. 13 E 40 DA LEI N. 6.766/79.

1. As determinações contidas no art. 40 da Lei n. 6.766/99 consistem num dever-poder do Município, pois, consoante dispõe o art. 30, VIII, da Constituição da República, compete-lhe **"promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"**.

2. Da interpretação sistemática dos arts. 13 da Lei nº 6.766/79 e **225 da CF, extrai-se necessidade de o Estado interferir, repressiva ou preventivamente, quando o loteamento for edificado em áreas tidas como de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais.**

3. Recurso especial provido. (STJ-T2, REsp 333056 / SP, Min. Rel. Castro Meira, DJ 06.02.2006) (os grifos não constam do original).

poderia configurar hipótese de omissão relativa à parcela do exercício do Poder de Polícia atribuído ao Legislativo.

O planejamento urbano, documento técnico, que deve avaliar as peculiaridades locais, juridicizado por lei, se configura como espécie de plano imperativo, submetendo toda a coletividade envolvida, principalmente o Poder Público, em decorrência do princípio constitucional da co-responsabilidade, estabelecido pelo art. 225. De tal sorte, é possível afirmar que, se as diretrizes estabelecidas pelo plano são imperativas, a sua implementação também o é, e, por conseguinte, conclui-se que a omissão nessa implementação deve ser entendida ou como dano ambiental *lato sensu*, ou como possibilidade de dano ecológico propriamente dito. A Constituição não estabelece normas excludentes e, por isso, o dever de buscar o desenvolvimento sustentável, utilizando o mecanismo de planejamento urbano, é de todos os Municípios brasileiros, caso contrário estaríamos diante de permissão para lesões ao meta-princípio da dignidade humana, bem como a direitos fundamentais, principalmente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Danielle Coutinho Talamini (1996) aponta tendência moderna em se responsabilizar o Estado por danos decorrentes de alteração no planejamento urbano, fundamentando que, mesmo para atender o princípio da soberania do interesse público sobre o particular, não é defeso que um indivíduo ou grupo de indivíduos sofram prejuízos gerados por essas alterações e, com base no princípio da igualdade perante os encargos públicos, aponta para a necessidade de indenização. Todavia, ressalta-se que, em caso de alteração do planejamento que importe em dano, deve-se adotar a teoria da responsabilidade do Estado aplicada aos atos legislativos que imponham sacrifícios mais gravosos a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos⁴⁵. Sobre a alteração do planejamento, a autora coloca:

Em muitos casos, a alteração não será apenas possível, mas obrigatória. Afinal, o agente público, também na atividade planificadora, é titular de uma função. Mesmo nesses casos, poderá a atuação estatal vira a atingir especialmente um indivíduo ou um grupo de indivíduos de modo a causar-lhes prejuízos. Aqueles que tiverem

⁴⁵ Sobre a responsabilidade do Estado por atos legislativos ver SOARES, Letícia Junger de Castro. Por um legislador responsável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1210, 24 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9080>>

sofrido dano em decorrência da alteração, em determinadas hipóteses, merecem ser indenizados (TALAMINI, 1996, p.708-709).

Isto posto, se é possível responsabilizar o Poder Público pela alteração do planejamento, por óbvio, a sua falta deve gerar o dever de reparar, uma vez que provoca dano ao meio ambiente urbano e pode provocar danos ecológicos, que atingirão toda a coletividade, não necessariamente considerada apenas como os habitantes de determinado Município. Admitir essa hipótese é garantir a efetividade da busca pela dignidade da pessoa humana primeiramente, de forma vertical (do ente federado mais próximo ao indivíduo- Município- para o ente mais distante- União), alcançado, em seguida, horizontalmente, toda a sociedade. Outra questão que merece reflexão é a atinente ao planejamento desconexo da realidade social, realizado apenas para cumprir a formalidade exigida por lei.

De certo, com base nos fundamentos já expostos, nasce aqui a possibilidade de se atribuir ao Poder Público Municipal responsabilidade por lesão ambiental, uma vez que inadmissível, na ordem constitucional vigente, que os municípios tenham a concretização de direitos prejudicada. Caso contrário, pergunta-se: o dano ambiental gerado pela ausência do planejamento urbano, ou pelo planejamento urbano formalmente realizado, deve ser suportado por toda a coletividade? A resposta, por certo, é fácil na teoria: se o Estado não pode impor sacrifício mais gravoso a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, se o meio ambiente é considerado como um macrobem (indissociável do ser humano e indispensável para o mesmo), se é obrigação do Poder Público buscar a efetividade da dignidade humana, que se dará com o desenvolvimento sustentável firmado no tripé desenvolvimento social- desenvolvimento econômico- preservação ambiental, se toda a sua atuação deve buscar a preservação ambiental, que é fundamentada no princípio da prevenção, afirmar que é possível a responsabilização é uma conclusão lógica.

Os dados das pesquisas analisadas demonstram a existência de lesões ao meio ambiente em grande parte dos Municípios brasileiros, apontando que há uma maior incidência nos Municípios com faixa populacional acima de 20.000 habitantes. Todavia, algumas espécies de degradação foram

identificadas em Municípios com menos de 20.000 habitantes em maior proporção, como, por exemplo, o desmatamento, a presença de esgoto a céu aberto e as queimadas. É importante destacar que, como estabelecido no texto Constitucional, os Municípios com mais de 20.000 habitantes devem, obrigatoriamente, implementar a política urbana por meio do Plano Diretor, que se mostra como instrumento mais rigoroso e, acertadamente é essencial para o ordenamento territorial nas faixas populacionais superiores, uma vez que a possibilidade de dano ambiental é maior. Nota-se, que, como a Carta Magna não estabelece norma excludente, não há abandono a própria sorte dos Municípios que não se enquadram dentro dos requisitos para exigência do Plano Diretor, devendo o planejamento ser implementado por outro meio.

Merece transcrição a ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal:

O *caput* do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá estabelece que 'o plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, **é obrigatório para os Municípios com mais de cinco mil habitantes**'. Essa norma constitucional estadual estendeu, aos municípios com número de habitantes superior a cinco mil, **a imposição que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. 182, § 1º). Desse modo, violou o princípio da autonomia dos municípios com mais de cinco mil e até vinte mil habitantes**, em face do que dispõem os artigos 25; 29; 30, I e VIII; da CF e 11 do ADCT. (ADI 826, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12/03/99) (grifos nossos)

Observa-se que a decisão exprime de forma implícita o entendimento acima defendido, pois afasta a exigência estabelecida em Constituição Estadual de instrumento mais rigoroso- Plano Diretor- para Municípios com mais de cinco mil habitantes, não eximindo, contudo, a responsabilidade desses Municípios pela organização de seu território, por meio de outro instrumento hábil- ato legislativo formal-, conforme diretrizes constitucionais.

As pesquisas apontam que é baixo o índice de Municípios que fazem uso dos instrumentos oferecidos pelo Estatuto da Cidade, inclusive, é baixo o índice de Municípios que possuem Plano Diretor, o que leva a conclusão que a responsabilidade do Estado por omissão, configurada a lesão ou possibilidade de lesão ao meio ambiente, aparece como um caminho a ser percorrido inicialmente, obrigando o Poder Público Municipal a efetivar a política ambiental

e, por conseguinte, a política urbana, e deve ter por objetivo uma obrigação de fazer, qual seja: implementar o planejamento urbano nos moldes apontados. Desponta também como outra forma de acionar o judiciário, além do mandado de injunção, para retirar da inércia legislativa o Poder Público local.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho, conclui-se que:

1- As ameaças ao meio ambiente se apresentam de forma constate e as catástrofes ambientais se espalham pelo mundo. É nítida a conflituosa relação entre o ser humano e o meio ambiente natural. São necessárias soluções imediatas, pois os efeitos nocivos de uma exploração predatória já começam a ser sentidos em algumas partes do planeta. Alguns lugares já não oferecem condições para a vida humana, obrigando populações a se deslocarem para locais onde possam sobreviver- são os denominados refugiados ambientais. O cenário instalado impõe a alteração da concepção da relação ser humano-mundo, ultrapassando a visão limitada, antropocentrista, que considera os recursos naturais apenas como matéria-prima para bens de consumo. O abandono dessa visão torna-se necessário para a proteção ambiental, que imprime um novo pensamento global, biocentrista, em que o homem não se encontra mais no centro, mas faz parte do todo, se interrelacionando com os demais seres vivos, de forma dependente.

2- Essa nova visão implica, por conseguinte, uma ampliação do conceito de meio ambiente, até então entendido como o conjunto composto por flora, fauna, e demais bens naturais, que passa a ser considerado em seus aspectos natural e em seu aspecto artificial. A Conferência de Estocolmo, ocorrida em 1972, impulsionou a dissipação da necessidade de adoção dessa nova visão, que posiciona o homem como parte do todo, fundamentada na noção de desenvolvimento sustentável. Essa visão acarreta uma transformação nas relações, exigindo uma participação de todos os atores sociais. O Estado possui, no entanto, papel fundamental e suas ações devem buscar alcançar o desenvolvimento sustentável, estruturado no tripé desenvolvimento econômico- desenvolvimento social- preservação ambiental.

3- A dignidade humana é adotada pela Constituição Federal como um dos pilares do Estado Democrático brasileiro, possuindo natureza de meta-princípio, que estrutura todo o ordenamento jurídico e o integra. Dessa forma, o meta-princípio da dignidade humana configura a causa e a finalidade do

sistema jurídico e o percurso a ser percorrido para alcançá-la será definido pelos direitos fundamentais. Cabe ressaltar, utilizando da teoria construída por Wittgenstein na obra *Investigações Filosóficas*, que não é possível conferir aos direitos fundamentais um caráter universal, posto que é necessária a consideração de uma dada realidade para a avaliação de quais valores foram eleitos como fundamentais. Ademais, o próprio princípio da dignidade não pode ser aplicado como uma fórmula matemática e vai depender da forma de vida em uma determinada sociedade. O caráter aberto dos direitos humanos, é, portanto, necessário para a concretização de tais direitos por fundar-se na correlação estabelecida com uma determinada realidade.

4- Os direitos fundamentais não estão inseridos no campo das faculdades do Estado, não cabendo a ele decidir se buscará protegê-los- é uma obrigação de ordem constitucional. O Estado, dessa forma, deverá agir se pautando em tais direitos, tendo-os como limites para a sua atuação, e também buscando concretizá-los e protegê-los. Entre os direitos fundamentais eleitos pela Constituição, encontra-se o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que mesmo não estando inserido no rol dos direitos previstos no art. 5º do texto constitucional, possui natureza formal e material de direito fundamental, indispensável à vida digna. De tal sorte, o bem meio ambiente foi erigido à categoria de fundamental pelo art. 225 da CR/88 que, além disso, institui o princípio da co-responsabilidade, estabelecendo que o dever de conservar e de proteger o meio ambiente é do Poder Público e da sociedade.

5- O princípio da co-responsabilidade, todavia, implica em uma atuação preponderante do Estado, que é o responsável por desencadear e promover a participação da sociedade. O meio ambiente, bem de natureza difusa, por ultrapassar a noção de público e privado institui, assim, uma nova forma de interrelacionamento entre Estado e sociedade, em movimento circular. A gestão ambiental, assim, se apresenta dividida em duas facetas: a faceta propulsora, que é a atuação do Estado, e a faceta de participação social. Todavia, é importante destacar que a atuação do estado sempre deverá pautar-se pelos mandamentos constitucionais. Tendo a meio ambiente como fator indissociável da vida, protegê-lo é condição essencial para a dignidade. Nesse campo, a

gestão do bem meio ambiente deve ser feita escorando-se no desenvolvimento sustentável. Sendo assim o desenvolvimento sustentável é tomado como princípio fundamental do Direito Ambiental seguido pelo princípio da prevenção.

6- Dentro do espaço político, onde é permitido ao Administrador Público realizar escolhas, limitado, por óbvio, pelo ordenamento constitucional, deve ser feita uma análise dos riscos para que seja possível escolher os instrumentos para o gerenciamento de tais riscos. É necessário que a Administração Pública esteja adequadamente estruturada para que seja possível desenvolver as políticas com informações suficientes a respeito das ocorrências ambientais, devendo contar com um quadro de pessoal com formação diversificada para o tratamento da questão. Nessa ponderação de riscos, por meio de mecanismos de biopoder, conforme a genealogia do poder de Foucault, é possível traçar estratégias com o objetivo de proteger a vida e, por conseguinte, o meio ambiente. Ao definir os riscos toleráveis e os intoleráveis, cabe ao Poder Público planejar as ações para que os impactos gerados por tais riscos sejam mitigados, prevenidos ou eliminados. Assim, o gestor estabelecerá as metas ambientais a serem seguidas, observando uma dada realidade. O mecanismo de segurança, o biopoder, utilizado nesse espaço discricionário, se mostra como um aliado na gestão ambiental, pois possibilita a organização do corpo social por meio de instrumentos de previsão, de estatística, garantindo liberdades. O biopoder, todavia, é exercido considerando uma determinada população, uma determinada sociedade. O Poder Público que traça, dessa forma, planos em desconformidade com a realidade local, implicando em uma gestão desconexa, é ilegal, mas não ilegítimo.

7- Tendo em vista o novo conceito de meio ambiente, que engloba tanto o meio natural como o artificial, o planejamento urbano se mostra como um instrumento de gestão ambiental, garantidor de direitos fundamentais. Assim é que deve ser observado por todos os Municípios brasileiros, independentemente da faixa populacional. O art. 182 da Carta Magna trata da política urbana e institui o Plano Diretor como instrumento básico deve ser interpretado considerando todo o ordenamento jurídico, principalmente os

direitos fundamentais. De tal sorte, considerando que o direito ao meio ambiente saudável deve pautar toda a atuação estatal, que os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção devem ser fonte norteadora para o Poder Público e tendo em vista o conteúdo ambiental do Estatuto da cidade, o art. 182 deve ser interpretado de forma que alcance todo o território brasileiro. A ordem constitucional democrática envolve em seu conteúdo uma pluralidade de interesses e, sob esse aspecto, é integradora, não permitindo espaços para a segregação. Assim, não seria possível estabelecer o planejamento urbano apenas para os Municípios com mais de 20 mil habitantes. Há que se considerar também o fato do planejamento englobar o espaço agrícola e o espaço urbano.

8- Pelo demonstrado nas Pesquisas de Informações Básicas Municipais, há ainda uma carência na estrutura dos Municípios, que obsta, por óbvio, a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Percebeu-se que as ações praticadas no sentido de solucionar os impactos gerados foram pouco eficazes, pois o percentual de ocorrência de alguns impactos permaneceu inalterado ou aumentou comparando-se as informações da Pesquisa MUNIC 2002 e da Pesquisa MUNIC 2008. Isto pode ser relacionado ao fato dessas ações não apresentarem uma conexão com a realidade dos Municípios. Há ocorrência de impactos ambientais em todas as faixas populacionais demanda uma atuação no sentido de mitigar tais impactos, preveni-los ou exterminá-los. Os instrumentos postos a disposição dos gestores municipais são usados de forma ainda precária, sendo o Plano Diretor usado com maior frequência. O planejamento urbano, instrumento de gestão ambiental, se faz necessário em todos os municípios brasileiros, inclusive nos municípios com faixa populacional inferior a 20 mil habitantes, de forma a assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em observância ao princípio da prevenção e ao princípio do desenvolvimento sustentável.

9- A participação da sociedade, diante desse quadro, se torna fundamental para retirar da inércia ou do esquecimento a atuação do Poder Público em relação ao meio ambiente, e, por conseguinte, em relação ao planejamento urbano. A demanda participativa implica em um ser dotado de informações

suficientes que permitam uma verdadeira participação. É papel do Estado desenvolver programas que promovam a educação ambiental conferido aos indivíduos sociais possibilidades concretas de participarem da gestão de seus interesses. Pode-se afirmar que é papel da parcela de indivíduos possuidores de condições evitar que se forme a relação circular entre Estado e sociedade evitando que se gere uma tirania ambiental.

10- Pelo exposto, é clara a necessidade de planejamento urbano nos Municípios, inclusive naqueles com menos de 20 mil habitantes, que podem optar por outro instrumento que não o Plano Diretor. Questões financeiras não podem justificar a ausência de planejamento, pois mecanismos financeiros são colocados a disposição dos Municípios como, por exemplo, o Fundo Municipal de Meio Ambiente, o ICMS ecológico, dentre outros, e para utilizá-los devem buscar atuar de forma articulada, principalmente com o Estado-membro.

11- A inércia do Município, ente federado com papel relevante na gestão ambiental- urbana por estar mais próximo aos fatos, pode acarretar em responsabilização do mesmo. A responsabilidade ambiental deve ser tomada de forma agravada, diante da importância do bem tutelado. Ela deve ser aplicada em sua forma objetiva, tanto no caso de omissão quanto no caso de ação, se configurando como mecanismo de controle das ações estatais e como mecanismo de proteção ambiental. A falta de planejamento impede que os indivíduos gozem de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, o que por si só já é um dano. Além disso, há que se considerar o fato do dano previsível ser objeto de responsabilização do Estado, o que permite a afirmação que a falta de planejamento que acarretar dano ou que possa acarretar dano é passível de responsabilização. A falta de planejamento ou o planejamento inadequado são ilegais e a conduta omissiva não pode se perpetuar, impedindo a concretização de direitos fundamentais. A participação popular, dessa forma, se mostra fundamental para o nível de efetividade de tais direitos.

REFERÊNCIAS

AGRELLI, Vanessa Murta; SILVA, Bruno Campos. **Direito Urbanístico e Ambiental**: estudos em homenagem ao Professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

ALVES, Antônio José Lopes. A individualidade moderna dos *Grundrisse*. **Ensaio Ad Hominem**, São Paulo, nº 1, Tomo IV, p. 255-307, 2001.

ÁVILA, Maria Cristina A. D. de. Eficácia da política ambiental e seus aspectos sociais e jurídicos, tomando por base o Parque Nacional de Itatiaia, **Revista de Direito Ambiental**, ano 5, n. 19, jul-set 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. 2 ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL. **Constituição do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações**. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2001.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto 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, 31 ago. 1981.

BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Ines Virginia Prado. **Desafios do Direito Ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005a.

BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução ao Direito Ambiental brasileiro. **Manual prático da Promotoria de Justiça de meio ambiente**, São Paulo: MP de São Paulo, Imprensa Oficial, v. 1, 2005b, p. 3-85

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOTH, Valdevir. Direitos humanos e crítica ao humanismo moderno. In: CARBONARI, Paulo César (org.). **Sentido filosófico dos direitos humanos**: leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006. Coleção Filosofia e Direitos Humanos, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein**: linguagem e mundo. São Paulo: Annablume, 1998.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **As Teias da Razão**: Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna. Belo Horizonte: *Argumentum*, 2004.

DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em meio ambiente. **Revista Justitia**, São Paulo, 59 (181/184), jan/dez 1998.

DAVIES, W. W. **Codes of Hammurabi and Moses**. Kessinger Publishing, 2003. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=axfFLINleksC&pg=PA7&dq=Hamurabi+Code&hl=pt-BR#PPA17,M1>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.7- Responsabilidade Civil.- São Paulo: Saraiva, 1986.

ECOURBANA. **Número de refugiados ambientais pode atingir os 50 milhões em 2010**. Disponível em: <http://ecourbana.wordpress.com/2008/06/22/numero-de-refugiados-ambientais-pode-atingir-os-50-milhoes-em-2010/>.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOURADO, Sheilla Borges. A ilegalidade urbana e o meio ambiente- problemas e perspectivas. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **A lei e a ilegalidade da produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del Derecho: público y privado**. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Edésio (org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Evolução do Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006.

FERNANDES, Edésio. **Law and urban change in Brazil**. England: Avebury, 1995.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil por dano ecológico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 49-50, 1977

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976). trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção tópicos.

FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: <<http://www.droit.org/codes/CCIVILL0.html#articleLEGIARTI000006438819>>

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>

FRANÇA. **The Consitution of 1791**. Disponível em: <<http://sourcebook.fsc.edu/history/constitutionof1791.html>>

FREDIANI, Yone. Responsabilidade civil do estado legislador. Mito ou realidade? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.10, n.41, (out./dez. 2002), p.181-198.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campo. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de derecho administrativo**. 8ª edición. Buenos Aires: F.D.A., 2006.

HORTA, Raul Machado. O meio ambiente na legislação ordinária e no direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, n. 122, p. 21-31, abr./jun. 1994.

IBGE. **Perfil dos Municípios brasileiros: meio ambiente 2002**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/meio_ambiente_2002/default.shtm

IBGE. **Perfil dos Municípios brasileiros: gestão pública 2005**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2005/munic2005.pdf>

IBGE. **Perfil dos Municípios brasileiros: 2008**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2008/munic2008.pdf>

KING, L. W. **The Code of Hammurabi**. Disponível em: <http://leb.net/~farras/history/hammurabi.htm>

LE GOFF, Jacques. **La civilización del occidente medieval**. trad.: Godofredo González. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo, RT, 2000.

LOMAS, Owen. Predicting the Unpredictable. **Oxford Journal of Environmental Law**, Oxford: Oxford Press, 2008. Disponível em: http://www.oxfordjournals.org/our_journals/envlaw/free_articles.html

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A filosofia como discurso da modernidade. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 2, n. 1 (1997), pp. 29-64.

MARTINE, George. A Urbanização no Brasil: retrospectiva, componentes e perspectivas. Brasília: IPEA, 1989.

MARX., Karl. **El capital**: crítica de la economía política. trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

MARX., Karl. **Grundrisse: lineamentos fundamentales para la crítica de la economía política**. trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

MATEO, Blanca Soro. **La responsabilidad ambiental de las administraciones públicas**. Madrid: Ministerio de Medio Ambiente, 2005.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. atual. Eurico Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. vol. II Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Edis; LOURES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. **Revista de direito ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais v. 10, n. 37 (jan./mar. 2005), p. 11-27.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no Brasil**: história, teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade civil do estado por atos legislativos (revivescimento de uma antiga questão). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.11, n.45, (out./dez. 2003), p.196-215.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em http://66.102.1.104/scholar?hl=pt-BR&lr=&q=cache:DZkEZNGEPAAJ:www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf+C%C3%B3digo+de+Hamurabi

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; BRUNA, Gilda Collet. Política e Gestão Ambiental. In: PHILIPPI JÚNIOR; ROMÉRO; BRUNA (edit.). **Curso de Gestão Ambiental**. Barueri: Monole, 2004.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Elaboração Helenice Rêgo dos Santos Cunha. Belo Horizonte: PUC Minas, ago. 2008. Disponível em: http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_monografias.pdf

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSIT, Liliana Allodi; CANEPA, Carla. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais v.11, n.42, (jan./mar. 2003), p.244-251.

ROUBIER, Pablo. **Teoria General del Derecho**. tradução: José M. Canjica Júnior. Puelba: Jose M. Canjica Jr, [19--].

RUIZ, Manuela Mora. **La gestión ambiental compartida: función pública y mercado**. Valladolid: Grafolex, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite; DYRUD, Chris Wold; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, *Lumen Iures*, 2000.

SILVA, Carlos Celso do Amaral e. Gerenciamento de Riscos Ambientais. In: PHILIPPI JÚNIOR; ROMÉRO; BRUNA (edit.). **Curso de Gestão Ambiental**. Barueri: Monole, 2004

SILVA, Jussara Maria da; ARAÚJO, Maria Luiza Malucelli. Estatuto da cidade e o planejamento urbano-regional. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, n.105, p.57-74, jul./dez. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente, **Interesse Público**, Sapucaia do Sul: Notadez v.5, n.19, maio/jun. 2003, p.44-50.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008

SILVEIRA, Paulo Antônio Callendo Velloso da. Responsabilidade Civil da Administração Pública por dano ambiental. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 72, p. 162-185, março de 1998.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey ,2003.

TALAMINI, Daniele Coutinho. Responsabilidade do Estado por danos causados em razão de alteração no planejamento urbanístico. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba: Genesis, jul-set 1996, p. 705-712 .

TEIXEIRA, Paulo Tomaz Fleury Teixeira. A individualidade humana na obra marxiana de 1843 a 1848. **Ensaio Ad Hominem**, São Paulo, nº 1, Tomo I, p. 175-187, jun 1999.

TONET, Ivo. A questão dos fundamentos. In:TONET, Ivo. **Educação, Cidadania e emancipação humana**. Ijuí: Unijuí, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Marcos Abreu. Estatuto da cidade: sua interface no meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 12, n.45, p.196-212, jan./mar.2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. tradução: José Carlos Bruni. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (os pensadores).