

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DIREITO, URBANISMO E AMBIENTE:
a dessacralização do positivismo formalista**

Igor de Abreu

Rio de Janeiro

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DIREITO, URBANISMO E AMBIENTE:
a dessacralização do positivismo formalista**

Tese apresentada à Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares da UGF como requisito parcial para conclusão do Curso de Doutorado em Direito.

Igor de Abreu

Professor orientador

Prof. Dr. José Ribas Vieira

Rio de Janeiro

2007

Aluno: Igor de Abreu

Matrícula: 2003195055-8

Direito, Urbanismo e Ambiente: a dessacralização do positivismo formalista.

Tese apresentada à Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares da Universidade Gama Filho como requisito parcial para a conclusão do Curso de Doutorado em Direito.

AVALIAÇÃO

1. CONTEÚDO

Grau: _____

Conceito: _____

2. FORMA

Grau: _____

Conceito: _____

3. GRAU FINAL: _____

Conceito: _____

AVALIADO POR

_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

Rio de Janeiro, de de 2007

Prof. Dr. José Ribas Vieira

Coordenador

Ao Prof. Dr. **ERCÍLIO ANTONIO DENNY**,
in memoriam

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. **JOSÉ RIBAS VIEIRA** pela dedicação incomum, pelo discurso culto e apoio incondicional.

Ao Prof. Dr. **ANTONIO LUÍS CHAVES CAMARGO** por manter aceso o espírito crítico.

Referência bibliográfica

ABREU, Igor de. **Direito, urbanismo e ambiente**: a dessacralização do positivismo formalista. 2007. Tese. Curso de Doutorado em Direito. Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Direito; princípios; cidades; urbanismo; sociedade de risco.

RESUMO

Esta tese tem por objetivo demonstrar a necessidade da utilização dos *princípios ambientais* e *urbanísticos* na solução de problemas concretos que envolvem o Direito Urbanístico, visto que o positivismo no seu sentido formal não se mostra suficiente para resolver os problemas que surgem na sociedade contemporânea, que é de risco, multicultural, multivélz e complexa, exigindo uma mudança paradigmática na condução e solução dos problemas inerentes à ocupação do solo urbano. Para a elaboração desta tese, optou-se pelo pensamento transdisciplinar, situação em que o fenômeno multidimensional é aquilo que interessa e não a disciplina que recorta a dimensão deste, tendo a mesma sido concretizada por meio de levantamento bibliográfico e documental, baseado em textos de autores representativos de diversas áreas do conhecimento, além da legislação ambiental e urbana, utilizando-se a análise de casos concretos em que foram realizados cortes ambientais, tendo como objetivo central provar a necessidade da visão interdisciplinar na condução da resolução das questões urbanas e dos conflitos gerados entre seus atores por conta, principalmente, da exclusão de grande parte da sociedade que fica “presa do lado de fora”, permanecendo na condição de cidadãos de segunda classe, em situação meramente contemplativa das decisões daqueles que permanecem “do lado de dentro” das cidades. Considerando que as sociedades, assim como as cidades, são sistemas abertos e caóticos, entende-se que as conclusões apresentam soluções temporárias, visto que o Direito contemporâneo não pode ser pensado de forma fechada, devendo manter-se atento às necessidades sociais, solucionando conflitos dentro da *sociedade de risco* e respeitando a *dignidade da pessoa humana* por meio da defesa do *mínimo vital*, e a *dignidade humana* na sua dimensão transindividual observando-se as condições fáticas do país de que se trata, sem perder de vista a preservação e a recuperação ambiental, condição necessária ao desenvolvimento sustentável.

Bibliographical reference

ABREU, Igor de. ***Law, urbanism and environment: the desacralization of the formalist positivism***. 2007. Thesis. Law PhD. Masters degree and Complementary Activities Coordination, Gama Filho University, Rio de Janeiro.

Key words: Law; principles; cities, urbanism; risk society.

ABSTRACT

This thesis has as its objective to demonstrate the need of the use of environmental and town planning principles to solve real problems which are linked to town planning Law, since positivism in its formal sense has not proven to be enough to solve the problems which arise in the contemporary society which, in turn, is risky, multicultural, multifast and complex, demanding a paradigmatic change in the confrontation and solution of inherent problems of the urban soil occupation. In order to elaborate this thesis, an option for an interdisciplinary thinking was chosen, situation in which what interests is the multidimensional phenomenon and not the discipline of its dimension and, to make it real, a bibliographical and documental survey was carried out based on texts of different authors who represent several areas of knowledge, and also on environmental and urban legislation, using concrete case analyses in which environmental profiles were developed, with the aim of corroborating the need of an interdisciplinary vision when solving urban problems and its conflicts which are mainly due to the exclusion of great part of the society that is “left out”, as second-class citizens, who contemplate the decisions taken by those who are “inside” the cities. Taking in consideration the fact that societies, as well as the cities, are open and chaotic systems, the conclusions produce temporary solutions, since contemporary Law cannot be seen as something final and definite, and it is necessary to stay attentive to social needs, solving conflicts inside risk societies and respecting human dignity through the defense of the vital minimum, and the human dignity in its transindividual dimensions taking in consideration the conditions of the country, without losing sight of preservation and environmental recovery, which are necessary conditions for a sustainable development.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – FAMÍLIAS ABAIXO DAS LINHAS DE POBREZA E DE INDIGÊNCIA. PAÍSES SELECIONADOS – 1999.....	63
TABELA 2 – POPULAÇÃO RESIDENTE, POR SITUAÇÃO DE DOMICÍLIO – BRASIL.....	63

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – AÇÃO CIVIL PÚBLICA

ADPF – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

AEIU – ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE URBANÍSTICO

AgRg – AGRAVO REGIMENTAL

Bird – BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO.
CONHECIDO TAMBÉM COMO BANCO MUNDIAL – *WORLD BANK*

BNH – BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO

CEPAL – *COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*

CONAMA – CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

ECO/92 – CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E
DESENVOLVIMENTO

ECOSOC – CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DAS NAÇÕES UNIDAS

EIA – ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL

FMI – FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL

GG – *GRUNDGESETZ* – LEI FUNDAMENTAL (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERAL DA ALEMANHA)

GRPU – GERÊNCIA REGIONAL DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO

IAB – INSTITUTO DE ARQUITETOS DO BRASIL

IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS
RENOVÁVEIS

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

IDH – ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

ISO - *INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION*

LAJ – LABORATÓRIO DE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA UNIVERSIDADE
GAMA FILHO

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

NOVACAP – COMPANHIA URBANIZADORA DA NOVA CAPITAL DO BRASIL

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE

ONG – ORGANIZAÇÃO NÃO-GOVERNAMENTAL

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

PAE – PROGRAMAS DE AJUSTE ESTRUTURAL

PIB – PRODUTO INTERNO BRUTO

PNUD – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO

PNUMA – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE

PPC – PARIDADE DE PODER DE COMPRA

PRAD – PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA

RCA – RELATÓRIO DE CONTROLE AMBIENTAL

RDH – RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

Rima – RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL

SEMARH – SECRETARIA DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO DISTRITO FEDERAL

SFH – SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TC – *TECHNICAL COMMITTEE* (COMITÊS TÉCNICOS)

TCDD – TETRA-CLORO-BENZO-PARADIOXINA

TCF – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

TJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ucil – *UNION CARBIDE INDIA LIMITED*

UNESCO – *UNITED NATIONS EDUCACIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA)

URSS – UNIÃO DAS REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS

WWAP – *WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAME*

ZPI – ZONA DE PROTEÇÃO INTEGRAL

ZUEX – ZONA DE USO EXTENSIVO

ZUIR – ZONA DE USO INTENSIVO E RECREAÇÃO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. FORMAÇÃO DAS CIDADES.....	25
Introdução.....	25
1.1. Abordagem histórica.....	27
1.2. Crescimento urbano.....	32
1.2.1. Crescimento urbano brasileiro.....	35
1.3. Espaço urbano.....	39
2. ÉTICA.....	44
Introdução.....	44
2.1. Ética.....	45
2.2. Ética e o contexto urbano.....	47
2.2.1. O caso francês.....	48
2.3. Cidadania.....	52
2.4. Dignidade da pessoa humana.....	54
2.5. Neoliberalismo.....	60
3. SOCIEDADE DE RISCO.....	66
Introdução.....	66
3.1. Risco e Teoria da Constituição.....	68
3.2. Sociedade de risco e interpretação constitucional – STF – HC nº 83.554-6.....	72
3.2.1. Dados gerais.....	74
3.2.2. Sinopse do caso.....	74
3.2.3. Ementa do acórdão.....	75
3.2.4. Posicionamento do Ministro Relator em relação à sociedade de risco.....	75
3.2.5. Considerações.....	76

4. PRINCÍPIOS	79
Introdução	79
4.1. Princípios e regras	80
4.2. Princípios ambientais e urbanísticos	82
4.2.1. Princípio do Direito Humano Fundamental.....	85
4.2.2. Princípio Democrático.....	86
4.2.3. Princípio do Poluidor-Pagador.....	87
4.2.4. Princípio da Precaução e Princípio da Prevenção.....	87
4.2.5. Princípio do Desenvolvimento Sustentável.....	91
4.2.6. Princípios Urbanísticos.....	94
5. DIREITO E POLÍTICA	98
Introdução	98
5.1. Bem coletivo	99
5.2. Política urbana	100
5.3. Função social	101
5.4. Estatuto da Cidade	107
5.4.1. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.....	111
5.4.2. Usucapião especial urbano.....	113
6. REALIZAÇÃO DO DIREITO	115
Introdução	115
6.1. Interpretação constitucional	118
6.2. Os atores institucionais	121
6.3. Corte ambiental	125
6.4. Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 88 – DF (2004/0075681-6)	126
6.4.1. Dados gerais.....	126

6.4.2. Sinopse do caso.....	126
6.4.3. Ementa do acórdão.....	130
6.4.4. Posicionamento do Ministro Francisco Peçanha Martins.....	130
6.4.5. Considerações.....	130
6.4.6. Os atores institucionais.....	132
6.4.7. Corte ambiental.....	133
6.5. Agravo de instrumento – TJMG.....	134
6.5.1. Dados gerais.....	134
6.5.2. Sinopse do caso.....	135
6.5.3. Ementa do acórdão.....	138
6.5.4. Considerações.....	139
6.5.5. Os atores institucionais.....	142
6.5.6. Corte ambiental.....	144
6.6. ACP – Justiça Federal.....	145
6.6.1. Dados gerais.....	145
6.6.2. Sinopse do caso.....	146
6.6.3. Ementa.....	149
6.6.4. Considerações.....	150
6.6.5. Os atores institucionais.....	151
6.6.6. Corte ambiental.....	153
CONCLUSÕES.....	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	160
ANEXO A - <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 83.554-6 – PARANÁ – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	173
ANEXO B - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 88 – DF (2004/0075681-6) – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	196

**ANEXO C - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÚMERO DO PROCESSO:
1.0388.04.004682-2/001(1) – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS
GERAIS.....204**

INTRODUÇÃO

Por meio desta tese que integra a área de concentração Direito e Economia do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho e segue a linha de pesquisa Direito, Urbanismo e Sociedade de Risco, visou-se discutir e refletir a respeito de determinadas temáticas postas ao Direito contemporâneo traduzidas por situações concretas de alta complexidade inerentes à construção e gestão das cidades, principalmente aquelas relacionadas às questões ambientais e à distribuição da população no tecido urbano em que há desrespeito à condição humana e pressões ambientais que desconsideram os princípios constitucionalmente positivados. Para tanto, influenciado pelas significativas mudanças sociais ocorridas em todo o mundo e principalmente nas sociedades capitalistas centrais, há de se observar certas situações político-jurídicas que se destacam nas novas estruturas sociais. Neste sentido, questiona-se: quais são os instrumentos disponíveis e suas conseqüências na ponderação de parâmetros discursivos nas situações concretas que se avultam neste contexto da denominada *sociedade de risco* que não conhece heróis nem mestres (LUHMANN, 2005, p. 103), permeada, naturalmente, por problemas de ordem sócio-ambiental dentro de uma estrutura econômica neoliberal, neste cenário em que os paradoxos do capitalismo deste momento histórico apontam para um mecanismo de integração social estabelecido por meio de um intenso processo normativo, numa cultura que diminui a solidariedade e a independência?

Seja qual for a hipótese levantada, não é possível desprezar a questão fundamental e o desafio em qualquer situação envolvendo o Direito hoje como conquista política e social da segunda metade do século passado: a realização do *princípio da dignidade humana* na sua dimensão transindividual, sem que se fira o *princípio da dignidade da pessoa humana* que tem por escopo o indivíduo. Neste ponto, há de se atentar para o reconhecimento do *mínimo vital*, este um conjunto de determinados direitos individuais e sociais: o direito a uma moradia simples, à educação escolar, à formação escolar, à formação profissional e a um mínimo de assistência médica, estabelecidos sob as condições fáticas do país de que se trata (TOLEDO, 2005, p. 30).

Neste sentido, ao mesmo tempo em que se afirma uma preocupação valorativa para o universo jurídico, contraditoriamente, o período compreendido entre o final do século XX e início do XXI está sendo marcado por importantes rompimentos de paradigmas, levando à reconsideração do quadro principiológico já sublinhado, por

importantes conquistas no campo dos direitos humanos dentro desse legado pós 1945, inerentes aos direitos de terceira geração, garantidos no mundo ocidental por cartas constitucionais que buscam afastar de forma permanente as atrocidades cometidas por regimes que marcaram de forma trágica a história da humanidade, procurando consubstanciar na democracia os fatores marcantes como o regime mais adequado a ser adotado no direcionamento da sociedade. Porém, há de se observar os desvios de rumo e as necessárias intervenções capazes de restabelecer a conexão entre a utopia e o pragmatismo, objetivando as devidas adaptações à *sociedade de risco*, esta que não admite outras soluções senão aquelas tomadas antecipadamente ou, pelo menos, em tempo real, exigindo do Direito respostas de caráter preventivo ou, no mais tardar, corretivo, dentro de espaço temporal exíguo, caracterizada pela presença do perigo, que não se pode, assim, definir por uma perspectiva mais tradicional de Teoria do Direito, devido à complexidade das relações humanas e pela sensação de insegurança que leva à idéia de irrelevância do ser.

Tendo em conta a franca oposição do formalismo à natureza histórico-cultural do Direito, este que pertence a uma categoria de realidades dadas oriundas da constante evolução social no sentido histórico, não há espaço para posicionamentos baseados puramente na lógica e no racionalismo, isto que afasta qualquer apreensão apriorística. Há de se relevar que o formalismo não é capaz de transpor as barreiras dos casos concretos de alta complexidade, estes que se transformam e avolumam-se na sociedade contemporânea. As realidades concretas não são resolúveis pelas construções formais, visto que estas não dispõem de elementos capazes de fornecer-lhes soluções diferenciadas para o atendimento da demanda que se impõe. Hodiernamente, o positivismo no sentido formal apoiado na teoria da legislação como fonte preeminente do Direito, da teoria do ordenamento jurídico e da teoria da interpretação mecanicista (BOBBIO, 1995, p. 132-133), mesmo com seu redimensionamento desses últimos sessenta anos, por seu turno, naufraga por não admitir lacunas e, quando as aceita, é incapaz de apresentar solução material por si só. Lidar com normas em branco, conceitos indeterminados e proposições carentes de valorações, também mostra-se algo improvável. A este, a capacidade para apontar soluções alternativas perante injustiças ou situações que se apresentam inconvenientes, não existe. O Direito assume, nesse direcionamento um caráter discursivo e argumentativo resultante desses casos concretos tencionados neste contexto social típico de uma *sociedade de risco*.

Dessa forma, a adoção da *teoria do consenso*, orientada no sentido da capacidade das proposições construírem entendimentos, torna-se importante para o saber jurídico pois, por um lado, evita os problemas ontológicos inerentes aos conceitos de verdade realista e, por outro, afasta a atribuição de valores de verdade a normas e valorações. Há de se considerar que não existe apenas uma única decisão justa, mas a pretensão de uma fundamentação convincente. A teoria incorporada nesta tese ressalta o caráter do saber jurídico como disciplina discursiva e argumentativa, em que a construção da racionalidade está implícita nos seus argumentos, ou seja, nos argumentos jurídicos estabelecidos por um padrão de argumentação pautada pela racionalidade.

Nessas circunstâncias, observando-se como imperiosa a concretização desta teoria do consenso e a existência de direitos de quarta geração, aí incluídos democracia, direito à informação e pluralismo e, ainda, a ineficiência do direito positivo-legalista para, sozinho, resolver todos os problemas inerentes à sociedade contemporânea, principalmente aqueles referentes ao planejamento, gestão e construção das cidades e das questões ambientais inerentes ao processo sob determinantes democráticas, técnicas e científicas, esta tese tem por objetivo demonstrar a necessidade da aplicação de *princípios ambientais* na defesa do tecido social e seu bem-estar, considerados todos os aspectos formadores da saúde preconizados pela Organização Mundial da Saúde, ou seja, aspectos não só referentes à ausência de doenças, mas um conjunto de fatores responsáveis pela manutenção do ser humano na sua completude, inclusive, e essencialmente, aqueles ligados ao ambiente em que se vive.

Tendo em conta a alta complexidade dos espaços urbanos existentes em todas as ordens sociais, sítios estes repletos de condições que propiciam a formação de situações inusitadas todo o tempo, em que a previsibilidade é constantemente ameaçada, depara-se com a incapacidade de compreensão/apreensão do mundo da vida, restando a perplexidade diante de fatos que desafiam o Direito e seus pensadores na busca de respostas que tenham um significado social, rompendo paradigmas fortemente impregnados pela cultura da dominação. Nesses tempos de conflito entre a razão e o irracional, espelhado nos conflitos sociais, étnicos e religiosos que têm como palco de formação os subúrbios e guetos dos excluídos, deve-se mudar posturas com o intuito de reverter o processo, ampliando a inclusão por meio do processo do reconhecimento do *outro*, colocando-o do *lado de dentro* das cidades, num processo de democratização dos espaços e dos investimentos

baseados em políticas públicas e de governo que objetivem a inclusão de fato, e não como mero exercício de retórica constitucional.

Considerando este contexto, entendemos como importante para estabelecer o marco filosófico e teórico da tese, a teoria do consenso, pensamento de Jürgen HABERMAS, frankfurtiano de segunda geração que busca apoio no mundo da vida cotidiana (*Lebenswelt*), situação em que o alcance da verdade, imprescindível e inevitável para os negócios humanos, seria sempre assumido *na prática* (SOUZA, 2005, p. 20), este que luta pelo paradigma da linguagem e da intersubjetividade, com base na relação entre sujeitos que possuem a capacidade de falar e de agir, modelo que defende a relação entre indivíduos socializados pela comunicação, situação esta que permite a compreensão descentrada do mundo, viabilizando a adoção de atitudes – objetivante, normativa e expressiva – relacionadas aos diferentes mundos – objetivo, social e subjetivo. O pensador alemão advoga a tese da validade das *normas de ação*, entendendo ser esta a situação em que os possíveis atingidos pudessem assentir, na posição de participantes de discursos racionais, numa defesa clara da democracia como forma de resolução de conflitos, sendo as questões normativas objeto de discussão argumentativa.

Além deste sociólogo alemão, num comprometimento essencialmente interdisciplinar, as reflexões de outros pensadores, foram adotadas outras linhas reflexivas na ampliação deste posicionamento pautadas também por uma proposta crítica. Vale ressaltar o pensamento de Robert ALEXY (2005a, p. 118-179), opondo-se a certas orientações de HABERMAS na sua *Teoria Consensual da Verdade* e da *Teoria da Argumentação* de Chaïm PERELMAN, entre outros. Há de se considerar, porém, a adoção de regras argumentativas da teoria habermasiana que são aplicadas por ALEXY na formulação do seu discurso prático racional geral, expressas na *Teoria da Argumentação Jurídica*, sustentando a integração entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral, por meio de formas e regras dos argumentos jurídicos.

Da mesma forma, entende-se como importante a contribuição de Niklas LUHMANN no entendimento desta *sociedade de risco*, além da sua descrição do fenômeno social como interações, organizações ou sociedades como *sistemas*, observando que os riscos não são calculados quantitativamente ou, pelo menos, não da forma convencional que a teoria da decisão propõe. Assim, defende que um sistema autopoietico pode ser representado como algo autônomo, erigido sobre a base de uma *organização*

fechada de reprodução auto-referencial, como sendo o paradoxo do Direito moderno e da sua autonomia funcional.

Considerando que as normas compreendem um gênero em que são espécies os *princípios* e as *regras* (GRAU, 2005, p. 22), e que aquelas incluídas na Constituição Federal de 1988 são entendidas como normas jurídicas de mais alto grau dentro do ordenamento positivo (GAMA, 2006, p. xii), e dada a relevância conferida pela Carta às questões ambientais, entende-se que a inclusão do Direito Ambiental na discussão da *sociedade de risco* é justificada pelo fato das discussões ambientais serem ínsitas a esta categoria, considerando-se válida a aplicação dos seus *princípios* na solução dos casos concretos envolvendo questões urbanas que, pensa-se, não são resolúveis com a aplicação apenas do Direito Urbanístico, o qual, reconhece-se, possui *princípios* próprios que devem ser considerados, mas, dada a complexidade dos problemas ínsitos à sociedade contemporânea, considera-se haver a necessidade de visão interdisciplinar, ou seja, o diálogo que acontece a partir do campo teórico inicial de determinada disciplina que se analisa, desenvolvendo-se problemas em que se recorta de forma total ou parcial aqueles desenvolvidos de outra disciplina, *i.e.*, uma articulação de disciplinas que possibilita o diálogo em que as diferenças específicas são respeitadas, objetivando-se a realização de tradução científica de uma linguagem na outra; e transdisciplinar, em que há a integração de disciplinas, na qual se abandona os pontos de vista particular de cada uma delas, produzindo-se um saber autônomo, em que se cria novos objetos teóricos e se aplica novos métodos, visto que aquela categoria, a cada dia que passa, sofre um alargamento próprio das sociedades contemporâneas altamente complexas e de difícil entendimento.

Sob este aspecto, e levando-se em conta ser o sistema jurídico aberto no sentido da sua incompletude diante da realidade de que evolui e se modifica pois é um produto histórico, dada a provisoriedade do conhecimento científico (GRAU, 2005, p. 22) e considerando-se a contemporaneidade do Direito Ambiental, é que defende-se a aplicação dos seus *princípios* na solução das questões urbanas, visto que o processo inerente à construção e reconstrução dos espaços urbanos num contexto social em ebulição, merece uma intervenção do Estado rápida e efetiva, com o assentimento dos atores envolvidos, sem que os aspectos ínsitos à categoria deixem de ser considerados.

Para a elaboração desta tese, optou-se pelo pensamento transdisciplinar, situação em que o fenômeno multidimensional é aquilo que interessa e não a disciplina que recorta a dimensão deste. Este paradigma da complexidade, que defende a necessidade de se

mudar o modo reducionista de pensar, condição necessária à produção do conhecimento neste período de incertezas, é capaz de reunir, contextualizar e globalizar, sem perder de vista o reconhecimento do singular, do individual e do concreto. Este fenômeno exige que a filosofia seja parte do processo de construção do conhecimento, não sendo mais viável optar-se entre esta e a ciência.

A redução como modo de conhecimento, ou seja, reduzir o conhecimento do todo pelo conhecimento das partes, defendida até meados do século XX, entendendo como válida a especialização abstrata, esta que retira o objeto do seu conjunto, rejeitando as intercomunicações deste com seu meio, compartimentando-o e destruindo de forma arbitrária a *sistemicidade* (MORIN, 2000, p. 207), *i.e.*, a relação de uma parte com o todo, bem como a multidimensionalidade fenomênica, não parece ser o método adequado a ser utilizado na compreensão desta sociedade complexa e fragmentária que se apresenta nos dias atuais, desafiando os pensadores do Direito na busca de soluções para os problemas contemporâneos, estes que exigem o rompimento com paradigmas que até então mantinham a estabilidade do sistema jurídico.

Assim, os filósofos contemporâneos tratam a complexidade e transição como elementos característicos de um novo momento histórico do processo de conhecimento denominado pós-moderno ou, para outros, modernidade tardia, estes que entendem ser a modernidade um projeto inacabado que deve ser levado adiante, sendo certo que a superação da modernidade reflete a transposição da crença na infalibilidade do conhecimento científico, este que criou condições de subjugar o homem à dominação, quer no campo econômico, político ou ideológico. Este processo de produção do conhecimento é histórico, individual e coletivo, situação que ocorre simultaneamente, derivado da práxis humana, o que lhe confere características de não-linearidade nem neutralidade.

A tese foi concretizada por meio de pesquisa teórico-prática, descritiva, por meio de levantamento bibliográfico e documental, de natureza preponderantemente qualitativa, situação em que a utilização da Internet, ferramenta que utilizada com critérios de seletividade e parcimônia tornou-se importante para a manutenção da atualidade das pesquisas, baseada em textos de autores representativos de diversas áreas do conhecimento, além da legislação ambiental e urbana, destacando-se o “Estatuto da Cidade”, tendo como objetivo central provar a necessidade da adoção da interdisciplinaridade como método de investigação na condução da resolução das questões

urbanas e ambientais, além dos conflitos gerados entre seus atores por conta, principalmente, da exclusão de grande parte da sociedade, esta que fica *presa do lado de fora*, permanecendo na condição de cidadãos de segunda classe, em situação meramente contemplativa das decisões daqueles que permanecem *do lado de dentro* das cidades.

Tomando por base a cidade como um sistema aberto e caótico, em constante processo de modificação, situação em que a sinergia resultante nem sempre se apresenta da forma esperada e desejada devido à complexidade da sociedade contemporânea, elaborou-se este estudo descritivo baseado em elementos técnicos e históricos do urbanismo, estabelecendo-se um corte a partir da Revolução Industrial, além de fundamentos filosóficos e sociológicos contemporâneos capazes de sustentar a proposta, que tem por objetivo a defesa do rompimento de barreiras impostas pelo pensamento neokantiano iniciado na Alemanha em meados do século XIX, baseado em conceito de imperativo categórico como forma da razão na sua utilização prática.

Buscando visão crítica sobre o assunto, fixou-se uma trajetória que parte da abordagem histórica sobre o urbanismo, alcançando, ao final, considerações sobre decisões judiciais que tratam de questões ambientais em que há a efetiva aplicação de *princípios ambientais* na solução dos litígios, tendo sido tais casos escolhidos por serem emblemáticos quanto aos problemas inerentes à atuação antrópica no meio, refletindo o descaso da Administração Pública por ocasião da implementação de políticas públicas, estas que são questão de Estado. Neste ponto, considerou-se a importância da jurisprudência, esta que tem a capacidade de adaptar-se aos novos casos, desconsiderando antigas interpretações consideradas contrárias à finalidade de determinada instituição jurídica, podendo dar sentido novo a um texto antigo, realizando um julgamento que não fica restrito à realidade objetiva, mas como resultado da apreciação dos elementos em causa, criando precedentes que definirão a compreensão de termos da lei (PERELMAN, 1999, p. 27).

No Capítulo 1, intitulado **FORMAÇÃO DAS CIDADES**, foi realizado levantamento histórico sobre o processo de crescimento dos núcleos urbanos, fenômeno este que tomou proporções gigantescas a partir da Revolução Industrial, criando a necessidade do aprofundamento dos estudos referentes às questões urbanas, notadamente aqueles ligados à distribuição da população no espaço urbano, exigindo normas e soluções adequadas à ocupação dos sítios, bem como aquelas destinadas a resolver os problemas de ordem social, reflexo da forte ocupação destes espaços. Foram incluídos estudos sobre o

crescimento urbano brasileiro e aqueles relativos ao espaço urbano, tendo por finalidade demonstrar a necessidade de mudanças paradigmáticas no planejamento e gestão das cidades.

ÉTICA é o assunto central tratado no Capítulo 2, este que requereu uma estratégia interdisciplinar em que várias frentes de pesquisa foram consideradas, uma vez que procurou-se traduzir, mesmo que de forma precária, a necessidade da interpenetração das disciplinas na construção deste sistema aberto que é o Direito, o qual pretende proteger e assegurar a liberdade individual, subjugando-a ao interesse coletivo (GRAU, 2005, p. 23) sem, contudo, que a *dignidade da pessoa humana* seja levada a um nível em que deixe de ser o limite dos direitos e o limite dos limites, *i.e.*, a última barreira que impede a atividade que restringe os direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 124). Neste ponto enfatizou-se os recentes conflitos na França envolvendo a população dos subúrbios e o Poder Público que, apesar dos fatos não terem ligação direta com o processo de favelização que ocorre nas cidades brasileiras, visto que os *Banlieues* franceses ocupados pelos imigrantes e seus descendentes podem ser melhor comparados aos *townships* da África do Sul, uma vez que reproduzem um tipo de *apartheid* em termos de cidadania na Europa pós-colonial (BALIBAR, 2007, p. 48), e refletem o descontentamento de uma população posta à margem e que está “do lado de fora” das cidades e do processo sócio-político, assim como, *mutatis mutandis*, as populações de excluídos das nossas cidades. A categoria *cidadania* foi abordada a partir da teoria sociológica de Thomas H. MARSHALL, além das reflexões de Catherine AUDARD e Jürgen HABERMAS, principalmente. *Dignidade da pessoa humana* foi outra categoria estudada neste capítulo, baseada no pensamento habermasiano, além da obra de Ingo Wolfgang SARLET, que segue, em linhas gerais, a doutrina de Robert ALEXY, além das obras de J.J. Gomes CANOTILHO e Eros Roberto GRAU, importantes na construção desta tese. Considerações sobre o *neoliberalismo* foram relevantes para o entendimento da atual situação das cidades da América Latina, esta que foi alvo da implantação deste paradigma que é a principal tendência da política e da economia globais nas últimas duas décadas, além da adoção do *Estado Mínimo* defendido pelo Consenso de Washington e os reflexos da adoção deste modelo na formação do tecido social e seus reflexos nos sítios urbanos.

No Capítulo 3 o assunto tratado foi a **SOCIEDADE DE RISCO**, onde procurou-se refletir sobre este paradigma apontado por Ulrich BECK, gerado pela sociedade tecnológica e que permeia o Direito contemporâneo, transformando-o de forma definitiva,

levando a resgatar a virtude aristotélica da *prudentia* como escolha racional nas decisões em que a incerteza é presente (CANOTILHO, 2004, p. 1355). Diante deste novo desafio, entendeu-se como importante as reflexões de François OST e sua medida do Direito – norma, proporção, limite e ritmo – no sentido da constante adaptação à contemporaneidade quando da aplicação do Direito aos casos concretos, situação em que a adequação à realidade social se faz presente.

Com o objetivo de perceber a forma com o Poder Judiciário brasileiro enfrenta os desafios inerentes à *sociedade de risco*, optou-se por realizar uma análise do *habeas corpus* nº 83.554-6 – Paraná, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que o paciente, ex-presidente da empresa Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, foi indiciado com incurso no art. 54, da Lei nº .605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, na qualidade de presidente da Cia., por conta de derramamento de óleo efetuado pela empresa em rios do estado do Paraná., ocasião em que Ministro Relator ao debate a questão da assinalagmaticidade do risco na *sociedade de risco* (CANOTILHO), ressaltando-se que restringiu-se a análise a este ponto da decisão e a uma breve abordagem sobre Direito Penal simbólico (HASSEMER) e Direito Penal do inimigo(JAKOBS).

Os **PRINCÍPIOS** foram tratados no Capítulo 4, partindo-se do pressuposto da *ética da responsabilidade* (JONAS) além dos princípios do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental, cuja aplicação é um dos focos centrais desta tese. Neste capítulo estudou-se os principais princípios ambientais e urbanísticos, alertando-se para algumas catástrofes que propiciaram mudanças de paradigmas importantes na condução das questões relativas ao ambiente, estas que levaram à construção do *princípio da precaução*, pilar central da elaboração de um novo pensamento jurídico que trabalha na fase anterior à manifestação do perigo, e o *princípio do desenvolvimento sustentável*, tão caro às discussões da manutenção da vida no planeta.

Entendendo que é possível conceber tanto as *regras* como os *princípios* como *normas*, conforme positivado na Carta Federal de 1988, havendo apenas uma distinção de classe entre os institutos, e que a determinação por parte dos *princípios* de uma só resposta para cada caso é impossível, afirmação esta fundamentada não só na limitação do poder do conhecimento humano, o que poderia superar o Hércules dworkiano, como também por razões lógicas em sentido mais amplo (ALEXY), entende-se que a aplicação das regras, dos princípios somados à argumentação jurídica, pode oferecer um caminho para uma nova revolução científica e para a construção de um novo paradigma ao subsistema do Direito.

O Capítulo 5, **DIREITO E POLÍTICA**, foi dedicado a reflexões sobre a relação direta entre essas duas categorias, e a possibilidade de se elevar o Estado à condição de *homem de direcção* (CANOTILHO), conduzindo este e o Direito a uma crise política-regulativa, blindada à complexidade dos Estados contemporâneos, estes que são permeados pelo multiculturalismo e pela multivelocidade. Abordou-se, ainda, as categorias *bem coletivo, política urbana, função social* e, ao final, teceu-se considerações sobre as determinações do *Estatuto da Cidade*, o qual foi concebido para ser o marco regulatório da questão urbana no Brasil, com ênfase no usucapião urbano especial, entre outros pontos entendidos como relevantes nesta discussão.

A **REALIZAÇÃO DO DIREITO** foi o tema discutido no Capítulo 6, ocasião em que tomou-se em consideração o fato do Poder Judiciário agir como verdadeiro legislador positivo em suas decisões, objetivando finalizar os conflitos em tempo real, aplicando princípios constitucionalmente adequados ao caso concreto. Estes *mandados de otimização – Optimierungsgebote* (ALEXY), podem ser preenchidos em diferentes graus devendo, porém, respeitar as delimitações do conjunto de princípios e regras vigentes, considerando-se que a jurisprudência baseada em princípios deve definir a pretensão e a ação a serem exigidas num determinado conflito (HABERMAS).

Com o intuito de perceber como o Poder Judiciário trata das questões ambientais e da aplicação dos princípios aos casos concretos, optou-se por estudar três decisões em que os magistrados fizeram uso desses institutos, ocasião em que valeu-se, *mutatis mutandis*, da metodologia desenvolvida pelo Laboratório de Análise Jurisprudencial – LAJ – da Universidade Gama Filho, que visa a análise das decisões do Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, optou-se pelo método de pesquisa indutivo e dedutivo, conjugação esta própria do sistema alemão, adotada pelo LAJ, a qual se justifica por tratar-se de estudo de casos de 1ª e 2ª instâncias, além de julgado do Tribunal de superposição – STJ, levando a conclusões gerais. Por outro lado, a dedução fortalece-se pela análise de base teórica realizada a partir dos cortes estabelecidos na condução das análises.

Assim, selecionou-se o do caso do *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 88 – DF (2004/0075681-6)* proposto no Superior Tribunal de Justiça; o *Agravo de Instrumento* interposto pelo município de Luz no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais [processo nº 1.0388.04.004682-2/001(1)] contra decisão proferida pelo juízo da vara única da Comarca de Luz nos autos de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público daquele estado; e, finalmente, a decisão em 1º grau proferida pelo juízo da 2ª Vara

Federal de Niterói – Seção Judiciária do Rio de Janeiro - em *Ação Civil Pública*, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face da União, do município de Niterói e da Fundação da Superintendência Estadual de Rios e Lagos – SERLA (processo nº 2004.51.02.001916-9).

Por fim, nas **CONCLUSÕES**, procurou-se traçar um panorama da impotência da humanidade ante a *sociedade de risco*, além de propor-se maior aplicação dos *princípios ambientais e urbanísticos* na solução dos problemas ínsitos á sociedade contemporânea, estes que são impossíveis de serem resolvidos pelo Direito positivo-legalista, exigindo a compreensão da *sistemicidade* e da *multidimensionalidade* dos fenômenos na solução dos conflitos. Nessas circunstâncias, a partir das idéias estabelecidas pelo funcionalismo, em que os subsistemas sociais operam de forma interdependente, havendo mútua integração e interconexão entre os componentes sociais, fato este que mantém a estabilidade da sociedade, procurou-se demonstrar a hipótese, tendo sempre a clareza de que qualquer proposta tem caráter transitório, visto que propostas fechadas não são compatíveis com as sociedades contemporâneas, estas que exigem a releitura ininterrupta das tendências do corpo social e de suas necessidades.

1. FORMAÇÃO DAS CIDADES

Sumário: Introdução - 1.1. Abordagem histórica – 1.2. Crescimento urbano – 1.2.1. Crescimento urbano brasileiro – 1.3. Espaço urbano.

Introdução

A formação das cidades é o resultado de uma forma de processo de socialização da e da sua busca pela fixação nos espaços, tendo tornado-se origem das discussões que atravessam séculos e que, cada vez mais, impulsionadas pelos avanços tecnológicos, requerem soluções sofisticadas que rompem paradigmas sedimentados pelo tempo, causando perplexidade no tecido social. É neste contexto urbano, que tornou-se centro de excelência em tecnologia, educação, lazer, cultura, informação, ou seja, tudo aquilo que de forma direta ou indireta interessa e se torna necessário à vida, independentemente dos padrões comportamentais e de consumo, ou de raças, crenças e religiões dos diversos grupos sociais que vivam ou não no mesmo território, que se percebe mais fortemente um processo histórico.

Se por um lado as cidades têm importância socioeconômica indubitável, por outro são carentes de insumos indispensáveis à sobrevivência, exigindo grande impacto ambiental na produção desses bens, além de devolver à natureza alta carga de poluição gerada pelas mais diversas fontes, causando choques no ambiente que se propagam por todo o planeta, atingindo pontos inimagináveis até pela própria ciência. A cidade não produz aquilo que consome.

Diferentes características determinam as cidades que se espalham pelo mundo, possuindo cada uma delas aspectos próprios que lhes conferem sinais particulares estabelecidos, quer seja pela cultura, religião ou localização geográfica, quer por influência de guerras e invasões, colonização, economia e tantas outras condicionantes. Nessas circunstâncias, as cidades são o epicentro das revoluções sociais ocorridas ao longo da história, e objeto de estudo dos mais diferentes ramos da ciência, dada a complexidade das suas estruturas, quer físicas ou sociais, oferecendo à humanidade problemas e soluções que permeiam o *mundo da vida* dos humanos, com reflexos mediatos e imediatos em todo o sistema da Terra por conta das intervenções do homem no meio.

Fonte de preocupação e estudos das mais diferentes disciplinas, o crescimento urbano ocorrido no Ocidente a partir da Revolução Industrial vem sistematicamente agravando a relação entre a humanidade e o ambiente, resultado da concentração da população nas grandes cidades, esta que não segue uma lógica de distribuição geográfica concebida de forma a

ocupar espaços vazios, mas determinações de ordem econômica, disponibilidade de insumos ambientais, questões de logística, aspectos religiosos, além de outras determinantes, formando, assim, áreas conurbadas que crescem de forma indiscriminada, seguindo, muitas vezes, a lógica estabelecida pelo mercado, informal ou não. Neste aspecto salienta-se o caso brasileiro, em que cerca de 75% da população está concentrada em cidades próximas da região litorânea, havendo forte desequilíbrio em relação ao restante do território nacional, exigindo um esforço logístico importante na distribuição de insumos inerentes ao funcionamento desses aglomerados urbanos que, cada vez mais, devido à falta de políticas públicas e de governo de médio e longo prazos, sofrem um processo de aumento do tecido urbano, criando periferias carentes e exigindo investimentos públicos significativos na implantação da infra-estrutura ínsita ao crescimento urbano.

O capitalismo da Revolução Industrial, apoiado nas invenções e no proletariado, determinou o crescimento dos aglomerados urbanos e incrementou fortemente a pressão sobre o ambiente, além de fomentar o êxodo rural e, nos nossos dias, assistimos uma urbanização da sociedade por conta dos reflexos desta lógica aplicada ao campo, tendo como fator importante o surgimento do agronegócio desenvolvido por grandes empresas que se utiliza de alta tecnologia e equilibra as balanças comerciais dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, barateando custos com o corte de mão-de-obra e pagamento de baixos salários numa disputa por mercados abastecidos por produtores internos subsidiados, forçando a população rural a migrar para os grandes centros ou criar periferias no entorno das pequenas cidades interioranas na busca de meios para sobreviver.

Nessas circunstâncias, depara-se com problemas de alta complexidade envolvendo questões sociais, econômicas e ambientais nesta *sociedade de risco*, que criam necessidades novas e exigem a intervenção do Direito de forma cada vez mais rápida e eficaz. Para que isso ocorra, as verdades *a priori* que trazem soluções prontas para problemas previamente determinados, devem sofrer uma releitura por meio dos paradigmas constitucionais, cabendo ao intérprete analisar as questões sob o foco das normas – regras e princípios – e da argumentação jurídica, visto que não é mais possível debater a sociedade contemporânea apenas pela via legalista, observando-se uma hermenêutica constitucional fundamentada nas regras, princípios e valores positivados na Carta de 1988..

1.1. Abordagem histórica

Considerando o processo histórico em relação à apropriação do espaço e a produção do sítio urbano, entende-se ser necessário perceber como esta dinâmica foi estabelecida ao longo do tempo no Mundo Ocidental, para que se consiga compreender os impasses e conflitos do atual momento social, estes que tomam uma proporção desafiadora à humanidade que busca respostas e soluções capazes de estabelecer/restabelecer diretrizes que sejam suficientes à realização de algum controle da atual *sociedade de risco*, esta que é complexa, comunicacional e não conhece heróis nem mestres. Nestas circunstâncias, pensa-se que uma reflexão sobre a historicidade do processo torna-se relevante no entendimento deste sistema urbano¹ multifacetado que, não raramente, apresenta características reconhecidas como caóticas, mas que consegue conciliar subsistemas diametralmente opostos em um contexto único.

A aventura antrópica na Terra iniciada há, aproximadamente, 500.000 anos², reflete-se, contemporaneamente, em grandes e pequenos aglomerados humanos: as cidades³. Cerca de 10.000 anos atrás⁴, aqueles que habitavam as zonas temperadas, começaram a produzir seu alimento, passando a cultivar plantas e criar animais, organizando-se em estabelecimentos estáveis, formando as primeiras aldeias. Após 5.000 anos, algumas dessas aldeias transformaram-se em cidades na região do Oriente Próximo⁵, ocasião em que, por força ou necessidade, os produtores passaram a produzir excedentes para a manutenção de especialistas, *i.e.*, artesãos, mercadores, sacerdotes e guerreiros, oportunidade em que, com o evento da escrita, iniciou-se um novo marco da história, contrapondo-se à pré-história (BENEVOLO, 2003).

Entendida como um imã por ROLNIK (2004, p. 13-14), a cidade antes de se tornar o local de permanência em que se desenvolve trabalho e moradia, teve por embrião os

¹ No entendimento de CASTELLS (2000, p. 548-549) “(...) o ‘sistema urbano’, com seus elementos e suas relações, é uma construção formal, onde o essencial, isto é, o dinamismo de suas articulações, é produzido por leis de desenvolvimento histórico e organização social (...)”.

² Em geologia, corresponde ao período do Pleistoceno e, em arqueologia, ao Paleolítico (pedra antiga).

³ CASTELLS (2000, p. 551) contribui para o entendimento deste fenômeno humano lecionando que “(...) uma cidade concreta (ou uma aglomeração, ou unidade espacial dada), não é somente uma unidade de consumo. Ela é, naturalmente, composta de uma grande diversidade de práticas e funções”. Afirma, ainda, que a cidade “Exprime, de fato, a sociedade no seu conjunto, embora por meio da forma histórica específica que ela representa.”

⁴ Período Neolítico (pedra nova). Nessa ocasião, após a fusão das geleiras, período conhecido como a última profunda transformação do ambiente natural, assinalou a passagem do Pleistoceno para o Holoceno.

⁵ Região próxima ao sul da Europa, destacando-se a Mesopotâmia.

zigurates⁶ nas planícies da Mesopotâmia, por volta do terceiro milênio antes da era cristã. A construção do local de cerimônias, conforme a arquiteta, correspondeu a uma mudança na maneira dos homens ocuparem os espaços, cultivando a terra ao invés de simplesmente coletá-lo, optando pela criação de animais em detrimento da caça, definindo, assim, o espaço físico necessário à manutenção da vida de forma mais permanente, garantindo o domínio deste espaço por meio da “apropriação material e ritual do território”. Nessas circunstâncias, “os templos se somam a canteiros e obras de irrigação para constituir as primeiras marcas do desejo humano de modelar a natureza”. Como um imã o templo reunia o grupo e sua construção fortalecia a aliança comemorada periodicamente nos cerimoniais, criando-se uma cidade dos deuses e dos mortos, precursora da cidade dos vivos, prenunciando-se a sedentariedade humana.

A construção dos zigurates feita com tijolos cozidos superpostos possibilitou uma nova forma de pensar o hábitat, uma vez que a superposição destas unidades geométricas simples e padronizada, possibilitava a produção em escala, permitindo grande facilidade na realização física das formas preconcebidas e, conseqüentemente, a construção do ambiente conforme a intenção humana, marcando de forma definitiva uma relação do homem com a natureza “mediada pela primeira vez por uma estrutura racional e abstrata”. ROLNIK (2004, P. 15-18), neste passo, leciona que há um paralelismo inquestionável “entre a possibilidade de empilhar tijolos, definindo formas geométricas, e agrupar letras, formando palavras para representar sons e idéias”, podendo-se afirmar que a construção das cidades significa, da mesma forma, uma forma de escrita, percebendo-se que, tanto a escrita quanto a cidade, ocorreram quase que de forma simultânea, impulsionadas “pela medida de memorização, medida e gestão do trabalho coletivo”. Nessas circunstâncias, a Arquiteta ensina:

Na cidade-escrita, habitar ganha uma dimensão completamente nova, uma vez que se fixa em uma memória que, ao contrário da lembrança, não se dissipa com a morte. Não são somente os textos que a cidade produz e contém (documentos, ordens, inventários) que fixam esta memória, a própria arquitetura urbana cumpre também este papel.

O desenho das ruas e das casas, das praças e dos templos, além de conter a experiência daqueles que os construíram, denota o seu mundo. É por isto que as formas e tipologias arquitetônicas, desde quando se definiram enquanto hábitat permanente, podem ser lidas e decifradas, como se lê e decifra um texto (p. 16-17).

Morar na cidade significa estabelecer uma relação direta com o poder urbano, este que varia dependendo do caso, mas afirma-se que desde a criação daquela, esta relação é uma

⁶ Templos babilônicos em forma de torre piramidal, com plataformas recuadas e sucessivas, degraus externos e santuário no topo.

forma de organização do espaço e uma relação política, significando que a condição de habitante traduz a participação da vida pública, mesmo que apenas na condição de destinatário de regras e regulamentos. De todas as cidades, a *polis*, cidade-Estado grega, é que mais claramente traduz a dimensão política do urbano, uma vez que para os gregos, esta não designava um lugar geográfico, e sim uma prática política que era exercida pela comunidade de seus cidadãos, apesar de, sob o ponto de vista territorial, ser dividida em duas partes, *i.e.*, a *acrópole*, colina fortificada e centro religioso, e a cidade baixa que se desenvolvia em torno da *ágora*, espécie de praça na qual se reuniam as assembléias, sendo vedada a instalação de mercados no interior da *ágora* ateniense, delimitando-se, assim, a separação entre cidade política e comercial. O conceito de cidadão, tanto na *polis* quanto na *civitas* romana, não se refere àquele morador da cidade, mas sim ao indivíduo que por direito pode participar da vida política, excluindo-se, no caso das cidades-Estado gregas, os escravos, estrangeiros e mulheres que, apesar de habitantes do espaço geográfico da cidade, não participavam das decisões que determinavam o destino desta, uma vez que não tinham a cidadania conferida aos homens gregos proprietários de lotes agrícolas no território contido pela cidade (ROLNIK, 2004, p. 21-22).

Dada a expansão mercantil da cidade devido a divisão e especialização do trabalho entre as cidades, considerando-se que a produção deve suprir uma demanda que extrapola os limites de cada cidade, torna-se inevitável que esta divisão interurbana tenha unificação política, *i.e.*, que o território atingido pelo mercado esteja sob a tutela de um poder único e centralizado, fato este que na antiguidade, proporcionou a unificação de uma série de cidades autônomas em impérios, criando condições para a existência de uma economia urbana, ou seja, uma organização de produção que tinha por base a divisão do trabalho entre campo e cidade, além daquela separação inerente às características próprias de cada cidade. Desta forma, a cidade passou da condição de sede da classe dominante, onde se consumia o excedente da produção do campo, para ser incluída no circuito da produção propriamente dita (ROLNIK, 2004, p. 26-27).

A Urbanista toma como exemplo desse processo de expansão o Império Romano, em cujo território havia a circulação livre do comércio, estando as cidades ligadas por uma rede de estradas e portos que possibilitavam que produtos manufaturados na Europa fossem encontrados na África e vice-versa. O *Forum Romanum*, à época de Julio César- assassinado pelos senadores romanos durante uma sessão em 44 a.C. -, era o centro da vida pública da cidade e de todo o Império, reunido neste espaço centenas de pessoas que comerciavam,

cultuavam deuses, conversavam e participavam como atores ou espectadores dos negócios públicos ou privados, sem, contudo, ofuscar a dimensão política das cidades romanas.

O final do século XIII foi marcado pelo controle do comércio internacional por toda a Europa e seu entorno pelos bancos comerciais. Os Bardi, família de Florença, foram os primeiros grandes banqueiros que prosperaram a partir de 1250 e, já no século seguinte, detinham o monopólio sobre a arrecadação das receitas papais em todo o continente, conseguindo amedalar uma fortuna capaz de financiar reis e guerras, inclusive as excentricidades de Eduardo III, este que levou a Inglaterra à Guerra dos Cem anos com a França. A partir do momento em que o rei da Inglaterra deixou de cumprir seus compromissos com a Casa Bardi, esta entrou em decadência, falindo no ano de 1345, fato que contribuiu para a queda das atividades econômicas em toda Europa. Dois anos depois, um navio procedente do mar Negro foi arrastado pela corrente marítima até a baía de Nápoles e, a bordo, foi encontrada uma tripulação que estava parcialmente morta e os sobreviventes em estado de agonia, com os corpos desfigurados com inchações grotescas e pústulas negras. Era a peste negra que chegava à Europa, matando 25 milhões de pessoas em quatro anos. Assim, o comércio europeu levaria mais de um século para atingir sua recuperação total (STRATHERN, 2003, p. 15-16).

Considerado por muitos historiadores como o início da globalização, o século XV, marcado pelas grandes navegações implementadas por portugueses e espanhóis, marca uma nova virada na vida das cidades, pois para lá convergiam camponeses atraídos pela manufatura têxtil, por obras públicas, pelo serviço doméstico ou, ainda, a procura de uma vaga de servidor ou atraídos pela mendicância. Assim, a cidade atinge uma economia mercantil de importância sem precedentes, dominando o cenário das disputas sociopolíticas a partir deste marco histórico.

Fim do século XVI, as cidades que abrigavam as cortes reais foram as que mais rapidamente cresceram em população, área e riqueza, e de forma veloz atingiram populações raras vezes conseguidas no mundo medieval, acelerando a expansão do poder e da população. Na medida em que o tamanho das cidades era ampliado, a renda devida aos poderes centrais aumentava, possibilitando a expansão e o fortalecimento da capacidade do Estado. Conforme leciona ROLNIK, esta mudança de cenário traz consigo mudanças importantes para as cidades, redefinindo o urbano com reflexos nas cidades contemporâneas,:

A transformação da vila medieval em cidade-capital de um Estado moderno vai operar uma reorganização radical na forma de organização das cidades. O primeiro elemento que entra em jogo é a questão da mercantilização do espaço, ou seja, a terra

urbana, que era comunalmente ocupada, passa a ser uma mercadoria – que se compra e vende como um lote de bois, um sapato, uma carroça ou um punhado de ouro.

Em segundo lugar, a organização da cidade passa a ser marcada pela divisão da sociedade em classes: de um lado os proprietários dos meios de produção, os ricos detentores do dinheiro e bens; de outro, os vendedores de sua força de trabalho, os livres e despossuídos. Entre os dois estão os artesãos independentes, donos do seu próprio negócio, que oscilam entre identificar-se com os demais proprietários ou aliar-se com os que estão com eles, alijados do poder.

Finalmente, um poder centralizado e despótico ali se instala; um poder de novo tipo, que interfere diretamente na condução do destino da vida cotidiana dos cidadãos (2004, p. 39).

Ao analisar o fenômeno da urbanização sob a ótica da sociologia, CASTELLS (2000, p. 39) distingue dois sentidos distintos do termo: 1) como sendo a “concentração espacial de uma população, a partir de certos limites de dimensão e de densidade”; e 2) a “difusão do sistema de valores, atitudes e comportamentos denominado ‘cultura urbana’”. Opta, ainda, pelo conceito de urbano como a designação de uma forma de ocupação especial do espaço por determinada população, sendo este aglomerado o resultado de forte concentração e densidade considerada alta, havendo a previsibilidade de “diferenciação funcional e social maior”.

SOLÀ-MORALES (2002), ao tratar da urbanização, aponta que nem sempre arquitetura e cidade têm estreita relação e, ainda, que a construção e a definição das cidades, não necessariamente passa por suas arquiteturas. Indica que é possível separar a condição espacial e a vocação de cenário da vida humana, afirmando que o conteúdo e o alcance dos termos arquitetura e cidade tornaram-se problemáticos. Nestas circunstâncias, entende que sequer a palavra *cidade* seja algo servível à descrição do lugar onde ocorra a vida associada, de forma articulada, onde são compartilhados certos valores que, não de forma casual, são denominados *sociais (civitas, ciudad)*. Leciona, ainda, sobre a existência acadêmica de uma *geografia urbana*, uma *economia urbana* e uma *antropologia urbana*, estas que tornam crível a hipótese de que o urbano é uma categoria cultural suficientemente específica para gerar campos de investigação e reflexão de forma separada de outras disciplinas.

CASTELLS (2000, p. 127) ao construir uma formulação de “sociedade urbana” ligada diretamente ao pensamento evolucionista-funcionalista da escola alemã – Tönnies, Spengler, Simmel – conforme relata o autor, descarta ser a “simples constatação de uma forma espacial”. Entende que, considerado sob a ótica antropológica, o termo significa determinado “sistema de valores, normas e relações sociais possuindo uma especificidade histórica e uma lógica própria de organização e de transformação”. Assim, o qualificativo *urbano*, considerado junto à forma cultural desta espécie, deve ser entendido como a possibilidade de

“produção da cultura pela natureza” ou, de determinado sistema de relações sociais⁷, *i.e.*, cultura urbana, por meio de um “quadro ecológico” específico, a cidade⁸.

Projeto urbano, por seu turno, traduz uma arquitetura que tem como marco aqueles dados que estão na cidade, ou seja, restos, memórias, fragmentos e diretrizes, dados estes que devem ser tomados de forma seletiva, servindo de vínculos do próprio projeto, considerando-se que este é proposto “como resposta e resolução a um estado de coisas que previamente se entende como inacabado, desvencilhado, por resolver” (SOLÀ-MORALES: 2002, p. 30).

1.2. Crescimento urbano

O século XIX foi marcado pelo aumento substancial da população europeia e a conseqüente aglomeração metropolitana. Dos cerca de duzentos milhões de habitantes à época das Guerras Napoleônicas, multiplicou-se para cerca de seiscentos milhões no início da Primeira Guerra Mundial, ressaltando-se que em 1800, não havia uma cidade do mundo ocidental com um milhão de habitantes sendo que Londres, então a maior cidade do ocidente, contava com 959.310 habitantes e Paris, com cerca de 500 mil. Cinquenta anos depois, a capital inglesa contava com mais de dois milhões de habitantes e Paris, com mais de um milhão. Em 1900, onze metrópoles já contavam com mais de um milhão de habitantes, incluindo-se Berlim, Chicago, Nova Iorque, Filadélfia, Moscou, São Petesburgo, Viena, Tóquio e Calcutá (MUMFORD, 1998, p. 570-571), demonstrando a força da intervenção do capital.

⁷ INWOOD (1997, p. 64) ao tratar do verbete “ciência e sistema”, esclarece: “*Sistema* provém do grego *systema* (‘um todo articulado composto de numerosas partes’), que por sua vez provém de *synistanai* (‘reunir, combinar’ de *sun*, ‘com, juntos’, e *histanai*, ‘colocar, pôr’). ABBAGNANO (1998, 909) ao explicar o verbete “sistema”, inclui o seguinte conceito: “2. Qualquer totalidade ou todo organizado”.

LOPES JR. (2004, p. 2-3) ao produzir a introdução à obra *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*, referindo-se a mudança paradigmática ocorrida durante a década de 1980 no pensamento de Luhmann, afirma que “os sistemas sociais apresentam-se como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornam-se autopoéticos”. O autor atribui a Humberto Maturana e Francisco Varela a cunhagem do conceito de autopoieses, no campo da biologia e da neuropsicologia, tendo ambos avançado, a partir deste ponto, nas considerações sobre percepção. No entendimento desses autores, conforme LOPES JR., “o que define os seres vivos é a característica de produzirem de forma contínua a si próprios, e essa forma de organização é chamada **autopoietica**”.

⁸ CORREIA (1997, p. 27) ao pensar o urbanismo com *facto social* representante do fenômeno secular do crescimento da cidade, devido à atração que o modo de vida urbano exerce sobre as populações rurais, alerta sobre o problema complexo para a doutrina em estabelecer a distinção entre “urbano” e “rural”, indicando dois critérios para distinguir as duas realidades: “os de natureza demográfica e os de caráter não demográfico”. Entende que os primeiros buscam a distinção por meio do limiar de população ou densidade, estabelecendo as áreas urbanas, e os segundos recorrem a fatores tais como: conteúdos econômicos, sociais e culturais de determinado meio.

Esse crescimento explica-se com o evento da Revolução Industrial, esta que não pode ser entendida em termos puramente britânicos, uma vez que a Grã-Bretanha fazia parte de uma economia denominada “economia européia” ou “economia mundial dos Estados marítimos europeus” (HOBSBAWM, 2000, p. 34). O período que marca o início de grandes ganhos e perdas para a humanidade, modifica as cidades e aumenta de forma exponencial a pressão sobre o ambiente, causando impactos definitivos e, ao mesmo tempo, exigindo providências técnicas e políticas para que soluções fossem encontradas rapidamente.

A necessidade do aprimoramento do planejamento e da gestão⁹ das cidades tornou-se, a partir do crescimento acelerado desses sítios, o grande desafio a ser vencido, visto que as conseqüências da falta daquele e as formas equivocadas deste, invariavelmente remetem a problemas que surgem em decorrência das crises urbanas. Nessas circunstâncias, planejar e gerir são as ferramentas necessárias para amenizar o desdobramento da ocupação desordenada do solo urbano, bem como a limitação física do expansionismo sem freios iniciado no século XIX. HABERMAS (1987, p. 118) observa a nova situação em que a arquitetura e o planejamento urbano foram colocados ao longo do século XIX, conseqüência da Revolução Industrial e da decorrente modernização social acelerada, mencionando os três desafios conhecidos: “demanda qualitativamente nova de criação arquitetônica; novos materiais e novas técnicas de construção; finalmente, a sujeição da construção aos novos imperativos funcionais e sobretudo econômicos”.

HOBSBAWM (1996, p. 293-295), afirma ter sido a cidade, depois da estrada de ferro, o símbolo exterior mais contundente do mundo industrial do século XIX, apontando o rápido crescimento da urbanização no período pós 1850. Assim, notadamente Paris e Viena, as cidades foram se tornando palco de pressão para construção e de planejamento politicamente motivado, tudo fomentado por empreendedores com olhos focados no lucro. O historiador conclui que ambas as capitais não recebiam bem a presença dos pobres nas cidades, maioria daquela população, mas reconheciam “que eram um mal necessário”. Estes eram considerados pelos planejadores uma “ameaça pública”, acreditando que suas concentrações eram fontes potenciais de distúrbios, devendo, por isso, serem cortadas por avenidas e bulevares, levando-os a procurar habitações fora daqueles bairros populosos, em lugares presumidamente mais

⁹ SOUZA (2003, p. 46), indica a necessidade de se estabelecer a diferença entre *planejamento* e *gestão*, uma vez que não são termos intercambiáveis, pois possuem “referenciais temporais distintos”, e por se referirem a “diferentes tipos de atividades”. Explica que *planejar* é “tentar simular os desdobramentos de um processo, com o objetivo de melhor precaver-se contra prováveis problemas ou, inversamente, com o fito de melhor tirar partido de prováveis benefícios”, ou seja, planejamento remete ao futuro. Por outro lado, *gestão* remete ao presente, *i.e.*, “administrar uma situação dentro dos marcos dos recursos presentemente disponíveis e tendo em vista as necessidades imediatas”.

sanitarizados e seguros, numa demonstração clara de intenção de criação de periferias que concentram a população economicamente inferiorizada e excluída, mantendo a lógica da não-inclusão existente até os tempos atuais.

A conversão do homem em *Homo urbanus* trouxe conseqüências importantes tanto para a própria espécie quanto para o entorno. Se há 200 anos uma pessoa comum conheceria 200 a 300 pessoas em toda sua vida, hoje um habitante de Nova Iorque no centro de Manhattan pode viver e trabalhar entre 220.000 pessoas em um raio de 10 minutos da sua casa ou escritório. Considerando que nascem a cada dia 376.000 pessoas no planeta, provavelmente atingir-se-á uma população de 9 bilhões de pessoas em 2042 que viverão em sua maioria em densas zonas urbanas, fato que demonstra um cenário pouco promissor, uma vez que, apesar de constituir apenas 0,5% da biomassa animal do planeta, os humanos consomem quase 40% da produção primária líquida da Terra, o que leva à maior onda de extinção em massa de espécies animais em 65 milhões de anos. Assim, é necessária uma profunda reflexão sobre a melhor maneira de reduzir a população, além de desenvolver e planejar espaços urbanos mais eficazes na gestão dos recursos naturais e capazes de serem menos poluentes, havendo a necessidade de se encontrar um modo de reintegração ao resto da Terra (RIFKIN, 2007), condição esta inerente à realização da mudança paradigmática que se impõe com a realização do conceito de *desenvolvimento sustentável*: “Atender às necessidades da geração presente sem comprometer a habilidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades”, princípio positivado no artigo 225 da Carta de 1988.

Para que se atinja este objetivo cujo conceito foi proposto pela Comissão Mundial do Desenvolvimento e Meio Ambiente em 1987, esta formada em 1984 pela Organização das Nações Unidas, cuja coordenadora foi a primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem BRUNDTLAND (BRAGA, 2005, p. 16), urge que se diminua a *pegada ecológica* - do inglês *ecological footprint* -, instrumento este que revela a quantidade de área produtiva de terra e de mar necessária para demonstrar os recursos necessários à subsistência, bem como assimilar os resíduos gerados pelas atividades antrópicas, *i.e.*, contrasta o consumo dos recursos devido às atividades humanas com a capacidade de suporte da natureza, revelando se os impactos ambientais gerados são sustentáveis à longo prazo, possibilitando o estabelecimento de comparações entre indivíduos, cidades e países, podendo ser fundamentada em três princípios: sustentabilidade, equidade e *overshoot*, este que é o limite existente em relação a todas energias e matérias, *i.e.*, que a partir de determinado ponto, o crescimento material só é possível às custas de depleção do capital natural e da conseqüente diminuição dos serviços necessários à manutenção da vida (CIDIN, 2004).

Assim, há de se considerar que as áreas urbanas com pouco mais da metade da população mundial, são responsáveis por cerca de 80% das emissões de carbono, 75% do uso da madeira e 60% do consumo de água e, apesar das cidades ocuparem uma área mínima do planeta, consomem 75% dos seus recursos e, consideradas “pontos quentes”, observa-se que um hectare de uma área metropolitana consome 1.000 vezes ou mais de energia que uma área semelhante em um ambiente natural (CIDIN, 2004), fatos que demonstram que, mantidos os padrões de consumo e descarte atuais, não é possível pensar-se em *desenvolvimento sustentável*.

A preocupação com que a crescente urbanização seja realizada de forma sustentável, em que haja crescimento econômico, justiça social, proteção do clima e da biodiversidade, requer a união de esforços de todos e da proteção e gestão do ambiente urbano (ANNAN *apud* NADARAJAH, YAMAMOTO, 2007, p. 3)¹⁰, exigindo, assim, uma mudança de paradigma necessária para que a *pegada ecológica* seja reduzida, tornando possível a manutenção da vida no planeta por mais tempo, respeitando-se o *princípio da dignidade humana* sem que haja a renúncia à *dignidade da pessoa humana*.

1.2.1. Crescimento urbano brasileiro

Neste ponto passa-se a traçar um breve relato histórico do crescimento urbano brasileiro, estabelecendo-se como corte o final do século XVII e o início do século XVIII. Nesta época, a cidade de Salvador tinha cerca de 100 mil habitantes, enquanto que nos Estados Unidos da América não existia qualquer cidade com mais de 30 mil habitantes, considerando-se que a urbanização no Brasil atingiu a fase madura no século XIX¹¹, sofrendo mudanças importantes durante o século seguinte, até atingir o estágio atual. Destaca-se que no final do período colonial, as cidades de São Luís do Maranhão, Recife, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo, somavam cerca de 5,7% da população total do País, ou seja, aproximadamente 2,85 milhões de habitantes (SANTOS, 2005, p. 22-23).

¹⁰ No texto original, Koffi ANNAN afirma: “*Our world is becoming more urbanized, and as the World Summit on Sustainable Development underscored, we must make sure that this urbanization is sustainable. Indeed, the success of our collective efforts for economic growth, social justice, biodiversity and climate protection depends in large measure on how well we protect and manage our urban environments.*”

¹¹ SANTOS (2005, p. 23) leciona que em 1872, apenas três cidades brasileiras contavam com mais de 100 mil habitantes: Rio de Janeiro (274.972), Salvador (129.109) e Recife (116.671). Já em 1900, quatro eram as cidades com mais de 100 mil moradores: Rio de Janeiro (691.565), São Paulo (239.820), Salvador (205.813) e Recife (113.106). Destaca-se que São Paulo, em 1872, tinha apenas 31.385 habitantes.

Considerada como o marco inicial do problema urbano brasileiro, o século XIX é marcado pela forte migração detonada por fatos históricos importantes, ratificados por MARICATO (2002, p. 23):

A tragédia urbana brasileira não é um produto das décadas perdidas [1980-1990], portanto. Tem suas raízes muito firmes em cinco séculos de formação da sociedade brasileira, em especial a partir da privatização da terra (1850) e da emergência do trabalho livre (1888).

Surgido no Brasil no final do século XIX, o zoneamento, que não deve ser confundido com planejamento urbano, vem atender os interesses das elites, tendo como marcos iniciais o do Rio de Janeiro e de São Paulo, destacando-se o projeto apresentado à Câmara do Rio de Janeiro em 1866 por José Pereira Rego, que foi arquivado. Em julho de 1878, a Câmara deliberou não mais conceder licença para construção ou reconstrução de cortiços no centro da cidade, proibição esta distante de qualquer processo inclusivo. Porém, a efetivação da norma foi prejudicada, pois o exercício do poder de polícia não acontecia de fato, demonstrando, uma prática recorrente até os nossos dias. A vasta legislação proibindo a implantação de cortiços e vilas operárias em determinadas partes das cidades representavam, desta forma, “rudimentos de um zoneamento” (VILLAÇA, 1999, p. 177-178) que, entende-se, eram partidárias de ações excludentes que privilegiavam a concepção capitalista de cidade.

Nessas circunstâncias, *mutatis mutandis*, há de se considerar a equivalência entre as intervenções feitas pelos Poderes Públicos nos sítios urbanos daquelas capitais européias e na brasileira com a nítida intenção de segregar as populações mais pobres, mas mantendo-as como *exército de reserva* necessário. O processo, ratificado ao longo da história, não inclusivo, cria periferias e guetos, comuns no processo de urbanização que, via de regra, tenha sido planejado no sentido macro ou não, estabelece hierarquias muito claras nos tecidos urbanos, inclusive com a criação de *feudos* em áreas periféricas, caracterizados pelos condomínios que surgem como *ilhas de segurança e bem viver*. Por conta deste método de ocupação que não respeita planejamentos, são notáveis as degradações dos sítios urbanos por conta de pressões imobiliárias, sempre excludentes¹².

Neste passo as considerações de MARICATO sobre as intervenções nos sítios urbanos à época, traduzem a forma não inclusiva adotada pelo Poder Público que vêm sendo

¹² Em entrevista concedida a Mario Cesar CARVALHO e Silvio CIOFFI, o arquiteto Oscar NIEMEYER afirmou, quando perguntado sobre sua avaliação quanto às mudanças que Brasília sofreu ao longo dos seus quase 45 anos, que: “Toda cidade vai pouco a pouco degradando. É o poder imobiliário, difícil de conter. O que aconteceu com Brasília ocorre também em São Paulo e no Rio.”

ratificadas ao longo do tempo, a despeito da virada pós-1945 com a percepção da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, *verbis*:

As reformas urbanas, realizadas em diversas cidades brasileiras entre o final do século XIX e início do século XX, lançaram as bases de um urbanismo moderno “à moda” da periferia. Realizavam-se obras de saneamento básico para eliminação das epidemias, ao mesmo tempo em que se promovia o embelezamento paisagístico e eram implantadas as bases legais para um mercado imobiliário de corte capitalista. A população excluída desse processo era expulsa para os morros e franjas da cidade. Manaus, Belém, Porto Alegre, Curitiba, Santos, Recife, São Paulo e especialmente o Rio de Janeiro são cidades que passaram por mudanças que conjugaram saneamento ambiental, embelezamento e segregação territorial, nesse período (2002, p. 17).

A urbanista revela que com a revolução burguesa no Brasil¹³ em 1930, o Estado começa a investir na infra-estrutura necessária ao desenvolvimento industrial brasileiro com vistas à substituição das importações, deslocando o epicentro da economia baseado no setor agrário exportador, resultando numa ambigüidade entre ruptura e continuidade, uma vez que a burguesia industrial entra no exercício da hegemonia política na sociedade, mas não se verifica uma ruptura dos interesses hegemônicos existentes. Dessa forma, o processo de urbanização brasileiro mantém suas raízes na sociedade colonial, apesar do processo ocorrer no Brasil República, em pleno século XX.

Com o crescimento econômico registrado entre as décadas de 1940 e 1980, as cidades sofreram um processo de crescimento quantitativo significativo, impulsionado pela imigração de camponeses que procuravam melhores oportunidades de sobrevivência nas cidades. Assim, com a criação do Banco Nacional da Habitação – BNH – integrado ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH - pelo regime militar instalado no Brasil a partir de 1964, as cidades brasileiras tornaram-se o centro desta nova política que tinha por objetivo a mudança do padrão de produção, impulsionando de maneira inusitada o mercado habitacional, promovendo a verticalização das grandes cidades brasileiras, introduzindo o apartamento como principal forma de moradia da classe média brasileira, processo este iniciado no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro, na década de 1940 (MARICATO, 2002, p. 20).

Neste ponto a urbanista faz uma reflexão sobre o alcance das medidas tomadas à época pelo Poder Público:

Infelizmente o financiamento imobiliário não impulsionou a democratização do acesso à terra via instituição da função social da propriedade. Essa era a proposta da reforma urbana preconizada pelos arquitetos no Congresso do IAB de 1963. A atividade produtiva imobiliária nas cidades brasileiras não subjugou as atividades

¹³ MARICATO (2002, p. 17) informa que o termo foi cunhado por Florestan FERNADES.

especulativas, como ocorreu nos países centrais do capitalismo. Para a maior parte da população que buscava moradia nas cidades o mercado não se abriu. O acesso das classes médias e altas foi priorizado (2002, p. 20-21).

Nessas circunstâncias, a população de baixa renda foi sendo afastada para as periferias, processo este potencializado pela construção dos conjuntos habitacionais populares, situação em que grandes espaços vazios entre as áreas centrais e os pólos habitacionais foram sendo valorizados pela infra-estrutura necessária à viabilidade dessas novas concentrações urbanas, apresentando um quadro de descompromisso com a coisa pública e privilegiando um crescimento urbano insustentável e investimentos privados por conta das benfeitorias realizadas pelo Poder Público.

A intervenção do Estado com investimentos públicos em infra-estrutura, torna-se indispensável na determinação da alocação dos recursos privados na mercadoria *espaço urbano*, havendo, assim, forte pressão na condução das políticas públicas e de governo para o setor. Neste ponto, ROLNIK leciona:

(...) o próprio espaço urbano é uma mercadoria cujo preço é estabelecido em função dos atributos físicos (tais como declividade de um terreno ou qualidade de uma construção) e locais (acessibilidade a centros de serviços ou negócios e/ou proximidade a áreas valorizadas da cidade). Como a valorização ou desvalorização de uma região depende dos investimentos públicos e privados naquele espaço, o investimento maciço, representado por grandes trabalhos de remodelação, alteram substancialmente o mercado imobiliário. Assim, as grandes obras públicas de redesenho da cidade funcionam como territórios reconquistados ou frentes pioneiras para o capital imobiliário. No caso da reforma de bairros antigos, trata-se da retomada de um espaço que, do ponto de vista do capital imobiliário, tem um potencial para gerar uma renda maior do que a auferida no mercado. Trata-se portanto de uma atualização da renda fundiária.

A definição do investimento público em infra-estrutura (água/luz/asfalto/telefone/esgoto/guias e sarjetas) e equipamentos (escolas / hospitais / creches / parques / *play-grounds*) também é decisiva na lógica do mercado imobiliário, na medida em que estes investimentos produzem localizações valorizadas (2004, p. 63-64).

No tocante à instalação de equipamentos, *e.g.*, SERPA (2007, p. 41) leciona que o principal objetivo dos parques públicos em operações recentes de revitalização/requalificação de bairros considerados ‘em crise’, bem como em áreas industriais e comerciais em processo de decadência nas cidades estudadas pelo autor - Paris e Salvador -, vêm servindo como instrumento de valorização fundiária. Assim, afirma:

Elaborado e concebido como equipamento urbano na escala da cidade e da aglomeração, o parque público concretiza-se, em geral, no contexto de um grande programa imobiliário. Os discursos oficiais colocam sempre em primeiro plano as virtudes encarnadas por esse tipo de equipamento sem, no entanto, excluir seu valor

econômico, menos sedutor do ponto de vista ideológico, mas determinante para a realização desse tipo de operação urbana. Note-se que essas operações são acompanhadas de novos processos de especulação imobiliária nas cidades analisadas. Elas resultam da intervenção direta dos poderes públicos – em certos casos associados aos empreendedores locais – e produzem transformações profundas do perfil populacional e da funcionalidade dos bairros afetados.

Nessas circunstâncias, percebe-se que independentemente da localização, seja em países desenvolvidos, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, a lógica da privatização dos lucros e da socialização das despesas confirma-se por meio da especulação imobiliária em que o capital privado é beneficiado, seja pela falta de planejamento urbano adequado ou pela interferência de *lobbies* poderosos, apropriando-se dos valores agregados pelas obras públicas e expulsando a população com menor capacidade econômica para áreas periféricas e guetos. Neste sentido, o paisagista Gilles CLÉMENT, *apud* SERPA (2007, p. 41-42), um dos criadores do Parque André-Citroën em Paris, ao referir-se ao discurso contraditório da Prefeitura de Paris na condução de uma política de requalificação do espaço urbano, considera “estranha” a posição

porque, por um lado, cria novos parques, que são realmente interessantes em termos de concepção, mas, por outro lado, expulsa para a periferia os antigos habitantes dos bairros onde esses parques são implantados. Essas pessoas não possuem renda para continuar em Paris, por isso são rejeitadas pela cidade.

Assim, entende-se, qualquer intervenção de porte no sítio urbano deve ser precedida de estudo de recolocação da população no entorno da obra pública, entre outros, situação esta capaz de estender à população com menor capacidade econômica o valor agregado aos imóveis pela aplicação do dinheiro público, diminuindo-se assim o problema da formação indiscriminada de periferias, além da criação de guetos e favelas nas cidades brasileiras que mantém a população com menor capacidade econômica “presa do lado de fora”.

1.3. Espaço urbano

O critério de comunidade urbana varia conforme o prisma admitido e se considerada apenas a questão quantitativa, pode-se apontar divergências significativas. O recenseamento dos Estados Unidos da América, *e.g.*, toma como base populações de 2.500 habitantes como critério para estas comunidades, acrescentando igualmente os aglomerados unidos de forma importante a um centro metropolitano regional. A Conferência europeia de estatística em Praga, por seu turno, estabelece como critério, o limiar de 10.000 habitantes, sendo que este é

corrigido pela divisão da população ativa nos diversos setores (CASTELLS, 2000, p. 40-41). No Brasil, com uma população urbana que atinge 81,378%¹⁴ do total, a discussão sobre as diferenças entre espaço urbano e espaço rural, passa, inclusive, pela questão fiscal, uma vez que a Lei estabelece a diferença pela mera existência de melhoramentos¹⁵, entre outros critérios.

Ao analisar o *espaço* sob a ótica da sociologia, CASTELLS (2000, p. 553-554) leciona que este é “uma coisa bastante material, elemento indispensável de toda atividade humana”, sendo certo que esta evidência priva-lhe “toda especificidade e o impede de ser utilizado diretamente como uma categoria na análise das relações sociais” e, assim como o *tempo*, trata-se de “uma grandeza física que não nos diz nada, *enquanto tal*, sobre a relação social expressa ou sobre seu papel na determinação da mediação da prática social”. Assim, afirma: “Uma ‘sociologia do espaço’ pode ser somente uma análise de determinadas práticas sociais dadas num determinado espaço, portanto sobre uma conjuntura histórica”. Nessas circunstâncias, o sociólogo reafirma que: “O espaço, socialmente falando, assim como o tempo, é *uma conjuntura*, isto é, a articulação de práticas históricas concretas”.

SANTOS (2005, p. 6) afirma que, no século XX, o Brasil atingiu “a urbanização da sociedade e a urbanização do território”, após um longo período em que houve uma urbanização social e territorialmente seletiva. Entende que a generalização da urbanização brasileira ocorreu a partir do terceiro terço do século passado, após o período em que

¹⁴ Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o censo do ano 2000 comprovou a existência de 168.370.893 “moradores em domicílios particulares permanentes”, sendo que 137.015.685 em área considerada urbana, e 31.355.208 em área rural. Informa, ainda, que somos cerca de 186.225.271 habitantes nos 5.560 municípios, distribuídos nos 8.514.876,599 km² que formam nosso território, diante de uma população estimada de 6.515.093.330 de habitantes do planeta. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/disseminacao/online/popclock/popclock.php>>, acesso em 10 maio 2006, 21h44.

¹⁵ O art. 32 da Lei n. 5.172, de 25 out de 1966 - Código Tributário Nacional - estabelece que a zona urbana, que deve ser definida em lei municipal, deve observar o requisito mínimo de existência de, no mínimo dois melhoramentos, construídos ou mantidos pelo Poder Público (§1º), a saber: I- *meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais*; II- *abastecimento de água*; III- *sistema de esgotos sanitários*; IV- *rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar*; e V- *escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3(três) quilômetros do imóvel considerado*. Afirma, ainda, que a *lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior*, isto é, do §1º (§2º).

A Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama nº 302, de 20 de março de 2002, estabelece que para ser considerada Área Urbana Consolidada (art.2º, V), deve atender aos seguintes critérios:

- a) definição legal pelo poder público;
- b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana:
 1. malha viária com canalização de águas pluviais,
 2. rede de abastecimento de água;
 3. rede de esgoto;
 4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
 5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
 6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e
- c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km².

limitava-se ao litoral. O geógrafo aponta o fato de ser cada vez mais urbana a residência dos trabalhadores agrícolas, havendo nítida distinção entre o Brasil urbano, que inclui áreas agrícolas, cujos nexos essenciais se devem a atividades entendidas de “relação complexas”, e o Brasil agrícola que, por sua vez, inclui áreas urbanas, caracterizado por “atividades mais diretamente produtivas”.

A pobreza criada pela cidade, conforme o geógrafo, não é apenas resultado do modelo socioeconômico vigente no Brasil, de que é suporte, mas, também, resultado do modelo espacial, fazendo da população que vive em cortiços e nas periferias, pessoas cada vez mais pobres. Aponta, ainda, que o aumento do gasto público orientado de forma crescente para a renovação e reabilitação urbana “interessa aos agentes socioeconômicos hegemônicos, [e] engendra a crise fiscal da cidade”. Nessas circunstâncias, obedecendo a lógica capitalista de mercado imposta pelas forças econômicas, assiste-se o esvaziamento das áreas consolidadas das cidades e a expansão do tecido urbano, fomentado, muitas vezes, por uma mídia que toma a *sociedade de risco* como instrumento de venda de segurança e “qualidade de vida”, produzindo cidades com aspectos medievalísticos por meio da construção de condomínios excludentes.

Por outro lado, percebe-se de forma clara o aumento desenfreado das manchas urbanas nos principais centros urbanos do país, situação em que as populações economicamente inferiorizadas ocupam áreas *non aedificadi*, principalmente as de preservação de mananciais e aquelas consideradas de risco¹⁶, também forçadas por um sistema econômico não inclusivo e pela falta de políticas de governo com caráter republicano incapaz de realizar uma análise crítica do tempo presente, levando a um processo de produção do espaço urbano que recria o atraso por meio de novas formas, estabelecendo, assim, um “contraponto à dinâmica de modernização” (MARICATO, 2002, p. 15).

Optando por uma crítica severa aos paradigmas urbanísticos brasileiro, MARICATO (2002, p. 15) leciona:

As características do Brasil urbano impõem tarefas desafiadoras, e os arquitetos e planejadores urbanos não têm conhecimento acumulado nem experiência para lidar com elas. A dimensão da tragédia urbana brasileira está a

¹⁶ Conforme editorial do jornal O Estado de São Paulo, intitulado “A ameaça aos mananciais”, em que traça considerações sobre a Lei de Proteção dos Mananciais Metropolitanos, nos últimos trinta anos 67% da expansão da mancha urbana da Região Metropolitana de São Paulo aconteceu em áreas de risco ou de proteção de mananciais e, nesse período as submoradias distribuídas entre 2.797 favelas e loteamentos considerados clandestinos ocuparam 670 km² de encostas, fundos de vale e as margens das Bacias de Guarapiranga e da Represa Billings. Dois milhões de pessoas moram em condições precárias e irregulares num índice de adensamento de 3,5 mil habitantes por km² nas margens dos mananciais, comprometendo o abastecimento de água de 19 milhões de habitantes.

exigir o desenvolvimento de respostas que, acreditamos, devem partir do conhecimento da realidade empírica respaldado pelas informações científicas sobre o ambiente construído para evitar a formulação das “idéias fora do lugar” tão características do planejamento urbano brasileiro.

Pensar o espaço urbano requer uma leitura histórica do fenômeno e um posicionamento interdisciplinar necessário ao entendimento do contexto socioeconômico do país, e não apenas uma leitura tecnicista orientada pelo mercado. A participação da sociedade civil neste processo, orientada por um balizamento técnico, torna-se determinante para a construção e reconstrução dos espaços, uma vez que o zoneamento realizado sob base legalista não é suficiente para atender as necessidades da sociedade contemporânea, visto que é excludente e não consegue tratar a dinâmica urbana conforme as imposições da *sociedade de risco*. Neste sentido MARICATO (2000, p. 114), leciona:

As leis de zoneamento, constituem, talvez, a expressão mais forte do urbanismo modernista com sua utopia de dirigir ordenadamente o uso e a ocupação do solo, com regras universais e genéricas, separando usos, níveis de circulação, tipologias e edifícios, padrões de ocupação do solo etc. Desde as críticas pioneiras de Jane Jacobs (1968) e do Team X (grupo inglês que criticou a cidade funcional no 4º CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna) o zoneamento foi literalmente submerso sob ataques ininterruptos. No Brasil, as críticas já desenvolvidas sobre a legislação de zoneamento e sua aplicação permitem chegar a algumas conclusões: 1) ela está bastante descaracterizada com grande parte das edificações e seu uso, fora da lei; 2) dificulta a ampliação do mercado privado em direção a camadas de mais baixa renda; 3) desconsidera a questão ambiental; 4) é de difícil compreensão e aplicação; 5) ignora as potencialidades dadas pelos arranjos locais ou informais; e, finalmente, 6) contribui com a segregação e a ilegalidade.

Assim, constata-se, mais uma vez, que o formalismo aplicado sem a ponderação de variáveis socioeconômicas e ambientais, leva a erros estruturais comprometedores de qualquer planejamento urbano descompromissado com o multiculturalismo e a multivelocidade características das sociedades contemporâneas.

No entendimento de SANTOS, pode-se considerar três momentos distintos de construção ou reconstrução do espaço no Brasil. No primeiro momento, o homem exercia seu poder de escolha retirando da natureza aquilo considerado como fundamental à vida, valorizando de forma diferente as condições naturais que, com pequenas alterações, “constituíam a base material da existência do grupo” (2005, p. 37). Na segunda fase, fim do século XVIII e no século XIX, surge a mecanização do território, criando-se, então, o meio técnico, este que substitui o meio natural. Atualmente, esta construção ou reconstrução está em plena fase do meio técnico-científico-informacional, esta que é marcada “pela presença da ciência e da técnica nos processos de remodelação do território essenciais às produções

hegemônicas, que necessitam desse novo meio geográfico para sua realização”. Afirma, ainda, ser a informação, considerada esta em todas as suas formas, “o motor fundamental do processo social” sendo o território “equipado para facilitar a sua circulação” (2005, p. 38).

Assim, percebe-se que o processo de construção e reconstrução dos espaços urbanos orientados de forma a viabilizar os investimentos das incorporadoras que fazem da informação, muitas vezes subliminar, arma eficaz na venda de produtos que são teoricamente imunes aos riscos inerentes à sociedade contemporânea, num processo de expansão da malha urbana que requer investimentos importantes por parte do Estado, excluindo os economicamente menos favorecidos, valendo-se da lógica que se perpetua nas sociedades capitalistas da privatização dos lucros e da socialização das despesas. Nessas circunstâncias, vivencia-se o processo de esvaziamento de áreas consolidadas e o aumento dos custos operacionais ínsitos à implantação de núcleos urbanos cada vez mais distantes, com forte pressão ambiental decorrente do processo, fortalecendo uma distorção profunda da ética aplicada à dimensão socioeconômica, ambiental e urbana, representável nas gravuras de Goya¹⁷.

¹⁷ Francisco de Goya y Lucientes (Fuentedetodos, Zaragoza, 1746 – Bordeaux, 1828) é considerado um dos grandes gênios da arte universal e possuidor de personalidade artística imponente.

2. ÉTICA

Sumário: Introdução - 2.1. Ética - 2.2. Ética e o contexto urbano – 2.2.1. O caso francês – 2.3. Cidadania – 2.4. Dignidade da pessoa humana – 2.5. Neoliberalismo.

Introdução

No processo de urbanização, na maioria das experiências observadas, verifica-se que os conceitos éticos vêm sendo cada vez mais relativizados por conta do modelo neoliberal que reforça a exclusão dos “perdedores”, atitude esta que ratifica o caráter meramente competitivo, situação em que há a dominação do mais fraco pelo mais forte, sem qualquer respeito à condição humana. Nessas circunstâncias, assiste-se frequentemente a ocorrência da opressão ao “estrangeiro”, em atitudes xenófobas aos imigrantes que não conseguem atingir o *status* que lhes garanta a condição de cidadãos e, conseqüentemente, começam a surgir movimentos das massas de excluídos na busca do reconhecimento necessário à inclusão pautados pela violência, caracterizados principalmente pela destruição do patrimônio público e por ações de forte impacto midiático, fatos estes que nos levaram a discutir a questão da ética no processo de urbanização e segregação que toma conta da maioria das cidades espalhadas no planeta.

As ocorrências destas manifestações na Europa, notadamente na França¹⁸, estes que podem ser considerados emblemáticos, visto que ocorreram em solo defensor do paradigma revolucionário da *liberdade, igualdade e fraternidade*, demonstram a inabilidade do Estado na condução das mudanças ocorridas por conta de posicionamentos políticos não inclusivos e pelo rompimento de modelos sociais adotados pós-1945. Um ano depois dos acontecimentos em 27 de outubro de 2005 em que dois jovens adolescentes morreram eletrocutados e outro ficou gravemente ferido em *Clichy-sous-Bois* ao esconderem-se em um transformador quando fugiam da polícia, deflagrando uma onda de protestos e distúrbios na França em que milhares de veículos foram incinerados e cerca de sete mil pessoas foram presas, ocasionando prejuízo de centenas de milhões de euros, pouca coisa mudou.

¹⁸ Ressalta-se que, conforme o RDH (Relatório de Desenvolvimento Humano) 2006 divulgado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) em 09 de novembro de 06, o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) que é a síntese de quatro indicadores, ou seja, o PIB (Produto Interno Bruto) *per capita*; a expectativa de vida; a taxa de alfabetização de pessoas com 15 anos ou mais de idade; e a taxa de matrícula bruta nos três níveis de ensino (relação entre a população em idade escolar e o n° de pessoas matriculadas no ensino fundamental, médio e superior), indica que a França ocupa o 16º lugar na classificação (IDH de 0,942), o Brasil o 69º lugar (IDH de 0,792), a Noruega o 1º lugar (IDH de 0,965) e o Níger a 177ª colocação (IDH de 0,311).

As condições de vida daquela população não foram alteradas e, conseqüentemente, não se observa uma mudança no cenário, mantendo-se o vandalismo nos subúrbios franceses, surgindo o fenômeno das agressões estruturadas contra os últimos representantes institucionais presentes nesses setores, ou seja, a polícia. Para marcar o aniversário dos motins urbanos, grupos de encapuzados queimaram dois ônibus à tarde nos arredores de Paris após terem ordenado a saída dos passageiros, obrigando o governo francês a providenciar o reforço de 4.000 policiais para conter outras possíveis manifestações, recrudescendo as diferenças existentes entre aqueles que vivem “do lado de dentro” e os que vivem “do lado de fora” das cidades.

2.1. Ética

A ética é inerente ao comportamento humano em sua atuação social. HEINEMANN (2004, p. 431), neste sentido, afirma:

Em face da ética, a maioria dos homens sente uma má consciência. Utiliza os seus conceitos e regras quando ajuíza os outros homens ou quando julga que está sofrendo uma injustiça; contudo, gostaria de poder agir para além do bem e do mal no que respeita aos seus interesses.

Este comportamento paradoxal leva a reflexões sobre a incompletude humana, restando uma forte luta interna no que tange à ética da alteridade, firmando-se necessária a crise existencial presente na composição com o *outro*¹⁹. Considerada como uma ciência do bem e do mal, sendo substancialmente regras do comportamento válidas para um determinado grupo ou para todos os homens, o filósofo entende por ética a “doutrina de eleição moralmente aceita”, e busca resposta à seguinte questão:

Que devo escolher? a qual inclui as seguintes questões parciais: 1. Que devo escolher entre os bens da terra? Há um valor supremo? Há uma hierarquia de valores? 2. Que forma de vida devo escolher? Que espécie de homem devo ser? 3. Que devo querer? Que devo fazer?

Diante deste conflito, o filósofo defende a tese de que a vida social do homem está fundamentada na consciência, o que o torna em potência, mas nem sempre, nos dias atuais,

¹⁹ BAUMAN (1997, p. 167-212) entende que o *outro* não está inserido no espaço social, não sendo, nessas circunstâncias, objeto de conhecimento. Não é, também, sob o aspecto prático, um “humano em absoluto”, uma vez que aqueles humanos dos quais tem-se conhecimento, “são sempre humanos ‘específicos’, humanos classificados, humanos dotados de atributos categoriais pelos quais se podem identificar (171)”.

numa natureza moral. Desta forma, o homem, naturalmente, não é bom nem mau, sendo certo que existem caminhos para o bem e para o mal, havendo necessidade de um indicador para o bem. Afirma que, nas “sociedades moralmente sãs o comum dos mortais segue sua voz íntima, a maior parte das vezes inconscientemente”, não roubando, não matando, agindo responsabilmente, uma vez que, num mundo de pessoas responsáveis, “a agulha magnética moral funciona normalmente”.

Alega o autor ser necessária a “participação responsável na vida do Estado” para que efetivamente nos tornemos cidadãos e, apenas por meio da “aceitação da responsabilidade pelas nossas acções nos tornaremos pessoas”. Desta forma, decidir pelo justo significa uma decisão conjunta pelo bem, não podendo uma ética ser tida como justa se houver preferência dos valores das coisas aos valores das pessoas, dos interesses privados sobre ao da comunidade. Os interesses das comunidades, dos povos ou da humanidade são mais valiosos do que os do indivíduo ou de um determinado grupo. Os direitos devem ser respeitados sob pena do desarranjo social, exigindo uma ética de grupo e ética de povo (2004, p. 440–446).

TODOROV (1996) afirma que nascemos duas vezes, sendo uma na natureza, para a vida, e outra na sociedade, para a existência, sendo certo que ambas são frágeis, mas com perigos diferentes. William JAMES, *apud* TODOROV (1996, p. 71) conclui que o eu social do homem é o reconhecimento obtido de seus semelhantes, afirmando sermos animais gregários, que gostam de estar próximos aos seus companheiros, tendo uma tendência inata para sermos notados - e com aprovação - pelos seres de nossa espécie e, garante, que nenhum castigo físico pode ser pior “do que ser largado na sociedade e permanecer totalmente despercebido por todos os membros que a compõem”. Aponta ser esta a “situação do estrangeiro, do marginal, do excluído, que podemos constatar; os pobres, já observava Adam Smith, são aqueles que ninguém nota, que não chegam a existir para seus concidadãos”. Nossa dependência social, conforme o pesquisador, explica-se pela “necessidade de existir e não somente de viver”.

Ser ignorado transmite a impressão de aniquilamento, provocando sufocamento, havendo a necessidade de reconhecimento, esta uma relação assimétrica entre o agente que concede o reconhecimento e o paciente que o recebe, não sendo, na visão do autor, papéis intercambiáveis. Conceder reconhecimento faz com que o agente se sinta igualmente reconhecido.

2.2. Ética e o contexto urbano

Esta sociedade que suprime a distância geográfica recolhe interiormente a distância, como separação espetacular. (DEBORD, 1997, p. 112).

GRAMMEYER *apud* BODY-GENDROT (2003, p. 252) afirma: “De uma certa maneira, a cidade está hoje em toda parte, senão na sua materialidade, pelo menos como fato de sociedade”. Esta constatação leva à reflexão sobre a importância da produção deste fenômeno antropocêntrico, capaz de grandes transformações no meio, da produção de cultura, riqueza, miséria, enfim, de uma gama incalculável de benefícios e malefícios, sendo necessário buscar-se uma ética urbana capaz de responder às necessidades mínimas inerentes à sociedade cada vez mais complexa que produzimos.

Se o destino da cidade é a perpetuação da vontade de *viver junto*, não houve por parte dos urbanistas, conforme entendimento de BODY-GENDROT (2003, p. 253) tal compreensão, uma vez que “propuseram e organizaram a compartimentação das funções de morar, trabalhar, transitar na cidade”, tendo destruído a urbanidade dos lugares, mantendo os habitantes à margem, excluídos pela ineficiência da articulação necessária entre os sistemas capazes de garantir a interpenetração inerente ao processo democrático, criando abismos sociais intransponíveis.

Nessas circunstâncias, a produção de *vencedores* e de *perdedores* dentro do sistema urbano, identifica o comprometimento de uma ética urbana necessária à convivência democrática dentro deste tecido. O aumento da exclusão econômica reflete-se diretamente na produção das cidades, revelando a insensibilidade com o *outro* que, apesar de próximo, deve ocupar determinados sítios, preferencialmente longe dos *vencedores*, visto que são *diferentes*, com necessidades que não se confundem. Afinal, os *vencedores* podem ser fraternos, benevolentes, mas, criar um modelo unitário de cidade, parece não ser prioridade dentro do sistema.

Considerado por BEAUJEU-GARNIER (1997, p. 29) um sistema aberto, onde as trocas são inerentes e importantes, situação em que, à entrada, recebe energia, informação, matérias-primas, alimentos etc. e, à saída: inovação, resíduos, produtos fabricados etc., este sistema não sobrevive sem insumos ambientais, havendo a integração simultânea do meio físico e a ação da sociedade. “Por outro lado, este sistema inclui subsistemas móveis e evolutivos (homens, capitais, mercadorias) numa organização espacial fixa, mas cujos limites são variáveis, vagos (a cidade).” A autora afirma, ainda, que o sistema evolui de forma desigual, havendo disparidade, por exemplo, entre o centro e a periferia, observando-se desta

forma que, tanto o sistema aberto encontrado nas cidades, quanto os subsistemas internos, carecem de comportamentos éticos.

Neste passo, há de se pensar no exemplo emblemático que ocorre na Europa, principalmente na França, em relação à incineração de milhares de automóveis pela população periférica de grandes cidades, além do vandalismo e destruição de equipamentos públicos. Importante ressaltar os atentados ocorridos em Londres, entendido por Giovanni SARTORI²⁰ como fatos mais graves que aqueles da França, uma vez que supunha-se que na Inglaterra existisse uma comunidade islâmica integrada com aqueles oriundos da Comunidade Britânica, pois conhecem as normas e falam inglês como língua comum, restando, ao final, a constatação que metade da comunidade islâmica inglesa aprovou o atentado praticado ao metrô feito por “alguns rapazes desta comunidade, poderíamos dizer da pequena burguesia”.

2.2.1. O caso francês

Alimentada pela desintegração, a população periférica de Paris demonstrou uma inquietante irritação com o descaso e a falta de inclusão proporcionados por meio do paradigma adotado pelo Estado em relação aos imigrantes e seus descendentes. Intelectuais franceses defendem a posição de que a explosão social que ocorreu, culminando com a incineração de milhares de veículos e a depredação em massa de equipamentos públicos e prédios de maneira generalizada, obedeceu uma ausência de valores que favoreçam a integração, diferentemente do que ocorreu por ocasião em que a República era entendida como um conceito prestigiado e integrador.

Ao analisar a situação francesa, SARTORI afirma que a revolta das *banlieus*²¹ magrebins²², formadas por cidadãos franceses pouco integrados, filhos de imigrantes, não é uma revolta islâmica, pois tem características das revoltas das periferias pobres, formada por jovens que se sentem marginalizados diante de um quadro de desemprego muito alto. O cientista político não descarta a influência do islamismo na situação o que, em sua opinião, cria um círculo vicioso afirmando que “além da segregação, também eles têm responsabilidade, porque rejeitam a integração em muitos aspectos”.

²⁰ Entrevista concedida pelo cientista político Giovanni SARTORI, ganhador do Prêmio Príncipe de Astúrias de Ciências Sociais de 2005, a José Manuel CALVO, abordando, entre outros assuntos, os atentados de Londres e os incêndios de carros na França.

²¹ Periferias.

²² Relativo a Magreb, Norte da África.

Jean DANIEL e Régis DEBRAY²³, ao refletirem sobre a crise francesa que foi reproduzida em menor escala em outros países europeus, sustentam que existe a necessidade do restabelecimento dos valores essenciais do modelo francês, sendo certo que há confusão entre delinquência e a singularidade muçulmana por parte do governo francês. Na concepção de DANIEL, a França cometeu equívoco ao criar guetos, existindo uma realidade potencial do choque de civilizações, havendo gente desejosa para que isto ocorra, entre as quais destaca boa parte do movimento islâmico, uma vez que, na opinião do intelectual, o ideal do movimento é a destruição da civilização ocidental. O autor afirma que o choque não acontece entre interior e exterior, e sim dentro das sociedades islâmicas, onde existe enfrentamento entre os que se opõem à ocidentalização e aqueles que a desejam.

O pensador afirma, ainda, que havia, nas sociedades ocidentais, uma extrema direita xenófoba e um centro-esquerda favorável à integração. Defende que, nos dias atuais, a situação é muito mais complexa, uma vez que existe uma extrema direita xenófoba que pede a expulsão dos imigrantes, e o restante da população que não é sensível ao problema. “A xenofobia começa a converter-se em islamofobia”. DANIEL entende que os analistas acreditam que uma das soluções é aumentar a integração por meio da discriminação positiva. Afirma, porém, que a imigração está na França e ninguém quer ou tem capacidade para expulsá-los, devendo ser o foco central transformar esta população em cidadãos que não desejem rebelar-se.

No entendimento de DEBRAY, a explosão francesa obedece a causas culturais e sócio-econômicas. Afirma que toda sociedade tem uma religião civil e que, a francesa, era a república. Defende que a República Francesa²⁴ era a “máquina de integração” que se rompeu em todas as suas peças de uma só vez, apontando as instituições do Exército, família, escola

²³ Os intelectuais Jean Daniel, judeu-argelino, fundador e diretor da revista *Le Nouvel Observateur*, e o pensador e escritor Régis Debray emitiram opiniões sobre os últimos acontecimentos na França por ocasião das comemorações do 25º aniversário da Fundação Príncipe de Astúrias, reproduzidas por Javier CUARTAS (2005).

²⁴ BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO (2004, p. 1107 – 1109) definem *República*, na moderna tipologia das formas de Estado, como o termo que se contrapõe à monarquia, esta em que o chefe do Estado tem acesso ao supremo poder por direito hereditário e, naquela, o poder pode ser exercido por uma só pessoa ou um colégio de várias pessoas, eleito direta ou indiretamente pelo povo. Ao referir-se especificamente à Constituição francesa de 1793, afirma que esta “proclamava que a República era ‘uma e indivisível’, no sentido de que, sendo o povo soberano, isto é, a universalidade dos cidadãos, era também uma e indivisível a manifestação da sua vontade através de um corpo legislativo, igualmente uno e indivisível”. Afirma, ainda, que a República Francesa era baseada na lógica do conceito de soberania, enquanto os americanos, ao instaurar uma República federal baseada na constituição, Estados e União, com esferas de competência bem delimitadas, constituindo por isso uma República plural e divisa, sendo a vontade da Federação resultado da confluência da vontade dos Estados (Senado) e da vontade da Nação (Câmara dos Deputados), rejeitaram implicitamente o conceito adotado pela França. Outro ponto destacado pelos autores é a opção da República americana pelo regime presidencial, fazendo coincidir a figura do chefe do Estado com o chefe do Governo, enquanto que nos regimes parlamentares europeus, que aboliram a monarquia, continuaram a separar as duas figuras, ficando o chefe do Estado com um poder menor ou neutro, equilibrando facções e representando a unidade nacional.

etc., estas que transmitiam uma cultura patriótica. O mesmo, em sua opinião, ocorreu com a Igreja, os partidos, os sindicatos etc., sendo certo que todos esses elos da vida social foram quebrados. O pensador francês entende não ser possível o Estado de direito sobreviver sem valores comuns, não sendo a lei um valor, mas um elo a mais entre valores transcendentais.

Defende, ainda, que “o cidadão está preso por modelos de identificação que agora não existem”. Diante disto, surgem identidades inconscientes do tipo religiosa ou étnica, que lhe são vantajosas à “identidade que surge do conceito e sentimento de cidadania republicana”. Afirma que se tudo desaparecer, o indivíduo se salva do vazio por meio da identidade religiosa e étnica. Daí, a vertigem e a “sublevação anárquica, sem fim nem objeto, entre o jogo e a raiva como expressão de uma frustração”. Sustenta que, há cinquenta anos, tornar-se francês era uma promoção, sendo que hoje, para muitos imigrantes é uma rendição, que não lhes leva à progressão que era aspirada por jovens de todo o mundo, entre eles boa parte dos colonizados.

HABERMAS (2004, p. 35-36) entende ser a cidadania “uma posição definida pelos direitos civis”, sendo que devemos considerar também que os cidadãos, mesmo contextualizados em determinadas tradições e ambientes culturais, desenvolveram sua identidade pessoal e precisam destes contextos para manter sua identidade. Defende, ainda, a ampliação do âmbito dos direitos civis objetivando a inclusão dos direitos culturais, direitos estes “que garantem igualmente a todos e a cada um dos cidadãos o acesso a uma tradição e à participação nas comunidades culturais de sua escolha, para que possam estabelecer sua identidade”. Porém, afirma que esse modelo carrega em seu bojo o perigo intrínseco da fragmentação, considerando ser este o argumento dos *républicains* franceses. Ratifica a posição advogando a tese de que a uma comunidade é defeso fragmentar-se na multiplicidade de suas culturas, só sendo permitido tal fato sob a condição de que a totalidade dos cidadãos “possam se reconhecer numa única cultura política que transcenda as fronteiras de suas diversas subculturas”.

Ao tratar especificamente da França, HABERMAS afirma:

Do ponto de vista histórico, é evidente que a cultura da maioria sempre determinou (refiro-me à França) a cultura política em geral. A partir do momento em que as subculturas reprimidas tomam consciência de suas tradições específicas e uma cultura supostamente homogênea dá lugar a uma sociedade cada vez mais ‘multicultural’ (no sentido atual do termo), as pressões de adaptação tendem pelo menos a uma certa separação entre a cultura política e a cultura majoritária. (2004, p. 36)

A segregação racial, cultural e econômica que ocorre nas grandes cidades, seja em Paris, Los Angeles, São Paulo, Rio de Janeiro, entre tantas outras, é a construção de bombas de efeito retardado que começam a explodir em eventos emblemáticos, principalmente a partir da destruição de Los Angeles em 1992, como forma de protesto contra o espancamento do motorista negro Rodney King. Esses conflitos que ocorrem nessas diferentes cidades, no entendimento de Teresa CALDEIRA²⁵, podem apresentar um estopim comum, que teria sido a razão dos ataques em Paris e em Los Angeles, como também no caso dos confrontos recorrentes na periferia de São Paulo e, incluímos, Rio de Janeiro: a violência policial. O que muda, na visão da antropóloga, entre os conflitos europeus e aqueles que assistimos nas periferias ou favelas do Rio de Janeiro e São Paulo, é a base de negociação, visto que o excluído das favelas sabe que é cidadão e tem direitos, por mais que eles não funcionem, enquanto no *banlieu* parisiense ocorre uma luta em que os imigrantes e seus descendentes defendem o próprio direito de ter direitos.

CALDEIRA ao refletir sobre a idéia de ser a segregação ligada à idéia de cidade, afirma serem as cidades heterogêneas, com mistura de culturas e de tipos de população, restando saber até onde a diferença se transforma em base para este problema. Defende que a segregação sempre existirá, devido às diferenças e porque as sociedades, genericamente, são desiguais. A antropóloga defende ser importante saber como organizar as diferenças para aumentar ou diminuir essa segregação, sendo certo que a solução dos muros e da “demonização das favelas, como acontece em São Paulo, não vai aproximar grupos nem tornar as divisões sociais mais amenas, apenas exacerbá-las, piorando a situação”. Aponta, ainda, que na França os excluídos sequer chegam a Paris, permanecendo do outro lado do anel periférico, fato que reforça a distância social, sendo certo que há muitos espaços públicos no centro da capital francesa, mas que as pessoas do subúrbio não os utilizam, pois “estão presas do lado de fora”.

Este posicionamento da antropóloga pode ser facilmente confirmado em metrópoles como Rio de Janeiro e São Paulo, uma vez que a população periférica em sua maioria desconhece os espaços públicos localizados em regiões privilegiadas pois, por falta de condições econômicas ou por se sentir o *outro*, situação esta imposta claramente ou não, vê estes locais como inatingíveis e de acesso restrito à classe economicamente dominante. Nessas circunstâncias, as pessoas *presas do lado de fora* permanecem sempre à margem, incrementando o volume de cidadãos tratados pela sociedade e pelo Estado como de segunda

²⁵ BUARQUE (2005, p. 4-5). Entrevista concedida ao repórter pela antropóloga da Universidade da Califórnia.

classe, inábeis para conquistar um lugar no “lado de dentro”. Porém, os movimentos sociais nas periferias tornam-se cada vez mais combativos, procurando por meio de linguagem própria conscientizar e incluir a população, tornando-a parte formal do sistema, exigindo do Estado e da sociedade civil a necessária reavaliação do comprometimento democrático.

2.3. Cidadania

A teoria sociológica de Thomas H. MARSHALL sobre cidadania, cunhada em 1949, centrada na realidade britânica da época, notadamente no conflito entre capitalismo e igualdade, “estabeleceu uma tipologia dos direitos de cidadania”, que foram conquistados ao longo da história: os civis, no século XVIII, os políticos, no século XIX, esses denominados direitos de primeira geração, e os sociais, no século XX, pertencentes aos de segunda geração (VIEIRA, L., 2001, p. 33). A partir dessa concepção, os pensadores construíram teorias fundadas na observação das suas realidades, firmando posições que levam à afirmação de ser a cidadania a relação Estado/cidadão, especialmente naquilo que concerne a direitos e obrigações.

Neste ponto, VIEIRA, L. aponta a importância das construções teóricas de HABERMAS, com a idéia de espaço público, e de COHEN e ARATO, sobre a reconstrução da sociedade civil, esta que proporciona a interação de quatro esferas da sociedade civil, ou seja, a esfera privada, do mercado, a pública e a estatal, permitindo a conexão dos conceitos de cidadania e sociedade civil.

A categoria cidadania remete a grandes discussões. AUDARD (2003, p. 248-252) explica que o termo na cultura clássica – Aristóteles, passando por Maquiavel, até Rousseau – descrevia um “estado de fato”, ou seja, o estatuto político e legal dos membros da cidade ou da república e, ao mesmo tempo, um “ideal de vida”, aquele de harmonia entre a virtude privada e o espírito público. A autora aponta para o surgimento de um individualismo moderno que, rompendo com o ideal clássico de participação política e de devoção ao bem comum, encontrado ainda em Rousseau²⁶. Defende que a principal exigência da legitimidade política no século XIX, deixa de ser a “unidade da cidade”, passando à proteção do indivíduo e de sua “esfera ‘privada’ em relação às interferências de outrem, da sociedade, do político e mesmo das vicissitudes da existência, com o aparecimento do Estado-providência do século

²⁶ Neste ponto Catherine AUDARD faz referência às observações de Benjamin CONSTANT (1819) e TOCQUEVILLE (1840) quanto ao posicionamento de ROUSSEAU.

XX”. Nessas circunstâncias, AUDARD defende ser difícil pensar as ligações entre cidadania e individualidade, salvo “em termos de oposição”.

A pensadora entende que os movimentos sociais de reivindicação – feministas, minorias étnicas, culturais, sexuais, entre outras – subvertem ainda mais aquela concepção de cidadania, fato este que obriga a um reposicionamento em relação à ligação entre o cidadão e a individualidade, além dos “próprios termos da oposição”. Defende, ainda, que a noção de ‘reconhecimento’²⁷ deve substituir aquele ideal abstrato de respeito igual e impessoal pelos direitos e às liberdades do indivíduo, visto que, cada vez com maior clareza, é importante o sentido de valor que este deve a si próprio, bem como da sua dignidade e do respeito que deve a si próprio, tudo ligado ao “reconhecimento público de sua singularidade cultural, moral, de gênero etc.”. A demanda dessa ‘diferença’ deve tornar-se um componente da cidadania. Apontando o multiculturalismo²⁸ norte-americano como paradigma, a autora afirma que este presenciou a proliferação de identidades híbridas – latinos-americanos, afro-americanos etc. – sendo certo que, na ausência do reconhecimento dessa individualidade, “a integração de minorias tem poucas chances de êxito”.

Há, ainda, por parte da autora, a seguinte questão: “Mas fazer entrar na cidadania a pluralidade dos engajamentos pessoais, morais, religiosos, filosóficos etc., não é questionar a ‘neutralidade’ do Estado e a ‘paz civil’?”. Para responder esta questão entendida como objeção central, AUDARD defende a volta à individualidade moral, além de se mostrar que a capacidade normativa de cada um – qualquer que seja sua cultura – “não apresenta perigo para a cultura democrática, muito pelo contrário”. Por fim, entende ser ela a fonte simultânea de crenças privadas pessoais e da fidelidade à democracia, sendo a única capaz de reconciliá-las.

HABERMAS (2002, p. 238-243) ao tratar das lutas pelo reconhecimento – feminismo, multiculturalismo, nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo – defende a tese de que tais fenômenos, apesar de aparentados entre si, não devem ser confundidos, apesar de todos serem “movimentos de emancipação”, em que os objetivos políticos são primeiramente definidos culturalmente, apesar de estarem sempre presentes as dependências políticas e desigualdades sócio-econômicas.

²⁷ Ao tratar desta categoria, AUDARD faz referência às análises de Axel HONNETH (1992) e Charles TAYLOR (1992).

²⁸ Giovanni SARTORI ao comentar a questão do multiculturalismo, entende ser necessário distinguir entre multiculturalismo como *situação de fato*, apontando a Suíça como multicultural, bem como o Canadá, e a *ideologia do multiculturalismo*, esta que defende a reinvenção ou o reforço da própria identidade e, depois, “fechar-se em comunidades que na verdade são guetos”. O cientista político afirma que as soluções devem ser do tipo *pluralista* e não multicultural, visto que o multiculturalismo “não é um remédio, é uma enfermidade; é uma maneira de piorar as coisas”.

2.4. Dignidade da pessoa humana

A suposição de que a identidade de uma pessoa transcende, em grandeza e importância, tudo o que ela possa fazer ou produzir é elemento indispensável da dignidade humana. (ARENDR, 1997, p. 223).

Se considerada a simples existência do ser humano como fundamento do respeito à sua dignidade²⁹, há de se entender o discurso ético que norteia o Estado Democrático de Direito. O respeito à autodeterminação do outro, afastando a coisificação do ser humano, mostra-se como condição fundamental na construção de um Estado constitucional contemporâneo laico, repleto de variantes morais, religiosas e ideológicas, situação em que qualquer discriminação, seja de que natureza for, desequilibra esse sistema vivo e em constante ebulição, descaracterizando, conseqüentemente, o paradigma democrático.

No entendimento de PÉREZ LUÑO *apud* SARLET (2006, p. 110),

a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade da cada indivíduo.

Nessas circunstâncias, presume-se uma vinculação total de todos os órgãos e atividades estatais ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, cabendo-lhes respeitar e proteger, tanto de abster-se de ingerências na esfera individual naquilo que sejam contrárias ao princípio, quanto protegê-la de agressões de terceiros, qualquer que seja a procedência, notadamente dos poderes privados (SARLET, 2006, p. 110).

Ao tratar dos modelos normativos de democracia, HABERMAS (2002, p. 269-284) defende a tese da existência de três modelos, a saber: “liberal”, “republicano” e um modelo procedimentalista denominado pelo autor como “política deliberativa”, este baseado na

²⁹ HILL JR. (2003, p. 440-441) leciona que os entendimentos filosóficos contemporâneos de *dignidade e respeito de si* têm origem no pensamento estóico e na filosofia do Iluminismo, consideradas importantes na obra de Immanuel KANT (1724-1804) e na filosofia política neokantiana, além de influenciar o pensamento renascentista, na obra de ROSSEAU, dos moralistas britânicos e em parte da filosofia atual distinta do kantismo. O desenvolvimento da idéia de igualdade em culturas caracterizadas pela extratificação social dispõe de um código moral ou de regras protocolares que impõem aos membros pertencentes às classes superiores um comportamento digno, *i.e.*, com a devida contenção que supostamente exprime de forma apropriada a posição social superior. Essa noção de *dignidade* entendida como *controle de si* que corresponde ao controle desse *status* social é permeada de um significado e de uma importância novos, à época, no pensamento moral ocidental, à medida em que tomava corpo a idéia de igualdade entre os homens. A partir dessa mudança, KANT cunhou a expressão que tornou-se clássica de *dignidade do ser humano* (como ser humano), reconhecendo que a noção basilar de *dignidade* indica um “*status* honroso” que deve ser reconhecido pelos outros, impondo atitudes, presença de espírito e um comportamento adequado àquelas pessoas que usufruam de “um tal *status*”.

“crítica ao peso ético que se impõe ao modelo republicano”, tendo o processo democrático papel decisivo na compreensão da diferença.

Este processo, na concepção “liberal”, tem por tarefa programar o Estado para que esteja voltado ao interesse da sociedade, devendo aquele ser imaginado como “aparato da administração pública”, e esta, “como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis do mercado”. Sob esta ótica, tanto a política como o “sentido de formação política da vontade dos cidadãos”, têm a função de unir “e impor interesses sociais em particular mediante um aparato estatal” previamente “especializado no uso administrativo do poder político” visando fins coletivos.

A concepção “republicana” afasta a política da função mediadora sendo, na concepção habermasiana, “constitutiva do processo de coletivização social como um todo”. A política é concebida, desta forma, como meio de reflexão sobre determinado “contexto de vida ético”, constituindo o “medium em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua”. Nessas circunstâncias, com status de cidadãos, “dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais”. Assim, a solidariedade surge como “terceira fonte de integração social”, ao lado do poder administrativo e dos interesses próprios.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, um dos documentos básicos das Nações Unidas assinada em 1948, reforça a mudança paradigmática ocorrida pós-1945, afirmando em seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

A concepção de *dignidade humana* no Estado democrático de Direito, considerando-se a sua dimensão jurídica e institucional, tem por objetivo a pessoa humana, o indivíduo, objetivando “evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade ou na sua dimensão transindividual” (SARLET, 2006, p. 52)³⁰.

Ao analisar a *dignidade da pessoa humana* como “*esfera* constitutiva da República Portuguesa”, CANOTILHO (2004, p. 225-226) leciona que para se esclarecer o que é ou que sentido tem uma República baseada na *dignidade da pessoa humana*, deve ser considerado o princípio material que baseia a idéia, *i.e.*, o “*princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-

³⁰ O autor faz referência a Kurt BAYERTZ, ‘Die Idee der Menschenwürde: Problem und Paradoxien’.

moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo a próprio projecto espiritual (*plastes et factor*)”.

O constitucionalista português continua sua análise afirmando:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. (...).

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta ideia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderia conceber-se como *ordem livre* na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente (J. Rawls).

CANOTILHO (2004, p. 1117-1118) leciona que a *metódica constitucional* não se limita à realização judicial do Direito, assumindo-se como *metódica estruturante*, esta que baseia-se na ideia de que a aplicação das normas constitucionais enleia, de forma simultânea, o trabalho com uma *teoria da norma*, uma *teoria da constituição* e uma *dogmática jurídica*. Resumindo, afirma: “a constituição é um *sistema normativo aberto de regras e princípios*”.

Ao formular uma proposta de conceituação jurídica de *dignidade da pessoa humana* SARLET (2006, p. 60) propõe reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental, procurando destacar tanto a faceta intersubjetiva e relacional, quanto a “dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional)”. Assim, entende o jurista ser *dignidade da pessoa humana*

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável³¹, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

³¹ Neste ponto, SARLET faz referência ao critério de vida saudável estabelecido pela OMS como a um completo bem-estar físico, mental e social.

Vale ressaltar que o autor entende como relevante a proteção ao ambiente como forma de sustentação da dignidade da vida, lecionando (2006, p. 34-35):

(...) ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida constitua, em última análise, exigência da vida humana a de uma vida humana com dignidade.

O status de princípio fundamental conferido à *dignidade da pessoa humana* pela Carta de 1988 (artigo 1º, inciso III)³², contém uma afirmação de conteúdo ético e moral que constitui uma norma jurídico-positiva formal e materialmente eficaz, de valor jurídico fundamental para a comunidade, considerado “como princípio constitucional de maior hierarquia lógico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)” (SARLET, 2006, p. 70).

Considerando, ainda, que a dignidade é bem fora do comércio e irrenunciável, com eficácia vinculante, e que o *princípio da dignidade humana* é o núcleo duro que sustenta a aquisição de direitos fundamentais, sendo certo que a ponderação e a hierarquização dos bens toma em conta a proteção eficiente da dignidade da pessoa, há de se considerar a aplicação do *princípio da proporcionalidade* que, conectado àquele, deve garantir ao máximo a preservação da *dignidade da pessoa humana*, não sendo possível, numa eventual ponderação de direitos fundamentais, desconsiderar a essência da *dignidade da pessoa humana*, esta que funciona como um limite intransponível e, no caso de dúvida quando da realização de caso concreto em que a hierarquização se faz necessária, faz-se necessária a opção pelo postulado do *in dubio pro dignitate*. SARLET (2006, p. 124) leciona que

(...) a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais, o que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade e a existência, ou não, de uma violação do seu âmbito de proteção.

³² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Neste ponto faz-se importante ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a defesa da *dignidade da pessoa humana* em sede de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8, Distrito Federal, em que o Ministro Relator Marco Aurélio na sua manifestação em 01 de julho de 2004, destaca o princípio constitucional, *verbis*:

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Cabe salientar, ainda, o voto-vista proferido em 09 de maio de 2006 pelo Ministro Gilmar Mendes em sede de *Habeas Corpus* nº 87.768 – Rio de Janeiro, ratificando a positividade do *princípio da dignidade da pessoa humana* na Carta Constitucional de 1988, fazendo referência, ainda, ao *princípio da dignidade humana* positivado no art. 1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha³³, nos seguintes termos:

Quando se fazem imputações incabíveis, dando ensejo à persecução criminal injusta, portanto, está a se violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição.

Como se sabe, na sua acepção originária, tal princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die **Verweigerung des rechtlichen Gehörs.**”*] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, II 18).

Estou convencido de que a inépcia da denúncia, com relação ao caso específico dos pacientes destes autos, constitui tema com sérias implicações no campo dos direitos fundamentais, seja relativamente ao direito de defesa, seja no concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, ratificando a importância da proteção da *dignidade humana*, positivada na maioria das Cartas Constitucionais ocidentais pós-1945, em opinião divergente à

³³ *Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]*

(1) *La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*

(2) *El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*

(3) *Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.*

decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 15 de dezembro de 1970 após audiência de 07 de julho de 1970, prolatada com 5 votos a 3 no Controle Abstrato realizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em sede de Reclamação Constitucional contra ato normativo, os juízes Geller, Dr. v. Schlabrendorff e Dr. Rupp, proferiram o seguinte pronunciamento (MARTINS, 2005, p. 181-182):

b) (...) É preciso agora distanciar-se, ao se responder à pergunta sobre o significado de “dignidade humana”, do entendimento patético³⁴ da palavra, ou seja, daquele entendimento que se dá exclusivamente em seu sentido superior, partindo-se do pressuposto de que a dignidade humana só é atingida quando o “tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser a expressão do desrespeito ao valor que o ser humano tem o direito por força de sua existência como pessoa: portanto, nesse sentido, ser ‘um tratamento desrespeitoso’”. Contudo, se trilhado esse caminho, reduz-se o Art. 79 III GG³⁵ a uma proibição de re-introdução, por exemplo, da tortura, do pelourinho e dos métodos do 3º *Reich*. Uma restrição desse tipo não considera a concepção e o espírito da *Grundgesetz*³⁶. Todo poder de Estado tem que observar e proteger a pessoa humana em seu valor intrínseco, em sua independência. Ela não pode ser tratada de forma “impessoal”, como um objeto, nem mesmo quando isso acontece, não por desrespeito ao valor da pessoa, mas com “boa intenção”. (...).

O Tribunal Constitucional da Espanha³⁷, por seu turno, inspirado na Declaração Universal, estabeleceu que ‘a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais (SARLET, 2006, p. 44)’.

A cidade, com suas matizes e jogos de poder, dentro de um cenário estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, deve ser o espaço em que o respeito à *dignidade da pessoa humana* estabeleça as diretrizes necessárias à convivência numa relação política pautada pelo reconhecimento do *outro* como sujeito de direitos e deveres, numa ação de comunicação

³⁴ Neste ponto o organizador leciona: “O adjetivo ‘patético’ (‘Man muss sich ... hüten, das *pathetische* Wort ausschließlich in seinem höchsten Sinn zu verstehen’) é utilizado pelo TCF, no seu sentido original, derivado do conceito grego de *Pathos*, que designa a emoção. A palavra ‘*Menschenwürde*’, significante alemão para a expressão em português ‘dignidade humana’ ou ‘dignidade da pessoa humana’, aparece no sentido de ‘solene’, daí ‘*pathetisch*’, carregada de *Pathos*, o que é característico de toda solenidade e, por isso mesmo, muitas vezes distante da realidade, porque pobre em *logos* e por vezes até de *ethos*.”

³⁵ *Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental]*

(...)

(3) *No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.*

³⁶ Lei Fundamental.

³⁷ Vale ressaltar o disposto no art. 10.1 da Constituição espanhola: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

capaz de traduzir o consenso necessário à coexistência sob a égide do respeito à norma. Esta relação entre pessoas pode ser sintetizada na interpretação de ROLNIK (2004, p. 19-22):

Ao pensar a cidade como imã, ou como escrita, não paramos de relembrar que construir e morar em cidades implica necessariamente viver de forma coletiva. Na cidade nunca se está só, mesmo que o próximo ser humano esteja para além da parede do apartamento vizinho ou num veículo de trânsito. O homem só no apartamento ou o indivíduo dentro do automóvel é um fragmento de um conjunto, parte de um coletivo.

(...)

A relação morador da cidade/poder urbano pode variar infinitamente em cada caso, mas o certo é que desde a sua origem cidade significa, ao mesmo tempo, uma maneira de organizar o território e uma relação política. Assim, ser habitante de cidade significa participar de alguma forma de vida pública, mesmo que em muitos casos esta participação seja apenas a submissão de regras e regulamentos.

Respeitar e reconhecer o outro como igual nas relações sociais, entende-se, é condição primeira no estabelecimento de uma vida ética em espaços éticos. A segregação espacial imposta pelo mercado e acatada pelo Estado e pela sociedade civil, contribui de forma negativa para a construção das cidades, estas que se tornam cada vez mais caóticas e repletas de guetos, ratificando o processo de desrespeito ao *outro* e entrando num sistema circular que inviabiliza alterações significativas que levem à desconstrução do paradigma adotado na construção e gestão das cidades, notadamente as localizadas no terceiro e quarto mundos.

2.5. Neoliberalismo³⁸

O neoliberalismo é o paradigma econômico e político que define o nosso tempo. Ele consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais. Inicialmente associado a Reagan e Thatcher, o neoliberalismo é a principal tendência da política e da economia globais nas últimas duas décadas, seguida, além da direita, por partidos políticos de centro e boa parte da esquerda tradicional. Esses partidos e suas políticas representam os interesses imediatos de investidores extremamente ricos e de menos de mil grandes empresas. (MCCHESENEY, 2004, p. 7).

³⁸ Doutrina político-econômica estruturada no final da década de 1930 por meio de obras do norte-americano Walter Lippmann, dos franceses Jacques Rueff, Maurice Allais, L. Baudin, e dos alemães Walter Eucken, W. Röpke, A. Rüstow e Muller-Armack. Os neoliberais acreditam que a vida econômica segue a ordem natural realizada a partir das decisões individuais livres, tendo como mola-mestra o mecanismo dos preços. No entanto, diferentemente dos liberais que acreditam na autodisciplina espontânea do sistema, aqueles defendem a tese do disciplinamento da economia de mercado para garantir-lhe sobrevivência. Desta forma, por exemplo, existe a necessidade de assegurar a estabilidade financeira e monetária por parte do Estado para que o mecanismo de preços possa existir ou tornar-se possível. A interferência do Estado deve ser feita com o intuito de combater os excessos da livre-concorrência e pela criação dos mercados concorrenciais (SANDRONI, 2002, p. 421).

O sistema neoliberal baseia-se nas idéias liberais³⁹ clássicas de Adam Smith, defensor da intervenção mínima do Estado nas relações econômicas, devendo este ater-se a cumprir, *grosso modo*, as funções de manutenção da segurança interna e externa, garantia da propriedade e dos contratos, além da responsabilidade por serviços de utilidade pública entendidos como essenciais. GRAU (2005, p. 129) ensina que

Os neoliberais, sobretudo, fazem uso da dicotomia *arcaico / moderno*, preferindo-a, em relação à dicotomia *esquerda / direita*, para evidenciar diferenças entre idéias e homens; neste quadro, imediatamente associam a atuação estatal *na e sobre* a economia ao *arcaico*, indicando como expressão do *moderno* os ideais da livre empresa e da livre concorrência.

O Consenso de Washington⁴⁰, formado por um conjunto de princípios voltados ao mercado, pensado pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais por este controladas, e implementados das formas mais variadas tendo geralmente como alvo sociedades vulneráveis em que são aplicados programas de ajuste estrutural rígidos com a utilização de regras de “liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado (‘ajuste de preços’), fim da inflação (‘estabilidade macroeconômica’) e privatização”, foi o paradigma neoliberal adotado pelos países em desenvolvimento no final do século passado. Nessas circunstâncias, os governos devem ‘ficar fora do caminho’, representando a exclusão da população ao se considerar Estados democráticos, ficando estes expostos a um ‘governo mundial de fato’, o que representa uma ‘nova era imperial’ (CHOMSKY, 2004, p. 22).

Esta política imperialista é ratificada por Gerald HAINES, *apud* CHOMSKY (2004, pp. 23-32), especialista em história da diplomacia e antigo historiador da CIA, cujo foco de atenção é o que chama de ‘americanização do Brasil’, que afirma: ‘Depois da II Guerra, os Estados Unidos assumiram, por interesse próprio, a responsabilidade pela prosperidade do sistema capitalista mundial’. O historiador considera que os Estados Unidos usa o Brasil desde 1945 ‘como área de teste de modernos métodos científicos de desenvolvimento

³⁹ Importante ressaltar a diferença na utilização da expressão “liberal” no continente europeu e nos Estados Unidos da América: naquele, o foco está sobre no pensador ou político que defende o livre mercado como idéia econômica, e critica a intervenção estatal e o planejamento. Neste, a palavra é aplicada a políticos e intelectuais alinhados ao Partido Democrata, e que defendem a intervenção reguladora do Estado, bem como a adoção de políticas de bem-estar social (MORAES: 2001, p. 9-10).

⁴⁰ Conjunto de trabalhos e reuniões de economistas do FMI – Fundo Monetário Internacional -, Bird – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (instituição ligada à ONU e conhecida também como Banco Mundial – *World Bank*) e do Tesouro dos Estados Unidos realizadas em Washington no início dos anos 1990, de onde surgiram recomendações aos países em desenvolvimento que abrissem seus mercados e adotassem o “Estado Mínimo”, com um mínimo de atribuições e privatização das atividades produtivas (SANDRONI, 2002, p. 123).

industrial baseado no capitalismo intensivo’, experiência esta levada a cabo ‘com a melhor das intenções’. Os investidores estrangeiros se beneficiaram muito desta política, enquanto seus planejadores ‘acreditavam sinceramente’ que o povo também se beneficiaria. Assim, o Brasil tornou-se ‘a menina dos olhos da comunidade internacional de negócios na América Latina’, “enquanto o Banco Mundial relatava que dois terços da população não se alimentavam o bastante para suportar uma atividade física normal”. O texto de HAINES datado de 1989, classifica a ‘política norte-americana para o Brasil’ como ‘extremamente bem-sucedida’, ‘uma verdadeira história de sucesso americano’.

CHOMSKY ressalta que o ano de 1989 foi um ‘ano de ouro’ para o mundo dos negócios, uma vez que os lucros foram triplicados em relação a 1988, e houve uma redução de 20 por cento nos salários industriais, estes que já figuravam entre os mais baixos do mundo, salientando que a classificação do Brasil no Relatório das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Humano estava próximo à da Albânia.

Nesse passo, há de se considerar que os problemas gerados pelas Políticas de Ajuste Neoliberal são potencializados na América Latina devido ao ‘peso do passado’. SOARES (2001, p. 25) adota o conceito de ‘heterogeneidade estrutural’⁴¹, categoria conceitual que engloba os traços marcantes das atuais sociedades latino-americanas, que revela a “coexistência de formas produtivas e relações sociais correspondentes a diferentes fases e modalidades do desenvolvimento da região, mas interdependentes em sua dinâmica no interior de Estados politicamente unificados”, conceito este que engloba “tanto as formas produtivas e relações sociais”, herança daquelas outras que têm origem no passado colonial, “como as transformações que as sucessivas ondas de progresso técnico foram introduzindo nos procedimentos produtivos e nas relações sociais básicas que se articulam em torno dos mesmos”.

⁴¹ A autora faz referência à definição de Marshall WOLFE, este que entende *heterogeneidade estrutural* como sendo ‘uma situação na qual existem grandes diferenças de produtividade e ‘modernidade’ entre os setores de atividade econômica e dentro deles, existindo, ao mesmo tempo, complexas vinculações de intercâmbio, domínio e dependência dentro de uma estrutura sócio-econômica nacional em contraposição a supostas situações dualistas nas quais existem, no território nacional, duas estruturas sócio-econômicas – uma moderna e outra tradicional ou primitiva – com escasso intercâmbio entre elas e pouca influência mútua’.

Neste ponto, vale ressaltar o posicionamento de Eros Roberto GRAU (2005, p. 129 – 130) que afirma como sendo “*modernos*” a economia japonesa e aqueles regimes de protecionismo econômico interno praticados pelos Estados Unidos da América e pela Europa, que “*não fazem nenhum exemplo de mercado livre*”, considerando, ainda, que ser *moderno* nos nossos dias é, no mínimo, ter atingido a consciência de ser impossível um mercado sem legislação que o proteja e uma intervenção vigorosa que assegure sua existência e preservação. Ensina que os mercados nunca funcionaram livremente, havendo um entrelaçamento importante entre o mercado capitalista e o *Estado moderno*, concluindo que “o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que não prescinde de uma ordem jurídica estatal, voltada, como vimos, à superação das crises e à preservação dos mercados”.

Como reflexo da adoção do paradigma neoliberal, a CEPAL – *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* – entidade ligada à ONU, divulgou estudo em que o objeto são as famílias abaixo das linhas de pobreza e de indigência, abordando o Brasil, Argentina, Chile, Uruguai e Paraguai, intitulado “Panorama Social da América Latina”, divulgado pelo IBGE⁴²:

Tabela 1 – Famílias abaixo das linhas de pobreza e de indigência
Países selecionados - 1999

	Brasil (1999)	Argentina (1999)	Chile (1998)	Uruguai (1999)	Paraguai (1999)
Linha de pobreza	26,40%	16,30%	17,00%	5,60%	41,40%
Linha de indigência	7,10%	4,30%	4,70%	0,90%	26,00%

Fonte: Panorama Social da América Latina

Com a forte migração pressionada pelos fatores inerentes ao modelo econômico adotado, verificou-se no final do século passado forte crescimento da população urbana no Brasil. Assim:

Tabela 2 – População residente, por situação de domicílio - Brasil

População/Ano	1980	1990	1996	2000
Total	119.002.706	146.825.475	157.070.163	169.799.170
Urbana	67,59%	75,59%	78,36%	81,25%
Rural	32,41%	24,41%	21,64%	18,75%

Fonte: IBGE

Neste cenário de múltiplas velocidades e multiculturalismo, entendemos que o paradigma desenvolvimentista adotado teve como consequência, entre outras, um nível de

⁴² A CEPAL, o Governo brasileiro e o Banco Mundial adotam referências diferentes para traçar os limites de pobreza e indigência (pobreza extrema). A CEPAL utiliza o custo de uma cesta de alimentos geograficamente definida, que deve contemplar as necessidades de consumo calórico mínimo de uma pessoa, definindo assim a linha de pobreza. O Banco Mundial, utiliza o dólar PPC (paridade do poder de compra), teoria esta proposta em 1916 pelo economista sueco Gustav Cassel, que propõe que a taxa de câmbio entre duas moedas se encontra em equilíbrio quando o poder de compra interno dessas moedas é equivalente ao da taxa de câmbio, que procura eliminar as diferenças de custo de vida entre os países. O Brasil, por seu turno, usa como referência o salário mínimo, ou seja, $\frac{1}{4}$ do salário mínimo familiar *per capita* para ser considerada uma família indigente, e $\frac{1}{2}$ do salário mínimo familiar *per capita* para que seja uma família definida como pobre.

urbanização incapaz de ser controlado – processo este que é verificado, inclusive, em países economicamente desenvolvidos – resultado da pauperização da população rural, esta que se deparou com a única possibilidade possível de sobrevivência com alguma dignidade, ou seja, a migração para os grandes centros, processo este irreversível graças à opção pelas monoculturas e a realização da balança de pagamentos por meio da exportação de produtos oriundos da agropecuária, criando um quadro caótico e de grande pressão ambiental, situação que requer intervenções ágeis e profundas, suficientes à manutenção e melhoramento das condições de habitabilidade.

Famosa por sua exuberância natural, a cidade do Rio de Janeiro representa de forma emblemática o processo de crescimento desordenado oriundo da adoção deste paradigma econômico. O crescimento formal da cidade no período de 1991 a 2000, foi de 4%, enquanto que a população favelada⁴³ aumentou 22%, atingindo a marca de 19% em relação à população total, ou seja, 1.092.476 de habitantes nas 750 favelas existentes no final do século XX, em um universo de cerca de 250 mil favelas espalhadas pelo mundo, representando 921 milhões de pessoas, ou seja, 32% da população urbana global em 2001⁴⁴. São Paulo, por seu turno, assistiu a um crescimento de 30,1% das favelas no mesmo período, atingindo a marca de 16% do total de habitantes da cidade, enquanto o crescimento formal foi de 5,9% (COSTA, 2006).

Nessas circunstâncias, obedecendo o comando constitucional de 1988 estabelecido no art. 182⁴⁵ - DA POLÍTICA URBANA – foi criada a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – e editada a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, dispondo sobre a concessão de uso especial tratado pelo § 1º do art. 183 da Carta Federal⁴⁶, além de outros dispositivos legais⁴⁷ na tentativa de se resolverem os problemas inerentes ao

⁴³ O nome favela origina-se da comunidade de ex-combatentes da Guerra dos Canudos que instalou-se no atual Morro da Providência em 1897 para cobrar promessas, denominando-o Morro da Favella, mesmo nome do morro localizado próximo ao reduto de Antonio Conselheiro onde haviam acampado, local este em que cresciam as favelas, arbustos urticantes típicos da caatinga (COSTA, 2006).

⁴⁴ O relatório *The Challenge of slums* elaborado pelas Nações Unidas, *apud* COSTA (2006), informa que os moradores de favelas da população urbana, representavam 42% nos países periféricos e 78% naqueles menos desenvolvidos no mesmo período.

⁴⁵ Art. 182. *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas pela lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

⁴⁶ Art. 183. *Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1º *O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

⁴⁷ Destacamos a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, e a Medida Provisória nº 335, de 23 de dezembro de 2006, que altera dispositivos da Lei nº 9.636/98 e prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União.

processo progressivo de ocupação desordenada dos sítios urbanos, processo este muitas vezes orquestrado pelo capital especulativo, sem qualquer comprometimento com responsabilidades ambientais e humanas, explorando a incapacidade do Estado em gerir e administrar conflitos dessa ordem. Assim, apesar de habilitado tanto pela Constituição Federal da República, quanto pela legislação infraconstitucional tão desejada e festejada, o Poder Público não consegue livrar-se das amarras estabelecidas pelo sistema legal⁴⁸, necessitando de decisões judiciais baseadas em princípios, não limitadas ao direito positivo legalista⁴⁹ e preocupadas com a solução dos problemas inerentes à complexidade e ao risco da sociedade contemporânea.

⁴⁸ Neste aspecto, *e.g.*, lembramos a possibilidade do usucapião coletivo – art. 10 da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 – que, em tese, deveria ser um instrumento de viabilização do comando constitucional de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” – art. 182, CF/88 – dirigido claramente no sentido de solucionar o problema das favelas que se multiplicam pelas cidades brasileiras, encontra dentro do próprio sistema vedações intransponíveis como, por exemplo: *CF, art. 183, §3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião*. Lembramos que a maioria das favelas está localizada em áreas públicas, em áreas com topografia que restringe a ocupação ou em regiões de proteção de mananciais, estas também não passíveis de serem utilizadas legalmente para fins de edificação, mas largamente utilizadas com esta finalidade.

⁴⁹ PEREIRA (2006, p. 254 – 255) ensina que “A dogmática legalista concebeu o ordenamento como um sistema estático, em que a lei, expressão máxima do Direito e da Justiça, era tida como uma verdade preexistente a ser desvelada pelo juiz. Nesse modelo de pensamento, na havia a possibilidade de sopesar razões ou bens jurídicos protegidos juridicamente. A identificação da norma aplicável pressupunha uma operação lógico-formal na qual se examinava a correspondência entre a descrição abstrata contida no texto da lei e as situações particulares. A atividade interpretativa era entendida, então, como meramente declaratória”.

3. SOCIEDADE DE RISCO

Sumário: Introdução - 3.1. Risco e Teoria da Constituição – 3.2. Sociedade de risco e interpretação constitucional – 3.2.1. Dados gerais – 3.2.2. Sinopse do caso – 3.2.3. Ementa do acórdão – 3.2.4. Posicionamento do Ministro Relator em relação à sociedade de risco – 3.2.5. Considerações

Introdução

O objetivo deste estudo descritivo desenvolvido neste capítulo é fortalecer a hipótese deste trabalho por meio da abordagem de um tema que vem contribuindo com o rompimento de paradigmas adotados pelo Direito na solução de problemas inerentes à sociedade contemporânea, esta que vem sendo denominada *sociedade de risco*⁵⁰, devido à exposição a riscos e perigos⁵¹ que cotidianamente desconsideram barreiras físicas e políticas, num processo que coloca as instituições em permanente alerta e crise. Desta crise, pensa-se, surge a possibilidade de revoluções científicas que diferem das mudanças normais, estas caracterizadas pela adição ao crescente acervo de conhecimento científico, uma vez que envolvem descobertas que extrapolam as fronteiras dos conceitos em uso antes da elaboração daquelas (KUHN, 2006, p. 23-25).

Apesar da recente denominação de *sociedade de risco* dada à sociedade contemporânea, que é complexa, tecnológica e informacional, certo é que o risco é inerente à existência humana, esta que sempre esteve sujeita às doenças, intempéries, guerras e toda sorte de perigos e ameaças, não sendo possível, entende-se, destacar um período da história ou pré-história em que a humanidade tenha ficado livre de riscos e perigos, vivendo em absoluta tranqüilidade e harmonia.

Porém, há de se considerar o avanço de entendimento alcançado a partir principalmente da última metade do século passado, principalmente quanto à importância das questões ambientais e da disseminação da busca de fontes energéticas e da diversidade de suas matrizes⁵². Considerados como fundamentais para o desenvolvimento e manutenção da

⁵⁰BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico (2005, p. X) entendem que o conceito de sociedade está retornando nos nossos dias a uma variedade de termos, apontando a “sociedade pós-industrial” de Bell; a “sociedade de risco” de Beck; “a sociedade do conhecimento” de Stehr; e a “sociedade pós-moderna” de Lyotard, como se um aspecto da sociedade fosse capaz de substituir o todo.

⁵¹ Neste ponto faz-se referência a posição de LUHMANN (2005a, p. 101-102) que, em seus termos conceituais, distingue risco de perigo. No caso de risco, entende que as perdas que possam ocorrer no futuro são atribuídas a tomadas de decisão e, nessas circunstâncias, assume-se determinado risco de que ocorra algo no futuro – mesmo não se sabendo quando – para que se tenha um benefício no presente.

⁵² Destaca-se o Balanço Energético Nacional 2006, cujos resultados preliminares do ano base 2005 indicam que a Estrutura da Oferta de Energia para o Brasil foi de: energia não renovável (55,3%): petróleo e derivados –

sociedade contemporânea, esses pontos começaram a dar sinais de esgotamento e insustentabilidade, gerando a sensação de impotência nas esferas pública e privada e tendo por conseqüência uma virada na Teoria do Direito e na Teoria da Constituição comparável, *mutatis mutandis*, àquela pós-1945 focada na defesa dos Direitos Humanos, passando a discutir Direitos de terceira e quarta gerações.

Nessas circunstâncias, observa-se uma corrida crescente por fontes de energia e segurança que garantam a sustentabilidade das sociedades que, invariavelmente, terminam em confrontos internos e externos que, por força da dominação geopolítica, travam confrontos de forte impacto ambiental, destruindo o meio e lançando todo tipo de gases teratogênicos e carcinogênicos, além das conseqüências sobre a população civil inerentes a este tipo de ação. Aliado às ações de guerra, depara-se com os ataques engendrados por grupos terroristas que, fortalecidos por causas religiosas e/ou políticas, levam temor e destruição às cidades caracterizadas pela pujança política e econômica, numa demonstração clara da vulnerabilidade aos riscos em que se encontram.

Assim, diante desse fenômeno que caracteriza o final do século passado e o início deste, procura-se por respostas aos novos e velhos desafios que atormentam e colocam a sociedade sob eterno estado vigilância, cabendo ao Direito, pensa-se, apresentar soluções que não podem estar todas estabelecidas *a priori*, requerendo ações rápidas e eficazes que satisfaçam o corpo social, preservem o meio e garantam o desenvolvimento sustentável, tudo sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Com o intuito de entender como o Poder Judiciário brasileiro enfrenta esses novos desafios, optou-se por realizar uma análise do *habeas corpus* nº 83.554-6 – Paraná, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que o paciente, ex-presidente da empresa Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, foi indiciado com incurso no art. 54, da Lei nº .605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, na qualidade de presidente da Cia., por conta de derramamento de óleo efetuado pela empresa em rios do estado do Paraná. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, trouxe ao debate a questão da assinalagmaticidade do risco na *sociedade de risco*, fato este que influenciou a opção pelo estudo desta decisão.

Diferentemente das decisões abordadas no capítulo 6 deste estudo em que analisou-se a utilização de princípios ambientais, a reflexão ficou restrita ao entendimento do Tribunal

38,4%; gás natural – 9,3%; carvão mineral e derivados – 6,4%, urânio (U₃O₈) e derivados – 1,2%. Energia renovável (44,7%): energia hidráulica e eletricidade – 15,0%; lenha e carvão vegetal – 13,1%; produtos da cana-de-açúcar – 13,9%; outras renováveis – 2,7%. Dados de 2003 apontam que a Estrutura de Oferta de Energia no Mundo em 2003 era de 13,3% de energia renovável e 86,7% de energia não renovável. Os indicadores de emissão de CO₂ de 2002 apresentam os seguintes resultados (t CO₂ / hab): Brasil – 1,77; EUA – 19,66; Japão – 9,47; América Latina – 1,98; Mundo – 3,89.

sobre o paradigma da *sociedade de risco* e o enfrentamento das questões inerentes às questões ambientais que surgem nas sociedades pós-industriais.

3.1. Risco e Teoria da Constituição

CANOTILHO (2003, p. 1354) entende ser a constituição a “reserva de justiça” da comunidade, visto que condensa “normativamente os valores radicados na consciência jurídica geral” do grupo social. Defende, ainda, a idéia de que o Estado de direito democrático⁵³-constitucional é aquele Estado dotado de qualidades que devem coexistir, estruturando um núcleo duro, formado por: Estado de direito, Estado constitucional, Estado democrático, Estado social e Estado Ambiental. Tratando especificamente deste último, o constitucionalista português afirma ser pelos “trilhos ambientais que se aloja no seio da sociedade uma injustiça essencial, sendo as instituições jurídicas – a começar pela constituição – incapazes de lhe dar resposta eficaz”. O autor, neste ponto, refere-se ao “paradigma da sociedade de risco”, afirmando haver necessidade urgente de ser compreendido o conceito de risco pela teoria da constituição. Entende que o conceito de risco, “ao lado de categorias e conceitos jurídicos como contrato, direito subjectivo, indivíduo, capital, trabalho, classe, integração, racionalização”, cristaliza experiências que tornaram-se fundamentais nas sociedades com índices de industrialização altíssimos.

Ao tratar do conceito de risco, CANOTILHO leciona que este paradigma aponta para:

- (1) os perigos (conhecidos ou desconhecidos) gerados pela moderna tecnologia;
- (2) as ameaças de toda a civilização planetária (Beck);
- (3) as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e da pessoa;
- (4) os desafios colocados às comunidades humanas no plano da segurança e previsibilidade perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência (2003, p. 1354).

⁵³ GOYARD-FABRE (2003, p. 46) ao tratar de povo e cidadania, afirma: “se a democracia, no seu despertar, podia ser definida, *strictu sensu*, como o ‘poder do povo’, as democracias que conhecemos hoje são antes regimes nos quais a vontade (ou consentimento) do povo é fonte de poder. Em outras palavras, as democracias atuais necessitam de mediação de representantes. Ainda assim, em toda democracia, o ‘povo’ é o motor principal do modo de governo”. A autora, porém, afirma que a maior dificuldade é a determinação do que é povo nesse regime.

AUDARD (2003, p. 251-252) alerta para a fragilidade da democracia demonstrada “no papel que nela desempenham os interesses individuais, materiais e simbólicos, que podem facilmente degradar-se em ‘preferências’ e conduzir à democracia eleitoral”. A autora entende que, provavelmente, seja o ideal democrático uma ficção condenada à ficção, caso não seja acompanhada de cultura política e das condições socioeconômicas condizentes, diante da profusão de “regimes ‘democráticos’ porque eleitos, mas profundamente não-liberais”.

Faz, ainda, reflexão sobre a capacidade da constituição resgatar a virtude aristotélica da *prudentia*⁵⁴, afirmando ser esta a “escolha racional de decisões em situações de incerteza”. Conclui afirmando que “a teoria da constituição defronta o problema da conformação de *comunidade política do risco*, com as questões inerentes a uma *nova democracia participatória* e de uma nova *cidadania de risco*” (2003, p. 1355).

Ao tratar do tema “A ‘sociedade de risco’ e responsabilidade” (2006, p. 336-338), CANOTILHO no texto intitulado “Justiça Constitucional e Justiça Penal”, em que trata do Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*)^{55,56}, entende ser a política e jurídica chamada *sociedade de risco* nebulosa, alertando o leitor que a abordagem que será feita em seu texto ficará limitada ao aproveitamento do que alguns autores fazem do “sentimento de insegurança” (*Unsicherheitsgefühl*) e da “angústia tecnológica” típica da “sociedade de risco”, para dar base às novas teleologias e metodologias no Direito Constitucional e no Direito Penal.

Nessas circunstâncias, o constitucionalista determina sua abordagem de duas formas, entendendo que: (1) uma coisa é tratar

⁵⁴ DUROZOL, ROUSSEL (1996, p. 386-387). Prudência: “(Do latim *prudentia*, previdência, e de *prudens*, sensato.) Desde Platão o termo é sinônimo de sensatez, ou seja, de saber dirigindo a ação, e designa uma das quatro virtudes cardeais com a temperança. Virtude intelectual, a prudência é em Aristóteles a capacidade de julgar com discernimento, a habilidade do homem virtuoso que sabe empregar os meios adequados para realizar o bem.”

⁵⁵ CANOTILHO (2006, p. 332-333) leciona que, diferentemente do Direito Penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) que é estruturado segundo um código de princípios de Direito Penal e Direito Processual, que “encontram dignidade constitucional formal na maioria das leis fundamentais (princípio da legalidade, princípio da não retroactividade das leis penais, princípio de *non bis in idem*, princípio da inocência do arguido, princípio das garantias de defesa do réu, princípio do acusatório, princípio da reserva do juiz etc.)”, o “Direito Penal contra o inimigo”, que influi profundamente os sistemas penais norte-americano e europeu, voltado às políticas e legislações criminais anti-terrorista, criminalidade organizada e delinquência sexual, notadamente a pedofilia e pornografia *on line*, tem como traço comum a inspiração que a doutrina alemã designa por “criminalização antecipada” (*Vorfeldkriminalisierung*) fundamentada em: “(1) tutela marcada e intencionalmente antecipada de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais; (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (Tatbestände) incriminadores com especial subvalorização dos pressupostos objectivos essenciais do direito penal caracterizadores do Täter(Gesinnung)strafrecht; (4) inversão do *onus probandi* atenuando a presunção de inocência do arguido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas”.

⁵⁶ Ao tratar do “Direito Penal do inimigo”, MELIÁ (2005, p. 54) ensina: “Según JAKOBS, *el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de – como es lo habitual-retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.*”

dos problemas de risco típico da civilização tecnológica (riscos químicos, atômicos, medicamentosos e ambientais) e das questões jurídicas a eles associados (“nova” definição de novos bens jurídicos, nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexo de causalidade)

e (2) outra coisa, bastante diferente,

é articular o risco com dimensões psicológicas e ideológicas de forma a poder falar-se do risco existencial causado pelo outro (o “inimigo”, o da outra “tribo” política, religiosa ou ideológica) e legitimadora do recurso a ações preventivas e repressivas constitucionalmente legitimadas e instrumentalmente concretizadas por um ‘direito penal de risco’ (2006, p. 337).

Sintetizando seu pensamento, CANOTILHO leciona que o risco que legitima os princípios da precaução e da prevenção utilizados para a defesa do ambiente e dos direitos das futuras gerações, não pode e nem deve ser invocado, “seguindo a fenomenologia das *labelling theories*”⁵⁷, para dar combate às “organizações de risco” na defesa e segurança dos cidadãos.

Ao tratar das tendências atuais dos Direitos Fundamentais, ANDRADE (2006, p.62-63) salienta o desenvolvimento científico e tecnológico e uma mudança não tão óbvia de paradigma cultural, afirmando a transformação numa sociedade global, em que os meios de comunicação de massa documentam a realidade e determinam os acontecimentos, além da própria história, sendo esta sociedade de comunicação no sentido de uma *sociedade de informação*, com capacidade de conhecimento, armazenamento e transferência de dados aparentemente ilimitada, algo que, na sua visão, tornou-se indispensável nos domínios da vida social e econômica de todos os países.

Por outro lado, o autor afirma que a sociedade atual, que é pós-industrial, é descrita pelos sociólogos como uma “‘*sociedade de risco*’ (Beck) ou até uma ‘sociedade do desaparecimento’ (Breuer), na medida em que corre ‘perigos ecológicos’ e ‘genéticos’” e que, conforme alguns pensadores “caminha mesmo, por força de seu próprio movimento, para a destruição das condições de vida naturais e sociais das pessoas”, *i.e.*, “na medida em que corre o perigo de passar, ou transita efectivamente, da autoreferência (*autopoiesis*) para a autodestruição”.

⁵⁷ A Criminologia Interacionista ou *Labelling approach* (Teoria da rotulagem), cunhada por Hans BECKER, considerado o fundador do interacionismo criminológico, visa considerar que as questões centrais da prática e da teoria criminológicas não devem estar focadas no crime e no delinqüente, mas no sistema de controle estatal nos campos preventivo, normativo e na seleção dos meios de reação à criminalidade. Não questiona a motivação que leva as pessoas à delinqüência, devendo buscar explicações sobre os motivos pelos quais determinadas pessoas são estigmatizadas como delinqüentes, qual a fonte legitimadora e quais são as conseqüências da punição que lhes são impostas. O que importa são os critérios ou mecanismos de seleção das instâncias de controle, e não priorizar os motivos da delinqüência (OLIVEIRA, 2007).

BECK entende que

Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo (2005, p. 5).

Afirma que o regime de risco é uma função de uma nova ordem global, intimamente relacionada com o processo administrativo e técnico de decisão.

O conceito de perigo tomou rumo diferente a partir da conscientização do “*final de los otros*” (BECK, 1998, p. 11), situação esta potencializada pelo acidente atômico de Chernobil, este que invalidou a existência das fronteiras reais e simbólicas, visto que a propagação da contaminação atômica desconhece qualquer barreira neste sentido, ameaçando a Europa, colocando o Velho Continente sob ameaça, além de alertar sobre a vulnerabilidade daquelas sociedades tidas como imunes e com alta capacidade de resposta às ameaças.

Da mesma forma, mas por motivos diferentes, os ataques terroristas aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, a Madri, em 11 de março de 2004, Londres, em 7 de julho de 2005, os problemas que ainda ocorrem na França com a queima de automóveis e a depredação de bens públicos e particulares, além daqueles ocorridos em São Paulo com os ataques iniciados em 12 de maio de 2006 atribuídos à organização criminosa e os ocorridos no Rio de Janeiro no final de dezembro do mesmo ano, demonstram a vulnerabilidade das grandes potências militares e econômicas e dos países de terceiro mundo, desenvolvendo nas populações um sentimento de insegurança constante. Além disso, a constatação de que nas sociedades industriais e pós-industriais a contaminação da natureza “não conhece fronteiras” (BECK, 2002, p. 36), aumenta o risco real e potencial, incrementando a percepção do risco, libertando fantasias de perigo e seus antídotos, limitando liberdades (BECK, 2005, p. 1).

Nessas circunstâncias, deduz-se ser importante na construção desse novo paradigma constitucional o foco nas questões ambientais ao serem consideradas as questões da sociedade de risco na produção das matrizes infraconstitucionais relacionadas ao Direito Urbanístico, este que deve ser pensado como um sistema de *inputs/outputs* necessários à contemporaneidade inerente ao processo de fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, OST (2005, p. 399-400) defende ser no presente o desenvolvimento da medida em quatro tempos do Direito.

Este jurista e filósofo afirma que o Direito é, pelo menos, medida em quatro sentidos, que percorre uma trajetória entre a norma e o tempo, tomando-se “medidas”, ou seja, “decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, medidas de segurança, medidas conservadoras (...)”. Num segundo sentido, analisado por OST como fundamental, entende o Direito como “instrumento de medida” utilizado na ponderação de interesses em conflito. Faz referência ao pensamento aristotélico ao construir o terceiro sentido, que é o do equilíbrio, da moderação, da prudência (*jurisprudencia*), lembrando a “justa proporção” das coisas defendidas por este pensador. Neste aspecto, lembra a preferência pelos “temperamentos da paciência, as regulagens finas de um ajuste permanente” de Aristóteles. O Direito é medida em quarto sentido pela idéia de “temperamento” no seu trabalho de permanente ajuste. Neste ponto, o jurista entende ser a medida jurídica “ritmo”, sendo este um ritmo conveniente, firmando a “harmonia de durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo atribuído à marcha social”.

Este “ritmo” deve ser adequado pois, se a medida jurídica for demasiadamente lenta, “provoca frustrações e nutre as violências do futuro”. Se muito rápida, “gera a insegurança e desencoraja a ação”. Desta forma, OST define a medida do Direito: “norma, proporção, limite e ritmo”. Aliado à idéia de OST, entende-se que para serem encontradas soluções adequadas aos problemas contemporâneos, deve-se dar atenção à solução proposta por ALEXY (1988) que defende a aplicação da *regra* e dos *princípios*, uma vez que os entende como sendo normas, complementados pela *teoria da argumentação jurídica*, dada a complexidade da sociedade contemporânea e o esgotamento do Direito positivo normativista para, por si só, resolver as questões, uma vez que trabalha com soluções *a priori*.

3.2. Sociedade de risco e interpretação constitucional⁵⁸ - STF – HC nº 83.554-6

Neste ponto passa-se a estudar de forma breve e pontual as considerações realizadas pelo Ministro Gilmar Mendes, relator da decisão proferida em sede de *habeas corpus* impetrado em favor de Henri Philippe Reichstul contra o Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus*, em que o Ministro aborda a questão da assinalagmaticidade (CANOTILHO) em uma *sociedade de risco*, limitando o estudo apenas a este aspecto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸ Para a realização da análise, adotou-se, *mutatis mutandis*, o modelo para compreensão do processo jurisprudencial desenvolvido pelo Laboratório de Análise Jurisprudencial – LAJ – da Universidade Gama Filho, que será demonstrado no capítulo 6 deste trabalho.

Considera-se importante salientar que CANOTILHO (2006, p. 334) ressalta que os valores “segurança, liberdade e justiça” são os fundamentos do Terceiro Pilar da União Européia e que, conforme leciona VIEIRA, J.R.:

Uma sociedade marcada pelo pluralismo e configurada nos parâmetros da “sociedade de risco”, entretanto, é que levará Erhard Denninger a constatar uma nova dinâmica político-social em relação à Teoria Constitucional pós-45. Haveria uma superação das bases clássicas do Estado constitucional: em lugar da liberdade, igualdade e fraternidade teríamos uma nova tríade na base dos valores do Estado, a saber, segurança, solidariedade e diversidade (2006, p. 204-205).

Nessas circunstâncias, percebe-se a importância da questão da segurança apontada pelos constitucionalistas que, entende-se, muda o paradigma constitucional, forçando abordagens diferentes daquelas baseadas na garantia dos Direitos Humanos tão cara à Teoria Constitucional pós-45. VIEIRA, J.R. (2007, p. 205), atento às mudanças realizadas em nome da segurança, leciona:

Não podemos esquecer que esse possível constitucionalismo superador do neoconstitucionalismo traz uma preocupação sempre presente de resolver o problema do “déficit” democrático.

Dando continuidade ao seu pensamento, o Professor reafirma a mudança do paradigma jurídico:

Por fim, é imprescindível agregar que estamos diante de uma nova ordenação jurídica não mais construída sobre a égide da hierarquia sim por meio de redes como as dos Direitos Humanos, com seus multiníveis e multivelocidades, tendo o centro na Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950 e a corte de Estrasburgo. Temos as redes do Euro e de Scwenge, por exemplo. Sublinhamos, ainda, principalmente, a crise da Constituição advinda da presença da jurisprudência e da própria dinâmica da internacionalização que, neste caso, inocula uma certa superioridade formal sobre a ordem constitucional (2007, p. 205).

A partir deste breve intróito, passa-se a analisar a posição do Supremo Tribunal Federal diante do fenômeno da *sociedade de risco* e dos valores segurança, liberdade e justiça (CANOTILHO), além da nova tríade na base dos valores do Estado: segurança, solidariedade e diversidade (VIEIRA, J.R.), ínsitos à sociedade contemporânea que é tecnológica, comunicacional, complexa e multicultural.

3.2.1. Dados gerais

Processo: *habeas corpus* nº83.554-6 – Paraná

Ministro Relator – Gilmar Mendes

Decisão da 2ª Turma – por unanimidade

Resultado do julgamento – deferiu o pedido nos termos do voto do relator

Data do julgamento – 16/8/2005

Data da publicação – 28/10/2005

3.2.2. Sinopse do caso

O paciente foi denunciado, na qualidade de Presidente da Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, como incurso no art. 54⁵⁹ da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, por ter a empresa em seu empreendimento de refino de petróleo na unidade situada no Município de Araucária, Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – Repar, poluído os rios Darigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando sérios danos à flora e fauna.

A Procuradoria-Geral da República defendeu a tese de que a imputação feita na denúncia ao paciente de prática de crime omissivo impróprio não cabe, uma vez que é ‘humanamente inexigível que o paciente fiscalize a conduta funcional de cada funcionário’ da empresa, sendo impossível atribuir-lhe a responsabilidade de evitar vazamento em toda a extensão dos 14.627 quilômetros de oleodutos operados pela Petrobras, tratando-se de exemplo ‘típico de responsabilização objetiva por fato alheio’.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do *writ* e o impetrante, por seu turno, apresentou memoriais sustentando que a condenação configuraria responsabilidade penal objetiva, considerando que o art. 2º da Lei nº 9.605/98⁶⁰ “se caracteriza como crime omissivo impróprio, independentemente da existência de relação concreta entre os representantes da pessoa jurídica e seus servidores”.

⁵⁹ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

⁶⁰ Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

O Supremo Tribunal Federal concluiu pelo trancamento da ação penal. Considerando que, conforme os fatos descritos na denúncia, não existiu qualquer prática de crime pelo paciente.

3.2.3. Ementa do acórdão

Habeas Corpus. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobras. 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8 (sic). Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido.

3.2.4. Posicionamento do Ministro Relator em relação à sociedade de risco

Ao concluir seu relatório, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes tece algumas considerações sobre sociedade de risco:

Cabe lembrar que a atuação institucional de uma autoridade que dirige uma instituição como a Petrobrás dá-se em um contexto notório de risco. Lembro-me aqui do pensamento de Canotilho, acerca do chamado ‘paradigma da sociedade de risco’ (Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, p.1304). A possibilidade de erro em tais domínios não causa espanto, e os erros podem ser atribuídos tanto aos agentes da instituição quanto à própria instituição. Há mecanismos de controle e de repressão a ambos. E também há gradações. Ainda que desconsideremos as diversas esferas de controle de atos administrativos, olhando o caso concreto, é inevitável indagar: Qual é o erro imputado objetivamente ao ex-Presidente da Petrobrás? Ou ainda: o dano ambiental atribuído à Petrobrás pode ser imputado, em qualquer hipótese, a seu Presidente?

Com o máximo respeito, acreditar que qualquer dano ambiental atribuível à Petrobrás representa um ato criminoso de seu Presidente afigura-se, no mínimo, um excesso.

Lembro-me aqui, na linha de Canotilho, que um dos problemas da sociedade de risco é a assinalagmaticidade do risco. Tal observação é bastante pertinente para uma correta compreensão da atividade desempenhada por uma autoridade como o Presidente da Petrobrás, e também para evidenciar a impropriedade em tentar conferir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos.

Enfim, não tenho como aceitável, sobretudo para fins penais, a tentativa de estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato lesivo ao meio ambiente imputável à Petrobrás implica um ato criminoso de seu dirigente.

O princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres, ou seja, seu caráter não relacional (CANOTILHO, 2003, p. 533) inerente à sociedade de risco, é tratado pelo constitucionalista português como um dos problemas cruciais deste paradigma

que obriga a teoria da constituição a compreender conceitos contemporâneos da teoria social, como o conceito de risco. Assim, afirma:

Um dos problemas fundamentais da sociedade de risco é o da radical assinalagmaticidade do risco. Quer-se com isto dizer que o risco de catástrofes civilizatórias (Bophal, Chernobyl, terrorismo) é *criado* por uns e *suportado* por outros. Mas não é só isso. Quem *participa* das decisões de risco são organismos e organizações a quem falta legitimação democrática para decidir sobre a vida e a morte de comunidades inteiras. Por último, a *localização* das fontes de risco pauta-se, não raras vezes, por critérios de *injustiça ambiental*, situando indústrias a actividades perigosas nas zonas e países mais desprotegidos (em termos económicos, sociais, culturais, científicos) (2003, p.1354).

Nessas condições, CANOTILHO questiona se a teoria da constituição é capaz de contribuir para a “*modernização reflexiva*”, ou seja, “para a análise crítica do desenvolvimento científico-tecnológico, para a desmonopolização dos conhecimentos (...)”, tendo como consequência “a democratização do conhecimento dos efeitos secundário das decisões de risco” e “a democratização do desapossamento da política em favor da ciência e da técnica” (2003, p. 1355). Por fim, afirma: “(...) a teoria da constituição defronta o problema da conformação da *comunidade política do risco*, com as questões inerentes de uma *nova democracia participatória* e de uma *nova cidadania de risco*.”

3.2.5. Considerações

Diante dessa sociedade de comunicação em que, do ponto de vista político, a dogmática afirma a “*falência do Estado*, sobretudo na dimensão *externa*, como entidade nacional soberana, perante os fenómenos de ‘mundialização’ ou de ‘globalização’”, visto que emergem fatos e forças transnacionais e multinacionais que geram a incapacidade de disciplinar e controlar atividades que alcançam todo o planeta, cujos efeitos ultrapassam fronteiras, manifestando-se “da forma mais dramática no terrorismo mundial” (ANDRADE, 2006, p. 63), o Poder Judiciário depara-se com problemas extremamente graves e complexos em que a resposta dada por meio de um Direito Penal simbólico^{61,62} não mais supre as

⁶¹ Nesse sentido, SÁNCHEZ (2002, p.23) afirma: “Não é infreqüente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que à tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas do fenómeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância ‘estatal’. Ao contrário, é minha opinião que em boa medida nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas

necessidades da sociedade a qual se dirige, principalmente na sua utilização para resolver questões ligadas a problemas perturbadores de modelos setoriais de gestão.

Neste ponto, há de ser considerada a adoção do Direito Administrativo sancionador, este que é um reforço da gestão da administração ordinária que, diferentemente do Direito Penal, que procura “a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio”, busca, de forma geral, a ordenação “de setores de atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado, modelo de gestão setorial)”, sendo, desta forma, desnecessário seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, atendendo considerações de afetação geral (SÁNCHEZ, 2002, p.116).

Nessas circunstâncias, qual caminho seguir? A responsabilização do Presidente da Petrobras por crime ambiental conforme estabelecido na Carta Federal e na legislação infraconstitucional responde aos anseios da comunidade nacional e internacional, tendo resultados positivos em ações de prevenção a danos futuros ao ambiente, ou medidas administrativas são mais eficazes, dada a complexidade e a necessidade da manutenção das operações de uma unidade de refino de petróleo do porte da Repar ou mesmo de toda a empresa?

Considerando todo o exposto sobre a *sociedade de risco*, há de se levar em conta o pensamento de SÁNCHEZ (2002, p.61-62) sobre “a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização”, situação que “supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*” que se atribuía a este ramo do Direito. Ao Direito Penal são atribuídas responsabilidades para resolver as grandes questões do funcionamento da comunidade, estas que, “em última análise, nem as instituições políticas nem os grupos sociais são capazes de resolver”.

A proteção penal deste “Estado vigilante” ou “Estado de prevenção” ao qual se chegou devido à “sociedade de risco” ou “sociedade da insegurança”, potencializado pelos processos de privatização e liberalização econômica, aumenta a intervenção do Estado nas esferas

décadas, na conseqüente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal”.

⁶² Para HASSEMER (1991, p. 30) o Direito Penal simbólico acontece de formas muito diversas, ou seja: “*derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una ‘necesidad de acción’*. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este derecho penal se aviene a las imágenes de una ‘inseguridad global’ y de una ‘sociedad de riesgo’. Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia.”

jurídicas dos cidadãos por meio de uma ação policial-preventiva que se consubstancializa no procedimento de inspeção “nortado por um critério ‘gerencial’ em relação aos riscos (*Risikomanagement*)” (SÁNCHEZ, 2002, p.127).

Já que temos a noção dos riscos e perigos existentes na sociedade atual, e considerando toda sua complexidade e nível de informação, entende-se que apenas por meio da educação, conscientização e medidas preventivas, além do efetivo exercício do poder de polícia por parte do Estado, por meio do *regulatory State*, sucessor do modelo do Estado policial liberal, bem como do Estado intervencionista keynesiano (SÁNCHEZ, 2002, p.125), pode-se considerar uma mudança de paradigma capaz de concretizar os anseios desta sociedade que é complexa, comunicacional e de risco, considerando a possibilidade da supressão de algumas liberdades individuais em prol de uma segurança (mesmo que relativa) e do almejado desenvolvimento sustentável, submetendo-se à nova tríade que compõe a base de valores do Estado: segurança, solidariedade e diversidade (VIEIRA, J.R., 2007, p. 205).

4. PRINCÍPIOS

Sumário: Introdução - 4.1. Princípios e regras – 4.2. Princípios ambientais e urbanísticos – 4.2.1. Princípio do Direito Humano Fundamental – 4.2.2. Princípio Democrático – 4.2.3. Princípio do Poluidor-Pagador – 4.2.4. Princípio da Precaução e Princípio da Prevenção– 4.2.5. Princípio do Desenvolvimento Sustentável. 4.2.6. Princípios Urbanísticos.

Introdução

Tratar de princípios, notadamente os ambientais, remete à questão da ética da responsabilidade, ou seja, uma ética voltada para o futuro que deve ser implementada pelos homens atuais, visando a proteção dos nossos descendentes, *i.e.*, das conseqüências das nossas ações atuais (JONAS, 1995). Esta constatação leva a considerações sobre a liberdade de produção e consumo, estabelecendo novos paradigmas que rompem com aqueles que alicerçam a industrialização e o consumo de insumos ambientais de forma desenfreada, provocando pressões sobre o ambiente incapazes de serem absorvidas na sua totalidade, gerando degradação sistêmica e impossibilitando a vida na sua plenitude, não só às futuras gerações, como também a vários segmentos contemporâneos da sociedade mundial, comprometendo definitivamente a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável positivado na Carta de 1988.

Porém, há de se considerar que se levado a extremos o Direito Ambiental sob a ótica de “*uma teoria autoritária da Constituição*”, que retira da sociedade multicultural e multiveloza a possibilidade de mediação que ocorre por meio da discussão estabelecida entre os fatos e o texto positivo, viabilizando a “*definição democrática de seu conteúdo*”, pode-se estabelecer uma “*pretensa posição de valor de preferência absoluta*” em um cenário de colisão dos princípios ambientais com direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, com o intuito de garantir a condição ambiente ecologicamente saudável, condição esta entendida “*como direito fundamental e bem cuja particular configuração difusa*” (LEITE, AYALA, 2004, p. 68-69) exigiria imposições e procedimentos conflitantes que colocariam em xeque a questão democrática.

Nessas circunstâncias, considerando-se, *e.g.*, o direito fundamental à moradia positivado no artigo 6º Carta Federal⁶³ (LIRA, 2007, p. 13), criam-se impasses importantes no sopesamento de princípios, uma vez que há, em determinadas situações, o confronto direito

⁶³ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

entre, por um lado, a garantia da *dignidade da pessoa humana* quando se protege o direito à moradia e, por outro, asseverar um ambiente hígido capaz de solidificar a *dignidade humana* na sua forma difusa em um ambiente de risco.

4.1. Princípios e regras

A diferenciação entre princípios e regras é bastante polêmica e carece de precisão. Conforme leciona PEREIRA (2006, p. 89-121), a natureza normativa dos princípios é hoje objeto de consenso, restando a solução do problema da conceituação e dos critérios a serem utilizados para diferenciá-los. A autora entende que o debate sobre os princípios, o qual não é recente, está umbilicalmente ligado à questão do constitucionalismo recente e à superação do pensamento jurídico formalista, este que atribuía ao instituto papel de mero coadjuvante na interpretação. Afirma, ainda, que no sistema puro e fechado de regras defendido pelo positivismo legalista, os princípios teriam função secundária de preenchimento de lacunas e de orientação da atividade interpretativa, não se admitindo o processo “hermenêutico pudesse operar com valores ou com a densificação de normas extremamente abertas”, uma vez que a segurança e a objetividade da lei poderia ser comprometida. Nessas circunstâncias, não se admitia que os princípios pudessem ter natureza normativa.

No tocante ao positivismo normativista, a jurista informa que os princípios são carentes de função jurídica importante, visto que a esfera de indeterminação do Direito é entendida como uma autorização legal para que o juiz decida de forma volitiva, impedindo a capacidade de vinculação eficaz a atividade interpretativa das normas dotadas de alto grau de abertura. Devido ao reconhecimento do caráter supremo da Constituição pós-1945, os princípios ressurgem com força normativa, visto que têm relação estreita com a “aceitação generalizada da noção de que todas as disposições constitucionais veiculam normas jurídicas imperativas”, sob a idéia de que os preceitos constitucionais poderiam ser caracterizados como princípios, criando vínculos importantes ao processo de contestação das premissas positivistas, defendendo a posição de muitos princípios e poucas regras neste quadro constitucional em que a força normativa da Constituição leva “ao reconhecimento da dimensão construtiva da atividade hermenêutica que deve se operar com a densificação de sentido de normas abertas e indeterminadas”.

Seguindo a linha de pensamento que defende a incompatibilidade entre constitucionalismo e positivismo, surge a idéia do Estado Constitucional como o modelo que supera o Estado de Direito, além da substituição do princípio da legalidade pelo princípio da

constitucionalidade. A autora defende a conciliação da valorização dos princípios com o positivismo jurídico, devido ao esforço no ajustamento do conceito de princípio aos postulados positivistas, tese esta a qual filiam-se vários autores.

Na concepção de ALEXY, pode-se conceber tanto as regras como os princípios como normas, havendo apenas uma distinção de classe entre os institutos. Assim, afirma:

El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas e fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla. (1988, p. 143-144)

O jurista alemão defende a idéia de que princípios e valores são a mesma coisa se observados sob um aspecto deontológico e, em outro caso, sob um aspecto axiológico, o que demonstra com clareza que o problema das relações de prioridade entre princípios tem relação direta com uma hierarquia de valores.

A determinação por parte dos princípios de uma só resposta para cada caso é impossível. Tal afirmação fundamenta-se não só na limitação do poder do conhecimento humano, o que, conforme afirma ALEXY, poderia superar o Hércules dworkiano⁶⁴, como também por razões lógicas em sentido mais amplo. Além disso, defende que uma teoria de princípios remete a estruturas de argumentação racional, necessitando a teoria de um complemento por meio de uma teoria da argumentação jurídica de alcance mais abrangente. Nessas condições, o pensador defende a tese de que os níveis, tanto da regra quanto dos princípios, devem ser complementados por um terceiro, ou seja, pela *teoria da argumentação jurídica*, esta que é um caso especial da argumentação prática, visto que está situada sob uma série de vínculos institucionais, estes que podem ser caracterizados como a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Tais vínculos podem ser concebidos mediante um sistema de

⁶⁴ O juiz ideal chamado por Ronald DWORKIN de “Hércules” que teria habilidades de super-homem de aprendizagem, paciência e perspicácia.

regras e formas específicas da argumentação jurídica e não levam a apenas um resultado em cada caso, tanto para a subsunção sob regras, quanto para a ponderação de princípios.

4.2. Princípios ambientais e urbanísticos

A partir de 1972 com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, Suécia, ocorrida entre 5 e 16 de junho daquele ano, a conscientização da necessidade de criação de instrumentos de proteção global do planeta ficou evidente com a votação de alguns mecanismos, onde se destaca a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, considerada, conforme SOARES (2003), como um documento com a mesma estatura, para o Direito Internacional e para a Diplomacia dos Estados, que teve a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1945. Naquela ocasião foram votados:

1. Declaração de Estocolmo (Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente), onde se destaca o Preâmbulo de sete pontos e os 26 Princípios;
2. um Plano de Ação para o Meio Ambiente com 109 recomendações, centradas em três tipos de políticas:
 - 2.1. “Plano Vigia” (*Earthwatch*), aquelas relativas à avaliação do meio ambiente mundial;
 - 2.2. as de gestão do meio ambiente; e
 - 2.3. as relacionadas às medidas de apoio, baseadas na informação, educação e formação de especialistas, entre outras;
3. Resolução sobre os aspectos financeiros e organizacionais no âmbito da ONU; e
4. a instituição de um organismo dedicado ao meio ambiente, órgão subsidiário da Assembléia Geral da ONU, o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – Pnuma.

Vinte anos depois, no período compreendido entre 1º e 12 de junho de 1992, ocorreu, com a participação de 178 governos e de mais de 100 Chefes de Estado ou de Governo, além das 1.786 ONGs, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO/92-, denominada a Cúpula da Terra (*Earth Summit*), cujos resultados podem ser assim resumidos:

1. adoção de duas convenções multilaterais: a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, e a Convenção sobre a Diversidade Biológica;
2. fixação de princípios normativos a serem adotados pelos governos:
 - 2.1. Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento;
 - 2.2. a Agenda 21; e

2.3. a Declaração de Princípios sobre as Florestas.

3. fixação cogente de temas para próximas reuniões de órgãos da ONU e agendas de conferências internacionais subseqüentes;

4. criação da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (*Commission on Sustainable Development*), subordinada ao Conselho Econômico e Social da ONU – Ecosoc – responsável por submeter, após deliberação, relatórios e recomendações à Assembléia Geral da ONU.

No período entre 1972 e 1992, ocorreram grandes catástrofes ambientais com efeitos internacionais, fatos estes que apontavam, conforme SOARES (2003, p. 60-61) para um fenômeno implacável:

a poluição e os danos não conhecem fronteiras e, portanto, uma luta para preveni-los ou remediar suas conseqüências só seria realizável, em âmbito global e por meio de um sistema internacional de cooperação entre Estados e de coordenação e/ou harmonização de suas políticas e legislações internas.

Das catástrofes ambientais, destacam-se:

1. o acidente industrial na cidade italiana de Seveso, na Lombardia, em 10 de julho de 1976, ocasião em que devido à fusão da válvula de um reator químico da fábrica Icmesa, uma nuvem tóxica com tetra-cloro-benzo-paradioxina (TCDD), denominada comumente dioxina, atingiu 1.970 hectares, gerando prejuízos na ordem de 121.635.866.606 de liras, não sendo computadas as moléstias causadas a pessoas – infecções dermatológicas e lesões cutâneas permanentes e perdas futuras provenientes de alterações biológicas;

2. acidente com o satélite artificial soviético Cosmos 924, em 24 de janeiro de 1978, equipado com um gerador nuclear a urânio enriquecido que não se queimou ao entrar na atmosfera, fez com que fosse liberada uma espécie de chuva radioativa de 2.000 quilômetros de extensão no norte da Canadá;

3. desastre com o superpetroleiro Amoco Cadiz, em 16 de março de 1978, nas costas da Bretanha, França, entrada sul do canal da Mancha, gerando uma catástrofe ambiental em conseqüência da maré negra provocada pelo derramamento de óleo, num total de 263.000 toneladas de produtos tóxicos, das quais 230.000 constituídas de petróleo bruto, formando uma camada de cerca de 30 centímetros de espessura, atingindo 375 quilômetros da costa francesa, região em que a conchicultura, a produção de algas e sargaço, a pesca e o turismo de verão, têm importante significado econômico, além dos danos ambientais;

4. desastre ocorrido entre 2 e 3 de dezembro de 1984, na fábrica da *Union Carbide India Limited* – Ucil - na cidade de Bhopal, estado de Madhya Pradesh, na Índia, ocasião em que

um vazamento no reservatório do gás isocianato de metila, um dos componentes do carbonato – pesticida utilizado contra cerca de 80 espécies de inseto – produziu uma nuvem que causou a morte instantânea de 2.000 pessoas; atingindo o total de 3.000 mortes após três dias, e cerca de 48.000 pessoas gravemente atingidas nos pulmões, fígado e olhos.

5. acidente nuclear na usina de Chernobyl, perto da cidade de Pripjat, cerca de 130 quilômetros ao norte de Kiev, na Ucrânia, que resultou em uma nuvem radioativa sobre os países limítrofes e próximos da então URSS, além de reflexos até sobre o Brasil, que importou carne bovina irradiada da então Iugoslávia, cujos dados oficiais foram de 2 mortes e 29 pessoas com radiações a níveis acima dos admissíveis, motivando a evacuação de 135.000 habitantes numa área de 77.000 hectares no entorno da central nuclear e tratamento médico de mais de 200 pessoas; e

6. o incêndio ocorrido na empresa química Sandoz, na Suíça, em 1º de novembro de 1986, com repercussões danosas na República Federal da Alemanha, França e Países Baixos, pela poluição do rio Reno, nas tentativas de debelar o incêndio, ocasião em que 10 a 15 mil toneladas cúbicas de água contendo 30 toneladas de fungicidas à base de mercúrio, inseticidas organo-fosforados, solventes e colorantes, foram lançadas no rio num período de 24 horas numa operação considerada rudimentar, levada a cabo por integrantes do corpo de bombeiros, empregados da administração pública.

Esses exemplos emblemáticos apontados por SOARES (2003), certamente contribuíram para a construção dos princípios ambientais elaborados por ocasião da ECO/92, estes que têm sido aplicados nas demandas pertinentes a estas questões, inclusive pelos tribunais brasileiros, notadamente os de superposição. ANTUNES (2004, p. 31-43) sinaliza uma série de princípios do Direito Ambiental, todos dirigidos à proteção da vida, podendo apresentarem-se de forma implícita ou explícita. O autor afirma que os implícitos são aqueles que decorrem do sistema constitucional, ainda que não estejam escritos e, os explícitos, os “que estão claramente escritos nos textos legais”. Como objeto de contribuição para o enriquecimento da análise, optou-se, ainda, pela obra de LEITE e AYALA (2004) que traz outros princípios, além da análise de CAVALLAZZI (2007), LIRA (2007) e SILVA (2006) que fixam princípios do direito urbanístico, caros a esta tese e ao estudo do Direito Urbanístico.

4.2.1. Princípio do Direito Humano Fundamental

Trata-se de princípio fundamental que pode ser verificado, *e.g.*, nos princípios 1 e 2 da Declaração de Estocolmo de 1972⁶⁵, que foi reafirmado no Princípio 1 da Declaração do Rio:

Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para a presente e as futuras gerações. A tal respeito, as políticas de promover e perpetuar o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e suas outras formas, e a dominação estrangeira, ficam condenadas e devem ser eliminadas.

Princípio 2 - Os recursos naturais da terra, incluindo o ar, água, terra, flora e fauna e, especialmente as amostras representativas de ecossistemas naturais, devem ser preservadas para o benefício da presente e futuras gerações, através de um planejamento ou gestão cuidadosos, quando for o caso.

Princípio 1 (RIO 92) – Os seres humanos constituem o centro das preocupações do Desenvolvimento Sustentável (DS). Todos têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza (SATO, 1999, p. 17).

ANTUNES aponta, ainda, que este princípio decorre da Constituição Federal, conforme o caput do artigo 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.

Considerando o estado da arte da questão urbana, há de se tomar em conta que a implementação do princípio do Direito Humano Fundamental enfrenta sérios obstáculos para a obtenção da “(...) liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem estar (...)” (PRINCÍPIO 1), dada as condições de sobrevivência impostas pelo modelo econômico neoliberal imposto aos países periféricos, entendendo-se que a reversão do cenário requer uma mudança política apoiada no respeito à dignidade da pessoa humana, considerando-se o indivíduo, bem como honrar a dignidade humana no sentido difuso, sob pena da não concretização dos direitos.

Tecendo uma consideração crítica ao modelo da reprodução da pobreza imposto pelo Modo de Produção Capitalista, *i.e.*, “*a contradição entre a produção socializada e a apropriação privada*”, COUTINHO (2007, p. 44-45) sintetiza seu entendimento sobre o

⁶⁵ Tradução livre de SOARES (2003).

crescimento desordenado das cidades, baseado no pensamento marxista, lecionando que o crescimento do vasto proletariado informal que infla as cidades com um exército de reserva formador de

(...) uma vasta legião de desempregados permanentes, temporários, subempregados, mendigos, moradores de rua, legião que se espalha pelas favelas e bairros miseráveis da periferia permite que reencontremos, na chamada “crise urbana”, a velha face da barbárie capitalista em sua versão contemporânea.

O Professor entende que

(...) “crescimento desordenado das cidades” – expressão aceita pacificamente como ponto de partida para o diagnóstico da chamada “crise urbana” – não significa nenhuma forma de “patologia social” a ser corrigida com a terapia da racionalidade técnica (leia-se *planejamento urbano*) ou com as virtudes da *gestão democrática*, mas tão-somente a própria realização da *ordem* determinada pela lógica do capital. Lógica que torna impensável que empresários aceitem reduzir a taxa de lucro de suas empresas em benefício da adoção de tecnologias e processos de produção capazes de operar a diminuição de danos ambientais; ou que os detentores do capital imobiliário abram mão de seus projetos em nome de interesses coletivos.

Conclui seu pensamento afirmando: “A ‘sustentabilidade’ no capitalismo não passa, na melhor das hipóteses, de *ilusão*.”

4.2.2. Princípio Democrático

No entendimento de ANTUNES, este princípio é o que assegura aos cidadãos fazerem uso da sua capacidade plena do exercício da cidadania, por meio da participação “na elaboração das políticas públicas ambientais (2004, p. 33)”. Afirma que esta participação, no sistema constitucional brasileiro, realiza-se de várias formas, a saber: pelo dever jurídico de proteger e preservar o meio ambiente; por meio do exercício do direito de opinar sobre as políticas públicas – participando de audiências públicas, integrando órgãos colegiados etc. -; utilizando os mecanismos judiciais e administrativos de controle dos atos do Poder Executivo por meio de ações populares e outros mecanismos; por meio das iniciativas legislativas patrocinadas por cidadãos, entre outras. Trata-se de um princípio que materializa-se por meio dos direitos de informação e participação.

Para a implementação do Princípio Democrático, entende-se que há de se superar um abismo que separa os detentores dos meios de produção e os nele inseridos, daqueles que fazem parte do exército de reserva referenciados por COUTINHO (2007), que por razões de mercado capitalista permanecem do “lado de fora” das cidades, sem possibilidades de

decodificação das informações por terem sido mantidos à margem, sequer de participar de forma efetiva do processo de decisão ofertado pelo Direito Positivo, visto que há efetiva manipulação daquele pelos detentores do *status* dominante, garantindo, assim, a perpetuidade do modelo de dominação criado pelo Modo de Produção Capitalista, incapaz de inserir todos no rol dos que têm a *dignidade da pessoa humana* respeitada, bem como seus direitos fundamentais preservados.

A opção pela gestão democrática, pensa-se, se não atinge os ideais marxistas, deve, no mínimo, procurar diminuir o abismo social, respeitando o “outro” na sua condição humana e introduzindo-o como ator social, buscando-se, assim, o real sentido da “inclusão social”, colocando-o “do lado de dentro” das cidades, *i.e.*, como efetivo participante do tecido social.

4.2.3. Princípio do Poluidor-Pagador

O Princípio do Poluidor-Pagador freqüentemente leva à idéia errônea do “pagar para poluir”, algo impensável em termos de Direito Ambiental, este que busca, entre outros objetivos, minimizar e, se possível, afastar as pressões econômicas sobre o ambiente. Este princípio tem por objetivo a internalização dos custos relacionados à deterioração ambiental provocada por determinada atividade, impondo-se ao ‘sujeito econômico’, seja ele produtor, consumidor, transportador, ou qualquer outro ligado à cadeia produção-consumo, arcar com os custos da minimização ou afastamento do dano.

Além da questão ambiental, há um importante aspecto levantado pela jurista que é o da ‘privatização dos lucros e socialização das perdas’, visto que na realização da cadeia ocorre a produção das ‘externalidades negativas’, estas que são recebidas pela coletividade, diferentemente do lucro, que é totalmente percebido pelo sistema de produção privado. Daí, conforme aponta a autora, ser o Princípio do Poluidor-Pagador (*Verursacherprinzip*) ser conhecido como o Princípio da Responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*), visto que a aplicação deste princípio busca a correção deste desequilíbrio, tornando os agentes da cadeia responsáveis pelos custos externos que eventualmente produzam (DERANI, 2001).

4.2.4. Princípio da Precaução e Princípio da Prevenção

Entendido como o principal princípio do Direito Ambiental, o Princípio da Precaução é objeto de preocupação e atenção por parte de juristas e pesquisadores, sendo este utilizado de forma bastante ampla por parte do judiciário nas decisões que envolvem questões

ambientais, principalmente nas áreas cinzentas deste ramo do Direito, estas que não são incomuns.

ANTUNES defende a tese da necessidade da distinção entre o Princípio da Precaução e o Princípio da Prevenção, lecionando que o princípio da precaução obteve reconhecimento internacional a partir da Declaração do Rio, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92. O princípio nº 15 da Declaração, estabelece:

Com o objetivo de proteger o ambiente, os Estados devem aplicar o critério de precaução conforme as suas capacidades. Quando existir perigo de dano irreversível, a falta de certeza absoluta não deverá ser utilizada como razão para adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do ambiente (SATO, 1999, p. 19).

Este Princípio estabelece que não se produzam intervenções no meio ambiente sem que haja certeza de que estas não provocarão danos. O Princípio da Precaução “está relacionado ao lançamento no ambiente de substâncias desconhecidas ou que não tenham sido suficientemente estudadas”, vinculando-se a qualificação da intervenção como adversa “a um juízo de valor sobre a qualidade da mesma e a uma análise de custo/benefício do resultado da intervenção projetada” (ANTUNES, 2004, p. 36-37).

A classificação de Princípio da Prevenção é adotada pelo autor para as situações em que os impactos ambientais já são conhecidos, havendo informações sobre os mesmos, sendo utilizado como fonte de informação para os licenciamentos ambientais e para os estudos de impacto ambiental.

No mesmo sentido, LEITE e AYALA (2004, p. 70-71) lecionam que há uma diferenciação importante na aplicação dos Princípios da Prevenção e da Precaução baseada na distinção entre perigo e risco, sendo certo que nas duas espécies de princípios existe o “elemento *risco*, mas sob configurações diferenciadas”. Como pretendem “unificar semanticamente as categorias de risco e de perigo”, os autores entendem que “pode-se considerar a compreensão do nosso raciocínio que o princípio da prevenção se dá em relação ao *perigo concreto*, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao *perigo abstrato*”.

Nessas circunstâncias, os autores lecionam que:

O conteúdo cautelar do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior

verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução. O objetivo fundamental perseguido na atividade de aplicação do princípio da prevenção é, fundamentalmente, a *proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa*.

SOARES (2003, p. 591) ao tecer comentários sobre o Princípio da Precaução inserido no Princípio 15 da Declaração do Rio, leciona:

Este Princípio é igualmente denominado “princípio da prevenção”: em inglês, *precautionary principle*. Há parte da doutrina que insiste em que haveria, na verdade, dois princípios distintos, da “prevenção” (efeitos imprevisíveis) e da “precaução” (efeitos previsíveis) (sic). De parte deste autor, do ponto de vista jurídico, não se vêem razões para refinamentos conceituais!

Neste ponto concorda-se com o Professor, acrescentando-se que, afinal, a certeza científica é transitória, ou seja, vale até que outra a torne superada. Daí a impossibilidade de se estabelecer efeitos absolutamente previsíveis⁶⁶.

Conforme SOARES (203, p. 588 – 609) o dever de prevenção estabelecido na Declaração do Rio, além do firmado no Princípio 15, aparece de forma indireta no Princípio 17, que trata da obrigatoriedade de avaliações de impacto ambiental como instrumento nacional e, no Princípio 19, este que cuida do dever de notificações prévias e transmissão de informações importantes sobre atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental negativo transfronteiriço. Além disto, pena-se ser oportuna a inclusão do Princípio 18, este que trata da notificação aos Estados vizinhos sobre desastres naturais ou situações de emergência que possam gerar efeitos nocivos. Assim (SATO, 1999, p. 20):

Princípio 17 – Deverá ser desenvolvida uma política de avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, para atividades que possam causar impactos ambientais adversos, obedecendo decisões das autoridades nacionais competentes.

Princípio 18 – Os Estados devem notificar imediatamente os Estados vizinhos sobre desastres naturais ou outras situações de emergência que possam produzir efeitos nocivos súbitos ao ambiente desses Estados. A comunidade internacional deverá esforçar-se para auxiliar os Estados que possam ser afetados.

⁶⁶ No artigo intitulado “**Orgânicos X Transgênicos**: a gente não quer só comida”, PÁDUA (2006), ao analisar a submissão de importantes setores da opinião pública contemporânea às inovações tecnológicas refletida na frase “A ciência descobre, a tecnologia executa, o homem obedece” escrita no portal da Feira Mundial de Chicago, em 1993, defende a utilização do “princípio da precaução”, não no sentido de coibir a pesquisa acadêmica, mas no esforço da politização das novas tecnologias que passa longe da defesa de uma censura da investigação teórica ou experimental, sendo certo que o problema situa-se na difusão social precoce sustentada em motivos econômicos, de técnicas perigosas que ainda estão sob debate científico intenso, demonstrando uma violação empresarial do “princípio”.

Princípio 19 – Os Estados devem proporcionar as informações pertinentes e notificar previamente, de forma oportuna, Estados que possam ser afetados por atividades desenvolvidas pelos primeiros. Os Estados interessados em desenvolver tais atividades devem consultar os que possam sentir-se ameaçados no estágio inicial das ações e devem agir com boa-fé.

DERANI (2001; p. 169-173) classifica o Princípio da Precaução como sendo a essência do direito ambiental, entendendo-o como um cuidado com a existência ou, ainda, com o futuro, indo além daquelas medidas necessárias ao afastamento do perigo, tornando-se uma ‘precaução contra o risco’, com o objetivo de prevenir uma “suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo”. A autora defende que o trabalho deste princípio “está anterior à manifestação do perigo”.

Ao analisar a posição da Alemanha (relatório ambiental de 1976) em relação à importância do Princípio da Precaução – *Vorsorgeprinzip* – a jurista ressalta que, com base neste princípio, há um desenvolvimento da política ambiental que não se sustenta “em normas rigidamente divididas numa denominada ordem de direito ambiental”. Sendo a atividade econômica necessariamente baseada em insumos ambientais, deve ser a política econômica permeada por normas que garantam a apropriação sustentável dos recursos naturais. Assim, “Precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica”.

No tocante à aplicação do princípio da precaução, WOLD (2003, p.17-23) aponta para a necessidade de serem tomadas em conta as questões relativas à incerteza científica e à natureza da ameaça da degradação ambiental em questão, ratificando a idéia da aplicação do princípio quando da presença da incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais importantes. Problema: qual o grau de incerteza científica que justifique a adoção de medidas de precaução? Os tribunais domésticos aplicam a idéia da precaução associada à existência de qualquer evidência objetiva indicativa da possibilidade de ocorrência de dano ambiental⁶⁷, normalmente baseados em estudos de impactos ambientais realizados por grupos de estudos que têm sua formação adequada à complexidade do tema estudado⁶⁸.

⁶⁷ Sobre a aplicação deste princípio, WOLD (2003, p.18) exemplifica com caso decidido por tribunais australianos que estabeleceram restrições à construção de determinada estrada de rodagem por interferência com o *habitat* de uma espécie de sapo em extinção, invocando o Princípio da Precaução como fundamento da decisão, amparado apenas no testemunho de uma única pessoa, esta que afirmou ter avistado a tal espécie protegida na área de influência do empreendimento.

⁶⁸ Neste ponto ressalta-se a previsão constitucional estabelecida no art.225, IV: “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

4.2.5. Princípio do Desenvolvimento Sustentável

O conceito de desenvolvimento e crescimento econômico vêm sendo ao longo dos tempos fonte de debates calorosos, colocando os pensadores em lados opostos e dividindo opiniões. No tocante às correntes de pensamento econômico, pode-se apontar duas linhas marcantes: por um lado, situa-se a corrente que entende o crescimento como sinônimo de desenvolvimento, na qual situam-se os modelos de crescimento da tradição clássica e neoclássica; por outro lado, encontra-se uma segunda corrente em que estão situados aqueles economistas com orientação crítica de tradição marxista ou aqueles que seguem os ensinamentos da CEPAL – Comissão Econômica para América Latina e Caribe -, que entendem o crescimento como uma variação quantitativa do produto, entendendo que o “desenvolvimento é caracterizado pelas mudanças qualitativas no modo de vida das pessoas, nas instituições e nas estruturas produtivas”, considerando, ainda, que o “crescimento é condição indispensável para o desenvolvimento, mas não o suficiente” (OLIVEIRA, 2004, p. 18-19).

Cunhado pela Comissão Mundial do Desenvolvimento e Meio Ambiente em 1987, comissão esta formada em 1984 pela Organização das Nações Unidas, formada por 23 membros de 22 países, tendo como coordenadora a primeira ministra da Noruega, Gro Harlem BRUDTLAND, o conceito de desenvolvimento sustentável foi definido no relatório final da Comissão com o título “Nosso Futuro Comum”, *verbis*: “Atender às necessidades da geração presente sem comprometer a habilidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades” (BRAGA, 2005, p. 216).

OLIVEIRA (2004, p. 22) leciona que o desenvolvimento sustentável é parte inseparável do movimento ambientalista surgido na Europa e nos Estados Unidos nos anos 1960 e 1970, podendo ser a preocupação com o tema dividida em cinco itens, *verbis*:

- 1) preservação da natureza;
- 2) desenvolvimento da administração (gerenciamento) e da ciência ecológica dos trópicos;
- 3) ambientalismo e crise global;
- 4) ecologia global, conservação e meio ambiente;
- 5) ambientalismo global.

Para que se possa defender o desenvolvimento sustentável, OLIVEIRA (2004, p. 22-23)⁶⁹ leciona que cinco são as dimensões de sustentabilidade dos sistemas econômicos que

⁶⁹ O autor faz referência à obra de Ignacy SACHS.

devem ser observadas para que haja êxito no planejamento do desenvolvimento, *i.e.*, dimensão social, econômica, ecológica, espacial e cultural. Assim, o objetivo da sustentabilidade social traduz-se pela melhora dos “níveis de distribuição de renda, com a finalidade de diminuir a exclusão social⁷⁰ e a distância (econômica) que separa as classes sociais”. A sustentabilidade econômica, por seu turno, refere-se ao incremento “na eficiência do sistema, seja na alocação de recursos ou na sua gestão”. A sustentabilidade ecológica está ligada à preservação ambiental, “sem, contudo, comprometer a oferta dos recursos naturais necessários à sobrevivência do ser humano”. Neste passo ressalva-se a limitação física do planeta e a conseqüente escassez das matérias-primas e a impossibilidade de reciclagem *ad infinitum* dos materiais, além das restrições impostas ao reuso, cabendo, sob a ótica ambiental e econômica, reduzir o consumo, respeitar o ambiente e o “outro”, responsabilizando o consumo exacerbado e inseqüente dos recursos naturais.

No tocante à sustentabilidade espacial, o autor afirma tratar-se do “tratamento equilibrado da ocupação rural e urbana, assim como de uma melhor distribuição territorial das atividades econômicas e assentamentos humanos”. A sustentabilidade cultural, na visão do Professor, “diz respeito à alteração nos modos de pensar e agir da sociedade de maneira a despertar uma consciência ambiental que provoque redução no consumo de produtos causadores de impactos ambientais”. Essa mudança de paradigma apontada, entende-se, passa por uma reformulação econômica capaz de superar as necessidades básicas do ser humano, garantindo-lhe as condições necessárias à concretização da plena saúde conforme estabelecido pela OMS, além de capacitá-lo a receber e apreender informação que o torne “agente ambiental”, cobrando mudanças importantes na condução da coisa pública e tornando-se cidadão de fato.

⁷⁰ COUTINHO (2007, p. 29-30) ao tratar da categoria “exclusão social” leciona: “Acontece que a chamada ‘exclusão social’, na mais expressiva parcela das abordagens contemporâneas é vinculada ao extraordinário desenvolvimento dos meios informacionais que gera demandas de trabalho qualificado e eleva a patamares exponenciais o desemprego massivo. E também identifica-se com o crescimento ‘descontrolado’ (ou ‘desordenado’, ‘irracional’ etc.) das periferias metropolitanas e, ao mesmo tempo, na perspectiva de alguns analistas, aparece como *negação da cidadania*, qualificada por indicadores que extrapolam a materialidade da pobreza. (...) Na verdade, a categoria exclusão social seria basicamente definida pela ausência de condições de existência que caracterizam a *qualidade de vida*, isto é, privação de oportunidades de acesso à saúde, educação, emprego, segurança jurídica, informação etc. Definição, aliás, chancelada pela ONU, através do PNUD, que insiste em que o maior problema das populações pobres não é propriamente a fome, mas a *falta de cidadania*.” O Professor continua suas considerações afirmando: “Embora não realizem a proeza teórica da negação das origens econômicas da ‘exclusão social’, na sofreguidão com que buscam consolidar a idéia de que a concepção da luta de classes não consegue dar conta da complexidade do capitalismo atual, os teóricos vinculados ao objetivo do desmonte da teoria social marxiana ignoram o fato crucial da incompatibilidade do capitalismo com a justiça social e, neste sentido, atribuem à exclusão social uma série articulada de características constitutivas que lhe dariam uma complexidade impossível de ser analisada com base na determinação econômica.”

A Comissão Brundtland *apud* OLIVEIRA (2004, p.23) estabeleceu uma visão holística ao refletir sobre a questão do desenvolvimento sustentável, traçando um elo de ligação entre economia e desenvolvimento, *verbis*:

Satisfazer as necessidades e as aspirações humanas é o principal objetivo do desenvolvimento. Nos países em desenvolvimento, as necessidades básicas de grande número de pessoas – alimento, roupas, habitação, emprego – não estão sendo atendidas. Além dessas necessidades básicas, as pessoas também aspiram legitimamente a uma melhor qualidade de vida. Num mundo onde a pobreza e a injustiça são endêmicas, sempre poderão ocorrer crises ecológicas e de outros tipos. Para que haja um desenvolvimento sustentável, é preciso que todos tenham atendidas as suas necessidades básicas e lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar as suas aspirações e uma vida melhor.

Positivado no art. 225, *caput*, da Carta Constitucional de 1988, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável tem sido objeto de discussões e interpretações variadas, com polarizações antropocêntricas e biocêntricas, além de posições moderadas que procuram restabelecer o homem à sua condição de partícipe da natureza, e não como ser com *status* diferenciado, explorador do ambiente e dos próprios humanos. Assim, estabelece a Lei:

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.

Mas como materializar este processo da sustentabilidade, transformando o discurso em ação e efetiva realização, construindo-se a sociedade sustentável, integrando justiça social, sustentabilidade ambiental, desenvolvimento econômico, democracia participativa, ética, solidariedade etc.? Qual modelo político e econômico seguir, considerando, *e.g.*, o desastre do rio Amarelo na China e a destruição do Mar de Aral pela URSS, ambas comunistas, e a pressão ambiental patrocinada pelo capitalismo? A superação da “coisificação” do homem será superada? Como mudar a matriz energética do mundo em tempo hábil para a reversão do quadro ambiental, social e econômico que se apresenta?

Essas e tantas outras questões de difícil solução estão imbricadas e exigem respostas atentas à sociedade de risco, ao multiculturalismo e à multivelocidade inerentes à sociedade contemporânea, requerendo a harmonização das mais variadas correntes e posicionamentos, capazes de tornar a mudança de paradigma proposta pela Comissão Brundtland em mudança real, conferindo, assim, a possibilidade de um desenvolvimento sustentável de todo o planeta.

4.2.6. Princípios Urbanísticos

Os princípios do Direito Urbanístico vêm se consolidando ao longo do tempo, tendo como referência a Lei do Solo Espanhola de 1956, visto que nela estabeleceram-se as “*normas-síntese*” que carregavam características de princípios com tendências inspiradoras do Direito Urbanístico atual (SILVA, 2006, p.44). Baseado na obra de Antonio Carceller FERNÁNDEZ, SILVA (2006, p.45) enuncia princípios acolhidos pelo Estatuto da Cidade, de forma implícita ou explícita, principalmente pelas diretrizes traçadas no art. 2º da Lei, que estabelece: “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:”. Assim, leciona o constitucionalista:

1º. *Princípio de que o urbanismo é uma função pública*: confere ao Direito Urbanístico a característica de instrumento normativo, por meio do qual “o Poder Público atua no meio social e no domínio privado”, visando “ordenar a realidade no interesse coletivo, sem prejuízo do princípio da legalidade”;

2º. *Princípio da conformação da propriedade urbana*: realiza-se por meio das normas de ordenação urbanística em conexão com o princípio anterior;

3º. *Princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas*: tem sua eficácia assentada “basicamente em conjuntos normativos (procedimentos), antes que em normas isoladas”;

4º. *Princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação*: conforme o princípio, “os proprietários dos terrenos devem satisfazer os gastos da urbanificação”, obedecidos os “limites do benefício dela decorrente para eles, como compensação pela melhoria das condições de edificabilidade que dela deriva para seus lotes”;

5º. *Princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística*.

SILVA (2006, p. 45-46) leciona, ainda, que os princípios informadores do Direito Urbanístico, apesar de carecerem “de elaboração científica mais precisa”, é possível notar que certas instituições e institutos estão presentes na sua estrutura. Nessas circunstâncias, o conjunto de normas que configura o ordenamento jurídico dos espaços habitáveis dá origem a verdadeiras instituições de Direito Urbanístico, assim indicadas pelo autor:

1. *planejamento urbanístico*, que se traduz em termos formais nos planos urbanísticos;
2. *o parcelamento do solo urbano ou urbanizável*;
3. *o zoneamento de uso de solo*;
4. *a ocupação do solo*;
5. *o reparcelamento*.

Na concepção do autor, há em cada uma dessas instituições institutos jurídico-urbanísticos, como, *e.g.*:

o arruamento, o loteamento, o desmembramento, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, o direito de superfície, o direito de preempção, a transferência do direito de construir, a regularização fundiária, os índices urbanísticos (taxa de ocupação do solo, coeficiente de aproveitamento do solo, recuos, gabaritos).

Por outro lado, afirma o autor, existem procedimentos ínsitos ao Direito Urbanístico, em que se destaca: “o do planejamento urbano, o do zoneamento, o do arruamento e do loteamento, modos pelos quais se realizam na prática as instituições correspondentes”.

LIRA (2007, p. 2-3) leciona que existem dois princípios básicos que dão sustentação ao Direito Urbanístico contemporâneo, o qual se encontra “suficientemente aparelhado para ensejar assentamentos urbanos mais justos e racionais nas grandes e médias cidades”, assim compreendidos pelo jurista:

1º. nasce do entendimento de que há uma mutação da propriedade, a qual não permanece “uniforme e inalterável, em qualquer circunstância”, considerando que o “contorno, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto”. Nessas circunstâncias, leciona o Professor:

Se o domínio se pratica sobre um bem de produção, um bem de capital (um bem idôneo a gerar outro bem, como a terra, por exemplo), a propriedade ostenta um determinado perfil, como exercício das faculdades de usar, gozar e dispor mais intensamente limitado, em nome do interesse social, diversamente do que acontece com um bem de consumo.

No mesmo sentido, ao tecer considerações sobre a evolução histórica do conceito de propriedade a partir da “tônica dominial do Direito romano”, passando pela descentralização no período medievo, assumindo “caráter individualista e absoluto no período napoleônico” e adquiriu aspectos sociais a partir da Constituição de Weimar de 1919, MOTA (2005, p. xv), leciona que mesmo juridicamente assegurada, a proteção da propriedade ficou, a partir do pós-guerra, com sua proteção subordinada a limites determinados por necessidades e “pela emergência dos direitos econômicos e sociais dos povos”. O jurista afirma, ainda, que:

A função social da propriedade funda-se deste modo na intervenção do Estado na economia, de maneira a assegurar a utilização desta propriedade, individual todavia, no interesse da coletividade. A noção jurídica de propriedade privada passa então a não mais comportar em si mesma os pressupostos de uma visão unívoca e absoluta. Impõe-se socialmente a noção de que a propriedade como

bem de produção não deve ser simplesmente puro objeto de apropriação privada, mas sim também deve reverter à comunidade os benefícios da sua funcionalidade.

2º. confere à terra urbana características próprias, retirando do proprietário alguns direitos entendidos como inerentes à sua condição, pois considera que

O segundo princípio se vitaliza na consciência que se precisa ter de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, enfim, a configuração e a magnitude da cidade, não podem ser realizações privadas, ocorriáveis ao sabor da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana.

O Professor entende, ainda, que tais fatos devem ser realizados pelo Poder Público, considerando que são “fatos coletivos por excelência, devendo ser sempre vistos através do prisma da qualidade de vida não apenas individual, mas predominantemente da comunidade”, decorrendo de tal fato que, na sua visão, “a rigor, o direito de construir não deveria ser uma manifestação ínsita no direito de propriedade”, assim concluindo:

Deixar o acontecimento de fato urbanístico de tanta relevância ao nuto da deliberação livre dos donos do solo urbano, apenas com o exercício condicionado por uma licença, não conduz a nenhum urbanismo positivo, mas leva, isso sim, ia viabilização do caos, à anarquia, à face terrível que exibem, contemporaneamente, as grandes cidades, as megacidades, as metrópoles e as megalópoles.

CAVALLAZZI (2007, p. 63-64) reconhece a importância da aplicação dos princípios na interpretação jurídica da norma urbanística, considerando que tal utilização “permite ampliar a reflexão sobre a tutela do direito à cidade, no sentido da Carta Mundial pelo Direito à Cidade”, lecionando que seus estudos sobre o estatuto epistemológico do Direito Urbanístico, conferem a visualização dos seguintes princípios “que manteriam especial pertinência ao campo”, ressaltando a possibilidade de redefinições futuras:

a) Função social da propriedade pública e privada; b) Função pública do urbanismo; c) Remissão ao plano; d) Princípio da equidade, a partir do qual derivam outros dois: 1) Afetação das mais-valias do custo da urbanização; e 2) Justa distribuição dos benefícios e encargos/ônus decorrentes da atuação urbanística; e) Gestão democrática da cidade; f) Proteção ao meio ambiente; g) Sustentabilidade das cidades; h) Espaço público; i) Paisagem como patrimônio público; e j) Precaução.

A Professora relata, ainda, que o princípio da equidade é “invariavelmente excluído dos considerados princípios do Direito Urbanístico”, tendo sido incluído pela Pesquisadora como “origem dos princípios da afetação das mais-valias do custo da urbanização e da justa distribuição dos benefícios e encargos/ônus decorrentes da atuação urbanística”, uma vez que

considera “a busca para o equilíbrio, sentido adotado para o princípio da equidade, visando à função social da cidade.”

Nas lições acima apontadas percebe-se de forma clara uma proposta interdisciplinar na solução das questões urbanas, sejam elas em caráter de gestão ou de planejamento. A presença de princípios ambientais, notadamente na proposta de CAVALLAZZI – proteção ao meio ambiente, paisagem como patrimônio público, precaução e, ainda, sustentabilidade das cidades e espaço público -, nos princípios urbanísticos, entende-se, confere uma flexibilidade ao judiciário capaz de melhorar as condições de saúde da população, protegendo o ambiente e cobrando dos Poderes Executivo e Legislativo políticas públicas e de governo capazes de fomentar o paradigma do desenvolvimento sustentável preconizado pela Carta de 1988.

Assim, considerando-se a relevância das políticas adotadas pelo Poder Judiciário na condução processual e nas tomadas de decisão, bem como aquelas que orientam os demais Poderes na construção legislativa, entende-se ser relevante a abordagem de determinados aspectos da legislação pátria e, no mesmo sentido, observar e entender o posicionamento dos tribunais quando solicitados para resolver questões urbanas nas quais os problemas sociais e ambientais são inerentes ao processo de ocupação do espaço sob as forças capitalistas⁷¹.

⁷¹ DEBORD (1997, p.113) leciona: “Todas as forças técnicas da economia capitalista devem ser compreendidas como fatores de separação. No caso do urbanismo, o que está em jogo é o equipamento da base geral dessas forças, do tratamento do solo que convém a seu desenvolvimento, à própria técnica *da separação*.”

5. DIREITO E POLÍTICA

Sumário: Introdução - 5.1. Bem coletivo – 5.2. Política urbana – 5.3. Função social – 5.4. Estatuto da Cidade – 5.4.1. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios – 5.4.2. Usucapião especial urbano.

Introdução

A política urbana brasileira, tratada nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, deve ser executada pelo município, este que, balizado, principalmente, pela Carta Constitucional Federal, tem autonomia quanto à fixação e determinação de metas a serem cumpridas, devendo, para tanto, unir as políticas de governo às políticas públicas⁷², positivadas ou não. Com a elaboração do Estatuto da Cidade⁷³, o legislador nacional pretendeu, após 11 anos de tramitação, estabelecer diretrizes que permitam a criação e transformação de sítios urbanos, de forma a atender as necessidades dos atores sociais, procurando criar o equilíbrio necessário entre o meio natural e a produção do meio artificial, necessário à habitabilidade⁷⁴.

Neste ponto deve-se considerar as reflexões de CANOTILHO (2001) sobre as constituições dirigentes que trazem em seu corpo um reducionismo programático-estatal, este capaz de elevar o Estado à condição de “homem de direção”, levando o Estado e o Direito para a uma crise da política regulativa, incapaz de reconhecer a complexidade das diferenças encontradas nos Estados contemporâneos, estes que são marcados pelo multiculturalismo e pela multivelocidade. Atribuir ao Direito o encargo de regular de forma autoritária e intervencionista, no entendimento do constitucionalista português, equivale ao não conhecimento de outras formas de direção política, estas que vão dos modelos regulativos apoiados na subjetividade, ou seja, modelos de autodireção social garantidos pelo Estado, até os modelos neocorporativos. Alerta, ainda, ser real a possibilidade da efetiva estruturação do mundo político-econômico por meio do Direito construído sob a forma de pirâmide, característica deste modelo de constituição dirigente-programática que busca consolidar o projeto de modernidade da forma mais estatizante.

⁷² Adota-se a terminologia “políticas públicas” para aquelas que, normalmente, são positivadas, e estabelecem as diretrizes a serem seguidas, estas que foram previamente acordadas por meio do processo democrático representativo, ou pela via participativa. Como “políticas de governo”, entende-se as que são imprimidas pelos governantes, notadamente pelo Poder Executivo, que, invariavelmente, distanciam-se das primeiras, obedecendo lógicas divorciadas dos anseios da sociedade civil. Política de governo é uma articulação da administração pública visando o atendimento de um projeto entendido pelo governo como necessário.

⁷³ Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.

⁷⁴ Neste ponto, ressalta-se o Parágrafo único do art. 1º do *Estatuto da Cidade*: *Para todos os efeitos, esta lei (...) estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.*

5.1. Bem coletivo

O rompimento com o paradigma “bem público x bem privado”⁷⁵, apoiado, principalmente, nas idéias nascidas no Direito Ambiental e positivadas na Carta Federal⁷⁶, estabelece uma categoria denominada bem coletivo, esta que transcende questões relacionadas à propriedade e à conseqüente disponibilidade de determinados bens. Na preservação desses bens, a Carta Política adota alguns princípios do Direito Ambiental que, por terem sido alçados ao patamar constitucional, tornam-se fonte de primeiro grau e, uma vez colocados em conflito, requerem solução judicial, reclamando adequação e seleção em relação ao caso concreto que se apresenta (SAMPAIO, 2003, p. 46-47).

Nessas circunstâncias, o princípio do desenvolvimento sustentável, que defende o uso racional e equilibrado dos recursos naturais, visando o atendimento das necessidades das gerações presentes e a garantia do atendimento das futuras gerações, é entendido como sendo o principal princípio a ser seguido como fundamento para o desenvolvimento sócio-econômico da humanidade. SOLÁ-MORALES (2002, p. 51), ao refletir sobre o processo de concentração das populações, afirma:

La metrópolis es una selva. Algo realmente existente, colisión de innumerables fuerzas que tienden a extenderse ilimitadamente sin otra forma más que la que les proporcionan algunos elementos geográficos o algunas grandes infraestructuras.

Las metrópolis contemporâneas son descentradas, es decir, carecen de un único punto central, histórico, del poder, etc., y tienden a multiplicar los coágulos en los que se densifica la actividad y por tanto la edificación.

Diante deste quadro, que se repete em todo planeta, a defesa do bem coletivo ambiental e o enrijecimento em relação às políticas públicas de planejamento das cidades ficam comprometidos dada a complexidade da questão urbana, entendendo-se necessária a aplicação dos princípios do Direito Ambiental e do Direito Urbanístico, principalmente aqueles, na solução dos impasses inerentes ao aumento das grandes concentrações humanas.

A rigidez do Direito Urbanístico formalista não parece adequada à solução dos problemas que se reproduzem, visto que, aliado à questão processual que, apesar de garantir a ampla defesa, está claramente voltada à defesa do indivíduo, desconsiderando o coletivo,

⁷⁵ Conforme o art. 98 do Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

⁷⁶ CF, art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (...).*

razão para a criação de subsistemas processuais paralelos na defesa dos interesses difusos e coletivos⁷⁷, carece de celeridade e interpretação da norma constitucional de forma a atender a velocidade e a complexidade da sociedade contemporânea, caracterizada pelo multiculturalismo, pela multivelocidade e pelo risco.

Paralelamente aos problemas da legislação infraconstitucional, surge a maleabilidade apresentada pela Constituição Federal que, apesar de ser apresentada doutrinariamente como rígida, mostra-se bastante maleável e sujeita a transformações, sendo, muitas vezes, mais fácil alterar dispositivos constitucionais do que aqueles dispostos na legislação inferior.

5.2. Política urbana

No tocante ao solo, LIRA (1997, p. 2) leciona:

Proclamam os juristas ser incomensurável o seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto, já que nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce basicamente a liberdade essencial do homem de ir e vir. Enfim, é ele toda hipótese e possibilidade de vida.

A necessidade de elaboração de um plano diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes (Art. 182, § 1º, CF), que deve ser aprovado pela Câmara Municipal, entendido pelo legislador com “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, em tese, mostra-se como instrumento democrático útil para a solução dos problemas existentes e na previsão daqueles que podem ocorrer por conta da falta de planejamento ou, ainda, como ferramenta hábil à cobrança sobre problemas de gestão municipal. Este tipo de exercício da democracia representativa pode servir como grande aliado na aplicação de preceitos fundamentais constitucionalmente postos, servindo, inclusive, como parâmetro aplicável nas decisões judiciais referentes ao tema.

Porém, considerando-se a existência de mais de 5.560 municípios que integram a República, localizados em regiões totalmente diferentes entre si, havendo questões importantes referentes à pobreza, falta de cultura formal, desrespeito à dignidade da pessoa humana e da dignidade humana na sua dimensão transindividual, total falta de ética urbana e ambiental, além de situações envolvendo desvio de comportamento dos integrantes do Poder

⁷⁷ Neste sentido, lembramos a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Lei da ação civil pública.

Público, a solução encontrada para os planos diretores, muitas vezes realizados por escritórios especializados nos grandes centros, tendo como base informações colhidas daqueles que detêm o *status* político e econômico, apresentando soluções técnicas sem qualquer compromisso com os anseios da população, que não responde às necessidades locais, sequer ordenam “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” nem garantem “o bem-estar de seus habitantes (Art. 182, caput, CF)”, mesmo que se advogue em favor desses planos com base na existência de audiências públicas que dariam legitimidade ao processo, estas que, invariavelmente, são repletas de representantes de interesses escusos.

Neste passo, vale considerar a importância da cidade para a população, oportunidade de se ter em conta nosso vocabulário cognitivo e teórico, formado por “palavras abstratas”, estas que são desconectadas de coisas visíveis, impossibilitando referências e traduções em imagens. Assim, leciona SARTORI (2001, p. 31-32) que

(...) a palavra cidade corresponde ainda a algo visível; mas nação, Estado, povo soberano, burocracia, e assim por diante, estes termos não representam nada visual; são conceitos abstratos, elaborados por processos mentais dedutivos, que representam entidades construídas pela nossa mente.

Desta forma, entende-se que lidar com a cidade e sua dinâmica requer sempre uma leitura detalhada das características de seus atores, considerando-se a faceta multicultural do(s) grupo(s), devendo-se compreender as diferentes velocidades em que os subsistemas sociais operam, sob pena de, em não cumprindo as várias etapas do processo decisório, incorrer-se em erros graves com conseqüências inimagináveis.

5.3. Função social

A maquinaria da sociedade, profundamente desengrenada, oscila entre uma melhora, de importância histórica, e uma catástrofe. O instinto primordial de todos os seres humanos é garantir um abrigo. As diferentes classes de trabalhadores de nossos dias não mais têm moradias adaptadas às suas necessidades, e o mesmo se pode dizer acerca do artesão ou do intelectual. O que se encontra na raiz da inquietação social de hoje é uma questão de construção: arquitetura ou revolução.

Le Corbusier
Vers une architecture, 1923⁷⁸

O cumprimento da função social da propriedade⁷⁹ urbana leva à reflexões sobre a categoria, visto que o legislador estabeleceu que o cumprimento dessa função é o atendimento

⁷⁸ *Apud* FRAMPTON (1997, p. 215).

das “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (Art. 182, § 2º, CF)”. Porém, questiona-se: o plano diretor é capaz de trazer em seu bojo os anseios da população? Há representatividade democrática neste instrumento? Nesta função social está implícita a ética nos seus cortes urbano e a ambiental, ou esta categoria visa somente a questão da propriedade, sem considerar o bem coletivo?

Conforme leciona LIRA (2007), a “funcionalização da propriedade” não é novidade. O jurista faz referência à *Lex Licinia Sexta*, de 367 a.C., como sendo uma autêntica lei agrária, esta que limitava os cidadãos romanos a terem lotes de terra com área de 120 hectares, não sendo permitido mais de 100 cabeças de gado por proprietário, obrigando-os à utilização de mão-de-obra livre na proporção idêntica ao número de escravos que possuísem, sendo certo, conforme o Professor, que a Lei romana tinha por objetivo a *função social da propriedade*, uma vez que limitava o tamanho da propriedade e incrementava o uso da mão-de-obra, com o propósito de enfrentar a crise da empregabilidade existente em Roma.

No Brasil contemporâneo, LIRA (2007) afirma que a *funcionalização da propriedade* apareceu na Constituição de 1934 e de 1946, sem esse *nomen iuris*, e, já com tal referência, na Carta de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de outubro de 1969. Na Carta Constitucional de 1988 (art. 182, § 4º), no Estatuto da Cidade (art. 5º) e no Código Civil de 2002 (art. 1228, § 4º)⁸⁰, finalmente o termo *função social da propriedade* aparece de forma clara. Conforme o Professor:

Nesses preceitos legais se cuida da desapropriação judicial de bens aos quais o proprietário não deu função social, bem como da edificação compulsória, instituto por força do qual o proprietário não constrói quando quer, mas quando a lei democraticamente determina.

Ao tratar do instituto, CAVALLAZZI (2007, p. 11) leciona:

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 2001, marco da normatização urbanística no Brasil, redefinindo os limites do exercício do direito de propriedade, estabelece novas diretrizes à política urbana brasileira, segundo o exercício do direito de propriedade a partir da Constituição de 1988.

A Constituição Federal subordinou o direito de propriedade ao atendimento de sua função social e condicionou o desenvolvimento das políticas urbanas à busca das funções sociais da cidade.

⁷⁹ DALLARI (2006, p.75) defende que “O princípio da função social da propriedade é a idéia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam à organização conveniente dos espaços habitáveis”.

⁸⁰ Art. 1228, § 4º. *O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

A função social do direito de propriedade imposta a partir da Constituição de 1988 distingue-se da mera limitação às faculdades inerentes ao proprietário: exige muito mais, sobretudo impõe o exercício do direito de propriedade, seja propriedade privada ou pública, segundo os interesses da coletividade, de forma condizente com as determinações do Plano Diretor da cidade, referência fundamental para a realização da função social da cidade, nos termos do parágrafo 1º do artigo 182 da Constituição, ou seja, “a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor”.

Ao tratar da regra expressa no art. 1228, § 1º, do Código Civil de 2002⁸¹, GAMA (2006, p. xvi) leciona que a Lei corporifica infraconstitucionalmente a noção de *função social da propriedade* estabelecida na Carta Federal de 1988 (arts. 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, incisos II e III), afirmando:

A propriedade é a própria função social, contendo deveres jurídicos positivos relativamente ao proprietário – como também se verifica nas funções sociais do contrato, da família, da empresa e da sucessão hereditária, entre outras.

Pensa-se que a reflexão sobre a função social, categoria esta que, conforme PINTO (2005, p. 164-185) tem origem na filosofia política positivista⁸², deve extrapolar, e muito, questões relacionadas com a divisão da propriedade. Parece claro que o problema da

⁸¹ Art. 1228, § 1º. *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

⁸² PINTO leciona que a doutrina da *função social* desenvolveu-se na França no século XIX, cujos principais pensadores foram Saint-Simon e Comte, tendo como proposta de reforma das instituições políticas um Estado tecnocrático altamente intervencionista, situação comandada pelo Poder Executivo. Aos proprietários cabia a manutenção da propriedade, mas estes teriam de permanecer subordinados à direção do Estado. Assim, a regulamentação produtiva pelo Estado se daria de forma completa, não cabendo aos proprietários nenhuma liberdade de iniciativa. Tal concepção positivista foi denominada *função social da propriedade*, inicialmente formulada por Saint-Simon e sistematizada por seus seguidores. Os saint-simonianos, formados principalmente por engenheiros oriundos da Escola Politécnica, contribuíram para o detalhamento de aspectos institucionais como o direito de propriedade. Desta forma, a propriedade privada era entendida como a principal causa dos problemas econômicos, sendo a esta atribuído o mal funcionamento do mercado, faltando-lhe comando geral, agindo cada pessoa da forma que melhor entendesse. O autor aponta que foi Augusto Comte quem avançou da doutrina, sendo para este indiferente ter a propriedade caráter público ou privado, estando a *função social* da propriedade presente em várias de suas obras. PINTO entende que um aspecto importante da doutrina sob análise é não ter qualquer conotação de justiça social, uma vez que pretende subordinar a propriedade privada a um rígido planejamento estatal objetivando o ‘progresso’, não havendo no positivismo uma preocupação com a distribuição de renda, defendendo que a concentração da propriedade é vista com simpatia, visto que facilita a direção de forma geral pelo Estado, tornando os pobres beneficiários do progresso da sociedade. O autor entende terem sido as idéias comtianas introduzidas no mundo jurídico por Leon DUGUIT, tendo este pensador defendido a *função social* da propriedade “como uma superação da concepção individualista de propriedade consagrada na Declaração de Direitos de 1789 e no Código Civil Napoleônico de 1804, citando-o numa crítica ao conceito de propriedade estabelecido no art. 544 do referido Código, ou seja ‘o direito de gozar de uma coisa da maneira mais absoluta’, *in verbis*: ‘O proprietário, ao ter direito de usar, de gozar, de não dispor, e por conseguinte de deixar suas terras sem cultivar, seus lotes urbanos sem construções, suas casas sem alugar e sem conservar, seus capitais mobiliários improdutivos’. DUGUIT segue sua crítica afirmando que ‘A propriedade é para o possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social’.

propriedade deve ser enfrentado, mas se for tratado de forma estanque e descompromissada com a inclusão do *outro*, o processo de exclusão vai perpetuar-se, tornando a vida nos núcleos urbanos uma aventura sem perspectivas positivas. Neste passo, há de se considerar os recentes acontecimentos nas principais cidades européias, estes que refletem o descontentamento com a falta de inclusão e a segregação imposta, ou seja, a manutenção da população presa *do lado de fora*.

Considerada enquanto teoria geral, PINTO (2005, p. 185-186) entende que

(...) a função social da propriedade apresenta uma vocação estatista só comparável ao socialismo, uma vez que reconhece como legítimas medidas drásticas, destinadas a obrigar o proprietário a utilizar um bem privado segundo o plano governamental.

Ao discorrer sobre a posição adotada pela Constituição da República no tocante à função social da propriedade, o autor afirma ter sido adotada uma “posição intermediária entre a doutrina original e a que considera a propriedade um direito absoluto”, ilustrando tal posição com a citação de vários artigos da Carta, apontando serem aqueles destinados às questões da Política Urbana e da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária os que mais valorizaram a categoria, destacando “a necessidade de um plano estatal, como instrumento de fixação do uso exigido da propriedade privada”, apontando a referência explícita, no caso da política urbana, ao plano diretor, e o caráter “‘determinante’ do planejamento estatal para o setor privado”, alertando sobre a admissão da utilização de mecanismos tributários e da desapropriação com pagamento com títulos da dívida pública⁸³.

O jurista realiza estudo sobre a Carta de Atenas, de matriz positivista (PINTO, 2005, p. 175), síntese das conclusões do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, redigida por Charles-Edouard Jeanneret - “Le Corbusier” -, arquiteto representante do Movimento Moderno, este que buscou solucionar o déficit habitacional que se acumulava, além dos trabalhos de reconstrução da Europa recém saída da Primeira Guerra Mundial, cabendo ao Estado a contratação desses arquitetos, requisitados para projetar conjuntos habitacionais, bairros e cidades, tendo, inclusive, que elaborar legislação urbanística. A Carta de Atenas é a síntese do conteúdo do Urbanismo Racionalista, também chamado Urbanismo Funcionalista, este que tinha por princípio (SCHERER, 1986)

⁸³ Títulos emitidos e garantidos pelo governo de todas as pessoas políticas (União, estados, Distrito Federal ou municípios). Trata-se de instrumento de política econômica e monetária que pode ser utilizado para o financiamento de déficit orçamentário, antecipação de receita ou garantia do equilíbrio do mercado do dinheiro, podendo ter a forma de apólice, bônus ou Obrigação do Tesouro Nacional. Na esfera da União o assunto é tratado na Lei n. 10.179, de 06 de fevereiro de 2001 (*Dispõe sobre os títulos da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional, consolidando a legislação em vigor sobre a matéria.*).

a obrigatoriedade do planejamento regional e intra-urbano, a submissão da propriedade privada ao solo urbano aos interesses coletivos, a industrialização dos componentes e a padronização das construções, a limitação do tamanho e da densidade das cidades, a edificação concentrada porém adequadamente relacionada com amplas áreas de vegetação.

Além disto, o Urbanismo Funcionalista baseava-se no uso intensivo de modernas técnicas colocadas à disposição da organização das cidades, valendo-se do zoneamento funcional, da separação da circulação de veículos e pedestres, além da “eliminação da rua-corredor e uma estética geometrizarante”, tendo na habitação seu foco central, situação em que os fatores condicionantes da higiene, ou seja, o sol, a vegetação e o espaço, deveriam nortear o trabalho dos arquitetos.

A adoção deste Urbanismo Funcionalista de “matriz positivista”, pensa-se, explica-se sob as condicionantes históricas, diante de um quadro caótico que se repetiria em seguida na Segunda Guerra Mundial, levando os Estados à adoção de instrumentos adequados, à época, à reconstrução da Europa que, num breve espaço de tempo, foi obrigada a se superar e adotar.

Verificada a mudança imposta pelos modelos econômicos principalmente no Ocidente, tendo como decorrência a forte urbanização e a conseqüente pressão ambiental, observada principalmente a partir da segunda metade do século passado, constatou-se a necessidade de mudanças imediatas do paradigma desenvolvimentista adotado ainda hoje, havendo a necessidade de serem revistas as posições dos pensadores do Direito e do Urbanismo, além das outras áreas que subsidiam o estudo das cidades, na tentativa de, por um lado, frear o inchaço dos tecidos urbanos e, por outro, solucionar os problemas já instalados. A questão é desafiadora.

O que é *função social da propriedade* neste quadro? A intervenção do Estado na propriedade particular, garantida pela Carta Política de 1988, como forma de realizar-se a redistribuição imobiliária, socializando a propriedade privada⁸⁴? A privatização dos imóveis públicos por usucapião, uma vez que grande parte dos loteamentos irregulares e invasões ocorrem em áreas públicas, que é vedada pelo Diploma (art. 191, parágrafo único)?

Essas e muitas outras soluções podem ser cogitadas e efetivamente implementadas. Porém, encontra-se na questão da sustentabilidade barreiras importantes a serem vencidas para que a função social seja efetivamente alcançada. Atingiu-se um ponto em que a simples

⁸⁴ Exigir do “proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I- parcelamento ou edificação compulsórios; II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão ... (Art. 182, § 4º, I a III, CF)”.

ocupação dos sítios ainda disponíveis nas áreas urbanas não interessa à população nem ao Poder Público, uma vez que a este demanda investimentos e a implantação de logística altamente complexa de atendimento a essas áreas. Por outro lado, a população urbana sofre com a indisponibilidade de áreas livres, verdes ou não, capazes de fazer com que as cidades respirem e que diminuam a distância entre as pessoas, dando-lhes a oportunidade de convívio e interação, dinâmica própria da democracia. Além disto, ressalta-se o grande problema da ocupação das áreas de proteção de mananciais, gerando forte pressão sobre o ambiente, esgotando fontes deste que deve ser o bem a ser mais disputado nos próximos tempos⁸⁵.

No tocante aos investimentos que poderiam realizar a função social da propriedade urbana, há de se considerar, *e.g.*, os investimentos realizados pelos fundos de pensão, estes que passaram a ser parceiros da especulação imobiliária a partir da década de 1990 na cidade de São Paulo, fato que gerou a quantidade de 420 mil imóveis vagos nesta Capital, o que representa 14,1% do total, demonstrando um crescimento excedente, ou seja, oferta maior que a demanda, exibindo uma demissão do Poder Público da gestão da coisa pública, transferindo-a para o setor privado⁸⁶.

Há de se considerar, ainda, que a arquitetura deve ser entendida como situação relacional entre padrões físico-espaciais e expectativas sociais, sendo importante a análise de alguns desempenhos (HOLANDA, 2003):

- a) funcionais;
- b) de co-presença;
- c) bioclimáticos;
- d) econômicos;
- e) topoceptivos;
- f) emocionais; e
- f) simbólicos.

O caráter multidimensional das manifestações arquitetônicas, sejam construções analisadas de forma isolada ou cidades inteiras, exige a compreensão dessa qualidade para que os acertos sejam maximizados e os erros minimizados, por ocasião das intervenções

⁸⁵ Neste ponto, há de se destacar a população de 1,5 milhão de pessoas que vivem de forma irregular no sistema Guarapiranga/Billings na Região Metropolitana de São Paulo, população esta que cresce cerca de 8% ao ano, sistema este responsável pelo abastecimento de 5 milhões de habitantes. O sistema, além sofrer as conseqüências da ocupação das áreas de mananciais – destruição da mata ciliar, o que acarreta o esgotamento das fontes d'água, assoreamento das represas etc. – recebe o esgotamento sanitário *in natura* da população irregular, comprometendo a qualidade da água dos reservatórios, além de exigir forte intervenção química no tratamento, isto que, além de onerar o Estado, impõe ao consumidor um produto cada vez mais distante das suas qualidades naturais.

⁸⁶ Conferência Internacional Metrôpoles Saudáveis, realizada de 17 à 19 de novembro em São Paulo, SP.

realizadas. Nem sempre é possível atender de forma satisfatória todas as exigências. Não é rara a ocorrência de cidades com bom desempenho topoceptivo, ou seja, que geram imagens positivas em nossas memórias, e que têm baixo desempenho bioclimático, *e.g.* desconforto térmico.

Nessas condições, entende-se que pensar a função social extrapola a questão dos assentamentos com o possível desfavelamento das cidades. Nota-se que os processos de “inclusão” gerados pelo Poder Público são limitados a questões pontuais que geram uma felicidade simbólica na população, mas estão longe de resolver o problema em nível macro. Percebe-se que não existe, efetivamente, o exercício do *regulatory State* nem a preocupação com a infra-estrutura necessária na produção de núcleos urbanos, sequer com a implementação de políticas públicas e de governo voltadas à criação de fontes de trabalho e educação fora dos grandes centros que propiciem melhor distribuição da população no território nacional, propiciando a ocupação social da terra.

5.4. Estatuto da Cidade

Neste ponto passa-se a realizar uma análise do conjunto do Estatuto, limitando-se a dois institutos bastante discutidos pela doutrina⁸⁷: o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; e o usucapião especial urbano. A adoção destes pontos justifica-se pela importância da discussão gerada nos meios acadêmicos, uma vez que os institutos, entende-se, são bastante conflituosos com as técnicas urbanísticas contemporâneas, além de encontrarem entraves importantes na própria Carta Federal para sua implementação. Considerando a metodologia adotada neste trabalho, pensa-se que não cabem comentários detalhados dos artigos da Lei, assim como dos vários instrumentos nela contidos.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001⁸⁸, criado para regulamentar os arts. 182 e 183 da Carta Política, surgiu quase treze anos após a promulgação da Constituição Federal na tentativa de compor de forma sistêmica as determinações constitucionais no tocante ao desenvolvimento e ordenamento urbano, visando o cumprimento dos parâmetros de sustentabilidade sócio-econômicos e ambientais, positivando normas que visam equilibrar as relações que se estabelecem dentro das cidades, estas que são

⁸⁷ Neste ponto vale ressaltar que a discussão sobre o Estatuto da Cidade realizada pelos comentadores em seus manuais restringem-se, em sua maioria, a breves observações sobre a Lei, sem discutir de forma interdisciplinar questões relevantes para que a norma seja efetivamente implementada naquilo que for razoável para a construção de uma sociedade baseada no *princípio do desenvolvimento sustentável*.

⁸⁸ *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.*

macroecossistemas de alta complexidade, exigindo, por isto, alto dinamismo nas tomadas de decisão e no efetivo cumprimento destas, sob pena de se perpetuarem problemas de toda ordem, especialmente aqueles ligados à saúde humana, esta vista sob o ângulo determinado pela OMS.

A Lei estabelece normas de ordem pública que pretendem atender interesses sociais por meio da regulação do uso da propriedade urbana com objetivos claros da defesa do bem coletivo, bem como a segurança e o bem-estar dos cidadãos, devendo atender o necessário equilíbrio ambiental, inerente à questão do desenvolvimento sustentado.

Considerando a exclusão social que acontece no país, pensa-se ser necessário lembrar que a manutenção *do lado de fora* da grande massa da população urbana, mesmo que inserida em bolsões habitacionais implantados à margem do tecido urbano que caracteriza a cidade, dando-lhe significado e permitindo sua identificação e reconhecimento de lugar a que se pertence, descredencia parte significativa dessas pessoas da condição de cidadão, visto que sua inclusão, quando acontece, ocorre apenas de forma relativa, uma vez que suas vozes têm pequena importância no cenário político, este que é dominado pelo prazer do exercício do poder.

O Estado determina diretrizes gerais de política urbana objetivando o ordenamento e a plenitude das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, positivando a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendendo ser este direito consubstanciado no direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. A efetivação desses direitos requer profunda reflexão sobre a aplicabilidade do *princípio do desenvolvimento sustentável*, este que, pensa-se, exige uma compreensão ampla, ou seja, não é possível pensar em sustentabilidade de forma compartimentada, havendo a necessidade da conscientização de que cidade alguma existe de forma isolada, desconectada do resto do mundo.

Assim, é preciso ter a clareza de que qualquer pressão ambiental exercida em determinado sítio urbano não fica restrita a este, uma vez que estas pressões devem ser consideradas na sua amplitude como, *e.g.*, a energia consumida em determinado centro urbano que é produzida a milhares de quilômetros do local, causando forte impacto ambiental no local de origem; o alimento consumido nesses sítios que é produzido em fronteiras agrícolas que se expandem tendo como consequência forte pressão ambiental sobre florestas, cerrado etc. Assim, pensar em cidades sustentáveis é ter a consciência da necessidade de se estabelecer uma visão holística do problema, considerando-o em toda sua amplitude.

O direito à terra urbana, à moradia com a devida infra-estrutura, aos serviços públicos, bem como ao trabalho e ao lazer positivados na lei, refletem uma preocupação internacional estabelecida anteriormente na Segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – *Habitat II* – realizada em Istambul, Turquia, em 1996, cujo preâmbulo estabelece a necessidade de se observar as múltiplas facetas apresentadas pelos problemas dos assentamentos humanos, reconhecendo-se que uma residência adequada para todos e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos não estão desligados do desenvolvimento social e econômico mais amplo dos países, sequer desvinculam-se da criação de um marco nacional e internacional que favoreça o desenvolvimento econômico e social, além da proteção ambiental, componentes indispensáveis e mutuamente complementares ao desenvolvimento sustentável. Trata-se, por óbvio, de uma visão holística e complexa, única capaz de determinar marcos e efetivar direitos.

Assentar pessoas nas terras urbanas de forma digna com toda infra-estrutura necessária, não fica restrito à questão do assentamento em si, uma vez que, depois de fixada à área e constituído o núcleo familiar, este necessita de condições sócio-econômicas suficientes à sobrevivência com dignidade, além de um processo de gestão e planejamento que garanta a sustentabilidade das presentes e futuras gerações, algo bastante complexo de ser executado em tempos de *sociedade de risco* e falta de perspectivas a longo prazo para a maioria da população, esta que limita-se a cumprir os compromissos imediatos.

Por outro lado, a escassez de recursos naturais e os problemas gerados pela implantação de núcleos urbanos de forma desordenada que geram grande impacto ambiental, não só pela localização em sítios inadequados como também pela geração de resíduos que não têm tratamento adequado, criando um ciclo destrutivo característico da fase pós Revolução Industrial, sem precedentes históricos, cria impasses importantes na gestão pelo Estado, este que não se dispõe a remover a população instalada nesses locais alegando, por um lado, falta de recursos para tanto e, por outro, impossibilidade política de ação, esta fomentada pela participação de entidades sociais e religiosas defensoras da implantação desses núcleos, lutando por soluções imediatas e, por força da necessidade, desconsiderando os reflexos que se impõem por conta das ações.

A gestão democrática por meio da democracia representativa e participativa na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos relacionados com o desenvolvimento urbano, além da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade nos processos de urbanização, devendo, para tanto, atender ao interesse social, visa desconstruir uma idéia tecnicista que não supriu as necessidades

mutantes da sociedade complexa surgida nos períodos pós-guerras mundiais. Porém, a desconstrução deste paradigma requer posições claras e reconhecimento da condição de dignidade humana em sua dimensão transindividual, sem que se comprometa a dignidade do indivíduo (SARLET, 2006 p. 52), condição esta inerente ao Estado Democrático de Direito. A primeira questão que surge é aquela relacionada ao paradigma do *desenvolvimento urbano*: como caracterizá-lo? Este *desenvolvimento* está aliado à idéia de expansionismo físico e econômico dos sítios aliados ao crescimento do PIB tão defendido por empresários e pelo Poder Público ou, pelo contrário, esta idéia de *desenvolvimento* está ligada à manutenção e eventual redução do tamanho de determinadas áreas urbanas?

O planejamento do desenvolvimento das cidades com a adequada distribuição espacial da população, bem como as atividades econômicas do Município e da sua área de influência, com o objetivo de evitar e corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos deletérios sobre o ambiente, conforme estabelecido na Lei, remete ao paradigma tecnicista de criação de subúrbios e instalação da grande massa da população “do lado de fora”, acentuando o aumento das cidades de forma progressiva e, conseqüentemente, dos problemas inerentes ao crescimento. Dividir o tecido urbano e seu entorno em setores, salvo para atividades específicas de grandes complexos industriais ou, em alguns casos, cinturões verdes de abastecimento dos núcleos urbanos, não tem apresentado resultados positivos diante do alto dinamismo da sociedade e da volatilidade do capital que migra para regiões em que é melhor remunerado, procurando os benefícios do Estado, principalmente os de ordem fiscal, deixando um rastro inconfundível de abandono, situação esta revertida somente após um longo processo de mudança de atividades econômicas no local.

A correção dos efeitos negativos sobre o ambiente necessita, antes de tudo, que seja efetuada de forma preventiva, *i.e.*, que a atuação na defesa ambiental ocorra antes da instalação do problema e, ocorrendo, que sejam aplicados os princípios ambientais pelo Poder Público como, *e.g.*, o *princípio do poluidor-pagador*, de forma a conter e reparar o impacto ambiental provocado pela atividade, considerando-se que, caso perpetue-se no tempo, o dano pode apresentar efeitos inimagináveis; o *princípio da precaução* uma vez que não podemos contar com certezas científicas, visto que são transitórias, ou seja, não há segurança na relação causa/efeito em questões ambientais, além de tantos outros capazes de orientar as ações dos Poderes.

A oferta de equipamentos urbanos e comunitários, bem como transporte e serviços públicos que atendam as necessidades e interesses da população e às características locais, demonstram uma preocupação quanto ao atendimento das necessidades básicas de qualquer

Estado que tenha por objetivo o respeito á dignidade humana e aos princípios inerentes à condição de Estado Democrático de Direito. Porém, há de se considerar que se faz necessário um estudo de logística, de impacto ambiental e de vizinhança sérios, baseados em uma metodologia capaz de demonstrar da maneira mais fiel possível o cenário contemporâneo, e apontar perspectivas futuras.

5.4.1. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios

Entendido como controle fundamental dos territórios que não cumprem a função social⁸⁹, o art. 5º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001⁹⁰, estabelece a possibilidade da inclusão de área de solo urbano não edificada, subutilizada ou não utilizada no plano diretor, passível de ser parcelada, edificada ou compulsoriamente utilizada, como forma de se combater a especulação imobiliária, atuando de forma a executar política urbana de inclusão, relativizando ainda mais o caráter absoluto da propriedade urbana, transferindo para o particular o ônus de políticas públicas que passam ao largo das concepções contemporâneas do urbanismo, este que tende a adotar estratégias que buscam abrir espaços e definir as cidades pela ausência de espaços construídos, revendo o paradigma da concepção de cidade por seus espaços construídos.

Nesse sentido, faz-se referência ao projeto realizado em 1989 apresentado por Rem KOOLHAAS (2006, p. 361-367) no concurso para o subúrbio parisiense de Melun-Sénart em

⁸⁹ DALLARI (2006, p. 83) defende que “O direito de propriedade hoje, no Brasil, é entendido, precipuamente, como um instrumento de afirmação de uma série de prerrogativas do proprietário. Pela aplicação concreta do princípio da função social da propriedade será possível estabelecer os deveres do detentor da riqueza, daquele a quem a ordem jurídica reconhece o direito de ter uma propriedade. Agora esse alguém recebe da mesma ordem jurídica o dever de usar sua propriedade imobiliária urbana em benefício da coletividade”.

⁹⁰ Art. 5º. *Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação de referida obrigação.*

§ 1º *Considera-se subutilizado o imóvel:*

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II – (Vetado.)

§ 2º *O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.*

§ 3º *A notificação far-se-á:*

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º *Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:*

I – um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II – dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º *Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto compreenda o empreendimento como um todo.*

que adotou-se a metáfora de um “arquipélago” de áreas verdes protegido de futuras construções, indicando a preocupação do urbanista com a invasão da paisagem que invariavelmente acontece nas cidades contemporâneas, demonstrando total despreço às questões ambientais em todos os seus aspectos.

Paris é cercada por um cinturão de novas cidades e Melun-Sénart está localizada no final deste. Ao estudar a área para ali imaginar uma nova cidade, a equipe de arquitetos deparou-se com uma paisagem de incrível beleza, fato este que levou-os a refletir sobre a inutilidade e repugnância de criá-la, fazendo com que questionassem sobre a existência de técnica e maneira de trabalhar que suplantasse a deficiência ou incapacidade de resolver o problema de forma adequada, uma vez que sentiam-se “quase como criminosos” para elaborar um projeto e construir uma nova cidade naquelas condições. Assim, a maior preocupação da equipe era com a análise da situação para determinação de onde nada poderia ser construído, do que poderia ser construído. Tinham a preocupação com a qualidade dos espaços verdes existentes, formada por pequenos bosques onde os monarcas franceses caçavam entre uma floresta e outra, definindo uma concepção de cidade marcada pelos espaços vazios, ou seja, pela ausência de espaços construídos.

Outro ponto que se destaca é o fato de ter havido neste projeto o rompimento com a busca de uma rígida coincidência entre programa⁹¹ e forma, tendo sido projetados volumes capazes de absorver as necessidades que a cultura gere, situação esta que confere a possibilidade de adaptação do tecido urbano às mudanças inerentes à dinâmica social que vem sendo imposta pelo neoliberalismo e pelos avanços tecnológicos. Percebe-se a preocupação da manutenção da natureza e a utilização de tecnologia para propiciar bem-estar ao ser humano, pensando cidades com espaços livres que permitam a circulação e convivência, sem deixar de ter em consideração a possibilidade de mudança do uso dos seus edifícios, exigindo a capacidade de reconhecimento da flexibilidade dos programas.

Nessas circunstâncias, entende-se que a proposta do legislador da formação de adensamentos por conta de possível especulação imobiliária requer cuidado na sua implementação, exigindo maior reflexão quanto aos possíveis desdobramentos de soluções equivocadas. Além disso, há de se estudar historicamente o tecido urbano, detectando nele as mudanças de uso impostas por medidas macroeconômicas capazes de modificar radicalmente características de cidades que, aparentemente, já estariam historicamente consolidadas,

⁹¹Conhecido por programa de necessidades ou simplesmente programa, o programa arquitetônico é o espaço definido de acordo com o conjunto de atividades sociais e funcionais a serem desenvolvidos. Os programas modificam-se ao longo do tempo conforme as necessidades do homem.

visando uma tomada de decisão capaz de suprir as necessidades presentes e futuras, blindadas, naquilo que for possível, contra a volatilidade do capital especulativo que visa o lucro imediato e desconsidera os desdobramentos ínsitos à sua natureza.

5.4.2. Usucapião especial urbano

Os juristas brasileiros divergem quanto ao critério a ser seguido na interpretação do art. 183 da Constituição da República, do art. 1.240 do Código Civil⁹² e do art. 9º do Estatuto da Cidade⁹³, Lei nº 10.257, para determinar se uma área é urbana ou não, ou seja, se deve ser adotado o critério da destinação ou da localização da área em questão para fins de usucapião. No campo do direito civil, os juristas, de forma relativamente pacífica, optam pelo critério da destinação, independentemente da localização, seja em zona rural ou na cidade⁹⁴. SALLES (2005, p. 294, 295), porém, defende não haver dúvidas quanto a adoção do critério da localização pelo art. 183 da Constituição Federal, visto ser este inserido no Capítulo que trata da “Política Urbana”. Desta forma, entende que a área urbana a qual se refere o dispositivo constitucional, refere-se exclusivamente àquelas localizadas em zona urbana, não devendo ser estendido “o conteúdo do preceito ao imóvel urbano por destinação, localizado em zona rural”.

Discussões doutrinárias à parte, pensa-se ser relevante a tomada de consciência da situação real e verificar-se o estado da arte das ocupações destes sítios urbanos. Considerando que a maior parte das ocupações são realizadas em terras públicas e/ou em áreas consideradas *non aedificandi*, além da pouca probabilidade de que não haja pedido de reintegração de posse dentro do prazo hábil pelo proprietário particular, pensa-se que o instituto tão comemorado

⁹² Art. 1240. *Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1.º *O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

§ 2.º *O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

⁹³ Art. 9.º *Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1.º *O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

§ 2.º *O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

§ 3.º *Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da sucessão.*

⁹⁴ Neste sentido: Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.1964) – imóvel rural é “o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização (...)”, conforme o art. 4º, I. Lei nº 8.629, de 25.2.1993 (reforma agrária): imóvel rural, “o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja sua localização (...)” (art. 4º, I).

por parte da doutrina⁹⁵ torna-se ineficaz em termos pragmáticos. Não é plausível que estas medidas sejam colocadas em prática diante do quadro das ocupações irregulares que avançam de forma desenfreada, principalmente nas grandes cidades brasileiras, comprometendo a qualidade ambiental no tocante à obtenção, tratamento e distribuição da água, a captação, tratamento e destinação do esgoto, a drenagem urbana, além da destruição das belezas cênicas naturais de cidades como o Rio de Janeiro, comprometendo a qualidade de vida da população e a questão econômica oriunda do turismo, além de tantos outros fatores, inclusive os de segurança pública.

Mesmo que fosse juridicamente factível, percebe-se que o legislador, esqueceu-se das implicações decorrentes dos assentamentos irregulares que, em sua grande maioria, não obedece a um plano mínimo urbanização, inviabilizando o fornecimento de infra-estrutura pelo Estado, bem como o atendimento de emergência à população, a habitabilidade e condições sanitárias, optando pela simples regularização jurídica dos sítios, conferindo titularidade aos moradores.

⁹⁵ Ressalta-se o entendimento de FIORILLO (2002, p. 51): “Os arts. 9.º a 14 estabelecem de forma clara, com pormenores, a utilização de um dos mais importantes instrumentos (institutos jurídicos e políticos) de ordenação do meio ambiente artificial previstos no Estatuto da Cidade que é a ação de usucapião especial de imóvel urbano (art. 4.º, V, j). Prevista no art. 183 da CF visa assegurar o domínio de áreas urbanas por parte, fundamentalmente, das pessoas humanas que habitam os denominados ‘estabelecimentos irregulares’. Visa o instrumento transformar os chamados ‘bairros espontâneos’ em realidade jurídica que passa a integrar a cidade em face de sua natureza jurídica ambiental, tanto de forma imediata (art. 183 da Carta Magna) como mediata (art. 225 da CF).

6. REALIZAÇÃO DO DIREITO

Sumário: Introdução - 6.1. Interpretação constitucional - 6.2. Os atores institucionais - 6.3. Corte ambiental - 6.4. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 88 - DF (2004/0075681-6) - 6.4.1. Dados gerais - 6.4.2. Sinopse do caso - 6.4.3. Ementa do acórdão - 6.4.4. Posicionamento do Ministro Francisco Peçanha Martins - 6.4.5. Considerações - 6.4.6. Os atores institucionais - 6.4.7. Corte ambiental - 6.5. Agravo de instrumento - TJMG - 6.5.1. Dados gerais - 6.5.2. Sinopse do caso - 6.5.3. Ementa do acórdão - 6.5.4. Considerações - 6.5.5. Os atores institucionais - 6.5.6. Corte ambiental - 6.6. ACP - Justiça Federal - 6.6.1. Dados gerais - 6.6.2. Sinopse do caso - 6.6.3. Ementa - 6.6.4. Considerações - 6.6.5. Os atores institucionais - 6.6.6. Corte ambiental

Introdução

O Direito, sempre, necessitou de um impulso para adequar-se à realidade social. A lei, na sua vigência, está exposta às mudanças sociais, cabendo ao intérprete realizar a adequação, sugerindo, quando possível, através da jurisprudência, a modificação do dispositivo legal já ultrapassado, como forma de garantir a paz social. O Direito, portanto, realiza-se na sentença (CAMARGO, 1982, p. 1).

Decisões que suprem lacunas nas diversas legislações encontradas por todo o mundo não são incomuns. Nesses casos, agindo como verdadeiro legislador positivo, o judiciário procura estabelecer o fim de conflitos em tempo real aplicando princípios constitucionalmente adequados ao caso, restando claro que o balizamento constitucional não pode ser preterido, sob pena de rompimento com o Estado Democrático de Direito, algo impensável nos dias em que vivemos.

No tocante aos princípios, DERANI (2001, p. 48-50) defende a tese de que os princípios são normas que tratam de algo que deve ser realizado com a maior amplitude possível, respeitadas as relativas possibilidades estabelecidas pelo direito e pelos fatos. Afirmar que estas normas “são portanto mandados de otimização (*Optimierungsgebote*)⁹⁶ com característica de poderem ser preenchidos em diferentes graus”. No seu entendimento, esta medida depende dos fatos e das possibilidades do direito, devendo ser delimitada pelo conjunto de princípios e regras vigentes.

Sobre este assunto, HABERMAS (1997a, p. 322-323) defende a posição de que uma jurisprudência que se oriente por princípios não pode “arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento de valores”, devendo definir “qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito”. Entende, ainda, “que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível”, estas que admitem que as relações podem ser sujeitas a um

⁹⁶ DERANI informa ser esta expressão de Robert Alexy, encontrada na obra *Theorie der Grundrechte*, p.75.

deslocamento estabelecido pelas circunstâncias de cada caso, devendo ser “esse deslocamento” realizado sob a “reserva da coerência”, o que garante a preservação da integridade do sistema e do seu funcionamento de forma afinada. Para tanto, só pode haver uma solução correta para cada caso. Observa que quanto à validade jurídica do juízo, esta “tem sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos desejos sob circunstâncias dadas”. Assim, leciona: “Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide eo ipso com aquilo que é igualmente bom para todos”.

Uma jurisprudência, no seu entendimento, quando dirigida por princípios, não precisa, necessariamente, “ferir a estrutura de decisão organizada hierarquicamente”, esta que se destina “garantir preliminarmente” o “respectivo processo de decisão de argumentos legitimadores, através de resoluções de um nível de competência hierarquicamente superior”.

Nessas circunstâncias, considerando-se os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a *sociedade de risco*, o multiculturalismo e todos os fatores inerentes ao processo de construção da sociedade contemporânea, entende-se que a idealização, a construção e a manutenção das cidades devem, necessariamente, ser balizadas pela aplicação de princípios de dignidade da pessoa humana, dignidade humana e ambientais, seja na esfera administrativa ou judiciária. Pensa-se não ser possível a adoção plena do Direito positivo⁹⁷ no seu sentido meramente formal na solução dos conflitos, visto que este mostra-se incapaz de apresentar soluções adequadas à multiplicidade de problemas que se apresentam nesta sociedade complexa, mas considera-se imprescindível o comprometimento das decisões com o sistema constitucional vigente.

Com o intuito de perceber o estado da arte da utilização dos princípios ambientais nas decisões do Poder Judiciário brasileiro, optou-se por analisar três casos em diferentes níveis de decisão que, entende-se, são capazes de refletir uma pequena mudança de paradigmas que começa se instalar nos tribunais, situações em que percebe-se a nítida necessidade de rompimento com o paradigma positivista formalista que rege a maioria das decisões

⁹⁷ CAMPBELL (2002, 304) leciona: “*Para muchos teóricos del Derecho contemporáneos, el positivismo jurídico es poco más que un telón de fondo que sirve para resaltar la superioridad de sus propias caracterizaciones del Derecho, más sofisticadas y esclarecedoras. El positivismo, se pretende, describe mal el Derecho como un conjunto de reglas discretas que son identificadas, comprendidas y aplicadas mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del Derecho, cuyo trabajo está al margen de los desacuerdos morales y políticos de la vida diaria. Más específicamente, se dice que el positivismo jurídico no ha conseguido aceptar el giro interpretativo en la filosofía del Derecho que ha traído a la luz el papel crucial de los jueces y la cultura jurídica en la adscripción de sentido y significado a reglas que, por sí mismas, son compatibles con un número infinito de diferentes interpretaciones. La defunción del ‘significado literal’ va de la mano con la muerte anunciada del positivismo*”.

proferidas pelo Poder Judiciário, mostrando, desta forma, a urgência da adoção de um “pensamento crítico”⁹⁸ capaz de dar respostas satisfatórias aos questionamentos da sociedade contemporânea, que é complexa e de risco.

Para efetivar-se as análises, optou-se, *mutatis mutandis*, por ter como base o modelo para compreensão do processo jurisprudencial desenvolvido pelo Laboratório de Análise Jurisprudencial – LAJ – da Universidade Gama Filho, consubstanciado na obra “**Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial” lançada recentemente, que tem como escopo a criação de uma metodologia para a análise das decisões do Poder Judiciário pátrio. Para tanto, adotou-se o método de pesquisa indutivo e dedutivo, conjugação esta própria do sistema alemão, adotada pelo LAJ⁹⁹. A adoção do método indutivo justifica-se pois trata-se de estudo de casos de 1ª e 2ª instâncias, além de julgado do Tribunal de superposição – STJ, levando a conclusões gerais. Por outro lado, a dedução fortalece-se pela análise de base teórica realizada a partir dos Cortes estabelecidos na condução das análises¹⁰⁰.

Nessas circunstâncias, selecionou-se o do caso do “Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 88 – DF (2004/0075681-6)” proposto no Superior Tribunal de Justiça; o agravo de instrumento interposto pelo município de Luz no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais [processo nº 1.0388.04.004682-2/001(1)] contra decisão proferida pelo juízo da vara única da Comarca de Luz nos autos de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público daquele estado; e, finalmente, a decisão em 1º grau proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal de Niterói – Seção Judiciária do Rio de Janeiro - em ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face da União, do município de Niterói e da Fundação da Superintendência Estadual de Rios e Lagos – SERLA (processo nº 2004.51.02.001916-9).

Ao escolher-se essas decisões optou-se por situações em que as questões levantadas durante a elaboração da tese fossem o cerne das discussões ou servissem como apoio a estas, estabelecendo-se, desta forma, um rompimento de paradigmas por meio da abordagem

⁹⁸ Neste sentido pensa-se ser relevante o entendimento de WOLKEMER (2006b, p. XV-XVI) que considera as expressões “teoria jurídica crítica”, “crítica jurídica” ou “pensamento crítico” no Direito, as quais devem “ser entendidas como profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica”. Afirma, ainda, “que o ‘pensamento crítico’ nada mais é do que a formulação ‘teórico-prática’ de se buscar, pedagogicamente, outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade presente”.

⁹⁹ DUARTE (2006, p. 18-19).

¹⁰⁰ DUARTE (2006, p. 13).

interdisciplinar¹⁰¹ ou, até mesmo, pela ótica transdisciplinar. A flexibilização da dogmática jurídica¹⁰² por meio da aplicação dos princípios ambientais nas decisões, traz em seu bojo a interdisciplinaridade inerente aos processos decisórios envolvendo questões ambientais. Desta forma, percebe-se um avanço por parte da doutrina e da jurisprudência, esta que começa a romper o paradigma simplista lógico-dedutivo da subsunção do caso concreto à lei, em que a solução está pré-definida pelo legislador.

Assim, no caso do STJ, refletiu-se sobre a ponderação de valores feita pelo Tribunal ao adotar um posicionamento de proteção à economia pública em detrimento à problemática ambiental, além do apego ao formalismo e à interpretação textual da lei, fato este que desconsidera ser o Direito um fenômeno vivo. Nessas circunstâncias, questiona-se: o Tribunal mostrou-se aberto às novas questões, ou há a sedimentação de pré-conceitos?

Na decisão proferida pelo TJMG, observou-se os papéis dos “atores institucionais” na defesa do direito humano fundamental de acesso à água potável, bem como a discussão de fundo quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em assuntos que, em tese, são de atribuição do Poder Executivo. Questiona-se: houve um rompimento da dogmática diante de situações inerentes à sociedade de risco?

Por fim, no caso decidido em 1ª instância pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, pergunta-se: o interesse do particular foi barrado em prol do interesse público? Há efetivamente uma mudança de paradigmas em andamento, ou as questões ambientais são insuficientes para provocar uma flexibilização da dogmática jurídica?

6.1. Interpretação constitucional

Neste ponto lembre-se as mudanças sofridas nas últimas décadas na categoria “interpretação constitucional”. Ressaltou-se as considerações de CANOTILHO (2003, p. 92-100) no que concerne ao entendimento de que hoje só se é possível entender o Estado como **Estado constitucional**, este um “*Estado com qualidades*”¹⁰³, ou seja, submetido ao direito, regido por leis e sem confusão de poderes. Porém, para que o Estado tenha qualidades

¹⁰¹ WOLKMER (2006, p. 58) destaca a importância da pesquisa interdisciplinar aplicada ao fenômeno jurídico, preocupação central do grupo constituído por juristas como François OST, Jacques LENOBLE, Michel van de KERCHOVE e François RIGAUX, participantes do *Séminaire Interdisciplinaire d’Études Juridiques – SIEJ*, ocasião em que foi elaborado o artigo de OST denominado *Questions Méthodologiques à Propos de la Recherche Interdisciplinaire en Droit*, 1978.

¹⁰² Conforme DUARTE (2006, p. 25), entende-se por dogmática “o estudo da evolução dos institutos jurídicos, desde sua origem, bem como as transformações sofridas em decorrência do trabalho dos tribunais: a jurisprudência”.

¹⁰³ Neste ponto o constitucionalista português faz referência à obra de D. ALLAND, *L’État sans qualités*.

identificadas pelo constitucionalismo contemporâneo¹⁰⁴, “deve ser um **Estado de direito democrático**” e, para tanto, duas qualidades devem estar presentes: deve ser um Estado de direito e um Estado democrático, *i.e.*, uma situação em que a ordem de domínio tenha legitimação popular, onde “o poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’¹⁰⁵”. Para que haja a concretização do “Estado constitucional de direito”, exige-se que se procure o “pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os *códigos de observação* próprios de ordenamentos jurídicos concretos”, existindo vários modos de ‘domesticação do domínio público’ pelo direito¹⁰⁶, havendo carência nesses modelos da “*legitimação democrática do poder*”.

Neste sentido, o constitucionalista aponta a ocorrência controvérsias na simbiose de Estado de direito e Estado democrático no Estado Constitucional, concebendo-se naquele a liberdade com “*liberdade negativa*”, *i.e.*, “uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciamento’ perante o Estado”. Trata-se de “*liberdade liberal* que ‘curva’ o poder”. No que concerne ao Estado democrático, é inerente a esta categoria a “*liberdade positiva*”, ou seja, a liberdade ínsita ao exercício democrático do poder. Nessas circunstâncias conclui que “O **Estado constitucional** é ‘mais’ que o Estado de direito”, afirmando que o elemento democrático foi “introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*) e para legitimar este “mesmo poder (*to legitimize State power*)”.

Para que se possa ter um “direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade” (BONAVIDES, 2005, p. 438), deve-se ter em conta a importância da sua interpretação, esta que estabelece o vínculo do abstrato ao concreto. Esta interpretação, conforme entendimento de Friedrich Karl von SAVIGNY, *apud* BONAVIDES (2005, p. 437) “é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado e obscuro”, tratando-se, no entendimento do constitucionalista, de uma “operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”. Entende, ainda, que a interpretação tem por finalidade “estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito”, questionando a lei, mas não o direito, sendo seu objeto, de forma genérica, “a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes”, sendo certo que não existe “norma jurídica que dispense interpretação”, tendo a “moderna interpretação da Constituição” derivado “de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-

¹⁰⁴ O autor usa o termo “constitucionalismo moderno”.

¹⁰⁵ O constitucionalista faz referência a W. BÖCKENFÖRDE em *Demokratie als Verfassungsprinzip*.

¹⁰⁶ CANOTILHO entende que há de se ter cuidado na identificação de conceitos como *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *État legal*, apesar de todos eles “procurarem alicerçar a *juridicidade estatal*” (2003, p.93).

formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal” (2005, p. 476). Esta interpretação tem como objetivo adequar o Direito à Sociedade; o Estado com a legitimidade que lhe fundamenta, e da ordem governativa com o meio social, segundo seus valores necessidades e exigências.

BONAVIDES entende que a interpretação está voltada à vontade do intérprete ou do juiz, e não para aquela do legislador ou da lei, rompendo com o paradigma do Estado de Direito clássico, convertendo-se, desta forma, em “Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social”, devido à ocorrência do “holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição” (2005, p. 477).

Ao tratar dos modos de trabalho do Direito Constitucional, MÜLLER (2005, p.2-4) entende que a “metódica” por ele utilizada, esta que abrange em seu conceito a “hermenêutica”¹⁰⁷, “interpretação”¹⁰⁸, “métodos de interpretação” e “metodologia”¹⁰⁹, quando aplicada ao Direito Constitucional, refere-se à concretização da Constituição pelo governo, pela Administração Pública e legislação na mesma medida da concretização que se opera pela jurisprudência e pela ciência do Direito, excluindo a didática do Direito, esta que fica fora do âmbito da análise “enquanto campo *sui generis*”. Afirma, ainda, que “uma metódica do direito constitucional diz portanto respeito a toda a ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais”.

No tocante aos elementos interpretativos apontados por SAVIGNY, MÜLLER entende que estes devem ser preservados, indicando algumas considerações a serem observadas. Assim, devem ser:

- a) especialmente fundamentados para a metódica do Direito Público e do Direito Constitucional;
- b) examinados mais precisamente em termos hermenêuticos e metódicos, sobretudo com vistas aos seus nexos com a estrutura de normas jurídicas e com a não-identidade de norma e texto da norma;
- c) complementados pelos elementos adicionais exigidos pela concretização de normas do direito constitucional e
- d) colocados em uma relação praticamente operacionalizável bem como em parte normativamente garantida e nessa medida vinculante de atuação ou hierarquia.

¹⁰⁷ O autor refere-se à “hermenêutica” como as “condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito”. Entende que “hermenêutica” refere-se à teoria da estrutura da normatividade jurídica dos *pressupostos* epistemológicos e de teoria do direito da metodologia jurídica”.

¹⁰⁸ MÜLLER defende que “interpretação” refere-se “às possibilidades do tratamento jurídico-filológico do texto”, ou seja, “da interpretação de textos de normas”. Afirma ser uma norma jurídica mais do que o seu texto de norma e, sua concretização prática, mais que a interpretação do texto.

¹⁰⁹ A metodologia significa, para MÜLLER, “no sentido tradicional a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas”. Exemplifica com “a interpretação gramatical sistemática, o procedimento analógico e regras similares”.

6.2. Os atores institucionais

No processo de conhecimento há muitas fases sucessivas. Há uma fase de simplificação, quando muitas coisas diferentes são reunidas numa mesma coisa; posteriormente há um desmembramento em muitas coisas e, depois, vem uma nova fase de simplificação, de síntese, e assim por diante. Parece que não se pode esperar um processo único, de a coisa ir se simplificando cada vez mais. Quando se pensa que se chegou ao fim da simplificação, aí estoura um mundo novo de que não se suspeitava antes.

SCHENBERG (2001, p. 178)

O Estudo de Impactos Ambientais – EIA é um instrumento do planejamento ambiental este que deve ser realizado nos níveis macro, meso e micro, nos quais os problemas são apresentados de formas diferentes (CENDRERO, *apud* RIBEIRO, 2004, p. 759-761). Este planejamento conforme o autor pode ser entendido como

uma atividade intelectual pela qual se analisam os fatores físico-naturais, econômicos, sociais e políticos de uma zona (um país, uma região, uma província, um município etc.) e se estabelecem as formas de uso que consideram adequadas para ela, definindo sua amplitude e localização e fazendo recomendações sobre as normas que devem regulamentar o uso do território e de seus recursos na área considerada.

Diferentes atividades são desenvolvidas durante a realização do planejamento ambiental. CENDRERO indica que no nível macro devem ser desenvolvidas:

- . Análise e diagnóstico do sistema socioeconômico, inclusive das necessidades e desejos da população, tanto no que diz respeito aos objetivos do desenvolvimento quanto nas atitudes tomadas diante de problemas ambientais;
- . Diagnóstico dos principais problemas de desenvolvimento e de meio ambiente existentes;
- . Realização de inventário de recursos naturais, financeiros e humanos existentes em nível geral;
- . Avaliação comparativa das diferentes políticas de desenvolvimento e de seus impactos ambientais;
- . Definição de objetivos e prioridades de desenvolvimento, abrangendo, com igual importância, os objetivos ambientais, econômicos e sociais

Para o nível meso, os procedimentos seguintes devem ocorrer:

- . Definição e caracterização das atividades e serem promovidas;
- . Descrição e representação, em mapas, das características do território considerado e do inventário de seus recursos;
- . Avaliação da capacidade, impacto e aptidão do território, em cada um de seus pontos, para as diferentes atividades. Para isso é preciso desenhar e aplicar métodos que permitam a integração de parâmetros muito heterogêneos e dificilmente agregáveis;

- . Geração de propostas alternativas de uso do território;
- . Avaliação comparativa das diferentes alternativas.

No nível micro, as atividades a serem desenvolvidas são:

- . Seleção de localizações específicas para os empreendimentos;
- . Desenho de projetos concretos, com especificações técnicas detalhadas;
- . Avaliação comparativa dos diferentes projetos, incluindo a avaliação de impactos ambientais;
- . Determinação das medidas preventivas e corretivas a serem aplicadas para reduzir ou minimizar os impactos que serão gerados;
- . Determinação dos sistemas de monitoramento e de controle, além da avaliação continuada de parâmetros fundamentais que possam servir de indicadores de impactos e que facilitem o controle e a gestão das atividades.

Na concepção de RIBEIRO, a avaliação de impacto ambiental é um instrumento de planejamento ambiental, principalmente no nível micro, entendendo ser recorrente neste nível a aplicação dos estudos de impacto ambiental, destacando, porém, não haver unanimidade neste pensamento, uma vez que alguns autores defendem a utilização da avaliação de impacto ambiental para outros níveis, além da exigência do procedimento em certos projetos e empreendimentos específicos. Para a determinação dos impactos ambientais, várias metodologias vêm sendo desenvolvidas desde o início dos anos 1970, sendo certo que o mais usual é a montagem da própria metodologia de avaliação por cada equipe elaboradora de EIA. Neste cenário, destacam-se as seguintes metodologias (2004, p. 773-774):

- . Método *ad-hoc* – consiste em declarações feitas por especialistas sobre o tipo e a intensidade do impacto;
- . Listas de controle – constituem uma variação do método *ad hoc*, mas que garantem que uma lista de parâmetros predefinidos seja examinada durante a avaliação;
- . Matrizes – são quadros bidimensionais que facilitam a determinação dos impactos decorrentes da interação entre atividades do projeto e os elementos específicos do meio ambiente;
- . Matriz de Leopold – foi colocada em prática em 1971 pelo *US Geological Survey*, representando uma abordagem pioneira nas avaliações de impacto. Ela apresenta cem atividades num dos eixos da matriz e 88 características e condições do meio biofísico e socioeconômico. Permite integrar dados qualitativos e quantitativos. Para cada interseção marcada, estabelece-se uma estimativa da magnitude do impacto, numa escala de 0 a 10;
- . Redes de interação – são aplicações das matrizes que permitem indicar impactos diretos (de primeira ordem) e indiretos (decorrentes daqueles de primeira ordem). A complexidade dos efeitos é mais bem percebida visualmente;
- . Sobreposição de cartas – constitui na elaboração de diferentes cartas temáticas sobre os fatores ambientais e sobre os diferentes impactos ambientais para depois sobrepô-las, obtendo uma caracterização composta e complexa do ambiente regional. O Sistema de Informações Geográficas (SIG) baseia-se na mesma metodologia, mas o termo se refere a um sistema informatizado de armazenagem de dados que podem ser recuperados e apresentados de forma especializada, gerando cartas de integração;

. Sistema Battelle – é uma lista de controle sofisticada com 4 categorias: ecologia, físico-química, estética, interesse humano e social. Cada categoria é subdividida em vários elementos ambientais com um índice de qualidade que varia de 0 a 10.

RÉVERÊT *apud* RIBEIRO (2004, p. 777) afirma que o conceito de importância dos impactos está na determinação da sua importância relativa, baseando-se, para tanto, em determinada ordem de prioridades, cujos principais critérios são assim estabelecidos:

- . Comparação entre leis e regulamentos existentes;
- . Presença de territórios e bens protegidos por legislação (como parques, reservas, sítios arqueológicos, bens tombados etc.);
- . Grau de preocupação da população;
- . Incompatibilidade com as políticas e projetos governamentais para a área;
- . Provas e julgamentos científicos e profissionais;
- . Consulta às pessoas e órgãos envolvidos;
- . Perturbação dos sistemas e processos ecológicos;
- . Grau de impacto negativo sobre os valores sociais;
- . Grau de impacto negativo ou positivo sobre as condições de saúde das populações expostas;
- . Definição de riscos aceitáveis ou não à saúde

Considerando a complexidade de estudos que envolvem a elaboração do EIA e do conseqüente Rima proposta pelos pesquisadores, entende-se que a Administração Pública parece não ter atentado, ainda, em sua maioria, para a necessidade dos cuidados a serem tomados por ocasião de determinadas intervenções antrópicas no meio. As alegações sobre a aplicação da cláusula da “reserva do possível”, da violação do princípio da divisão dos poderes, da lesão à economia pública quando da determinação da paralisação de determinado empreendimento etc., demonstram resistência aos novos paradigmas que se impõem por conta da desinformação e solapamento institucional do Estado, este que, muitas vezes, dobra-se diante do poder econômico que insiste em socializar as despesas e privatizar os lucros, num círculo aparentemente incapaz de ser rompido.

Ressalta-se, ainda, a necessidade de revisão do papel das agências reguladoras, estas que não cumprem o papel que lhes é destinado pela sociedade por meio do Poder Legislativo, dado ao esvaziamento imposto pela falta de recursos, sejam estes de caráter humano e/ou material, ou pelos aspectos de independência administrativa, inerente ao processo de consolidação da sua importância no cenário de gestão da coisa pública. Como visto, tratar das questões ambientais requer procedimentos que extrapolam políticas de governo, necessitando de políticas públicas fortemente sedimentadas e atreladas às necessidades de uma sociedade complexa e de risco.

Nessas circunstâncias, há de se considerar o papel do Ministério Público, este que recebeu da Carta de 1988 atribuições da maior importância para a sociedade brasileira¹¹⁰, cabendo-lhe funções institucionais¹¹¹ relevantes para a proteção da sociedade, do ambiente e da coisa pública. Este papel a ser representado pela Instituição, requer, entende-se, uma formação capaz de ler a complexidade desta sociedade a qual se dirige, cabendo aos órgãos institucionais um papel que não se confunde com qualquer ato heróico, mas que tenha forte empenho com a condução de suas ações baseadas em propósitos sócio-ambientais relevantes, assim como questões econômicas inerentes à complexidade da sociedade contemporânea.

Assim, pensa-se que a Instituição deve desatrelar-se dos dogmas positivistas lógico-formalistas, devendo manter-se apta às tomadas de decisão que estejam em consonância com as imposições dessa sociedade que é complexa e de risco. Entende-se que as ações institucionais devem ser fundamentadas em argumentações fortes e críticas, tecnicamente bem elaboradas, capazes de um convencimento que afaste argumentações pífias fundamentadas em dogmas que já não interessam às questões de Direito, este que cobra atuações adequadas à relevância dos fatos que se apresentam.

As ações aqui defendidas são baseadas no trabalho coletivo interdisciplinar advogado por Max HORKHEIMER quando da publicação do texto “Teoria Tradicional e Teoria Crítica” em 1937, na *Zeitschrift für Sozialforschung* [Revista de Pesquisa Social]. Há de se destacar que a Teoria Crítica defende a produção de diagnóstico do tempo presente com base em tendências estruturais do modelo de organização social em vigor, assim como em situações históricas concretas, onde são apresentadas as oportunidades e emancipação e, igualmente, os obstáculos reais a ela, havendo um permanente revisionismo. Nessas circunstâncias, consegue-se não só um diagnóstico contemporâneo que permite a produção de prognósticos sobre a direção do desenvolvimento histórico a ser seguida, estes que indicam a natureza dos obstáculos que devem ser superados e seu provável desenvolvimento no tempo, mas as ações capazes de suplantá-los (NOBRE, 2004).

O Poder Judiciário, por seu turno, pode e deve intervir em questões de relevância social, rompendo paradigmas cunhados em tempos nos quais a divisão de competências buscava o afastamento do exercício despótico do poder. Em tempos de reflexão e comunicação, há de ser considerada a “orientação para a emancipação”, esta que, nos dias

¹¹⁰ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹¹¹ Art. 129, III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

atuais, exige pensar os diversos elementos dos movimentos sociais para que se possa traçar uma tendência, um vetor (NOBRE, 2006), requerendo um “comportamento crítico” no tocante ao conhecimento produzido sob as condições desta sociedade complexa e de risco, não cabendo no contexto do Estado Democrático de Direito o desrespeito á dignidade da pessoa humana nem aos seus direitos fundamentais, estes que vêm sendo alargados e permanentemente ligados às questões ambientais, assim como à dignidade humana na sua dimensão transindividual (SARLET, 2006, p. 52). Nessas circunstâncias, percebe-se com bastante esperança a desvinculação do Direito positivo formalista, havendo a preocupação em dar à sociedade respostas eficazes na defesa dos bens públicos e, conseqüentemente, da qualidade de vida dos cidadãos presentes e futuros, procurando-se cumprir o princípio do desenvolvimento sustentável positivado na Carta de 1988.

6.3. Corte ambiental

O cenário de complexidade e risco apresentado pela sociedade contemporânea exige um comportamento diferente dos atores institucionais, estes que devem operacionalizar princípios ambientais ínsitos às regras ambientais, entendendo-os como normas a serem aplicadas na solução de conflitos e na garantia da manutenção da unidade do ordenamento jurídico como “uma qualidade da abordagem analítica e da sua referência” (MÜLLER, 2005, p. 165), sob critérios adotados pela Teoria Crítica, alargando a aplicação dos conceitos que balizam aqueles princípios, mas sem deixar de compreender e preservar a unidade proposta pelo texto constitucional.

Nessas circunstâncias, entende-se que o “corte” proposto deve ser concebido em circunstâncias tais que não firam a proposta do Estado Democrático de Direito, tomando-se em conta a urgência do respeito à dignidade humana e, conseqüentemente, a preservação ambiental como fonte da manutenção deste paradigma. Assim, pensa-se que conceitos liberais devem ser revistos, havendo a necessidade de, aplicando-se os princípios aqui defendidos, considerar-se as reais necessidades humanas, refletindo-se sobre que tipo de sociedade se quer desenvolver e, acima de tudo, qual legado se quer deixar para as futuras gerações.

O paradigma desenvolvimentista deve ser repensado. Não é possível deixar de crescer, mas deve-se pensar “como” crescer. As decisões tomadas em todas as esferas dos Poderes da República não podem seguir o “atalho da pressão ambiental” sob alegação de falta de verbas para investimentos, meio de atrasar o crescimento etc. Há de se ter responsabilidade nas tomadas de decisão, considerando, sempre, a situação de risco e complexidade da sociedade.

O “corte explicativo no campo ambiental” tem por objetivo balizar uma reflexão sobre o posicionamento do Poder Judiciário nas decisões aqui estudadas, principalmente na aplicação dos princípios basilares dos paradigmas ambientais.

6.4. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 88 – DF (2004/0075681-6)

6.4.1. Dados gerais

Processo: AgRg (Agravo Regimental) na Suspensão de Tutela Antecipada nº88 – DF (2004/0075681-6)

Ministro Relator – Edson Vidigal

Decisão da Corte Especial – por unanimidade

Resultado do julgamento – negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Ministro Relator.

Data do julgamento – 01/9/2004

Data da publicação – 09/02/2005

Agravante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Agravado: Distrito Federal

Requerido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

6.4.2. Sinopse do caso

Originalmente o Ministério Público propôs Ação Civil Pública contra o Distrito Federal e a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP, pedindo para que fossem paralisadas as obras de duplicação da L4 Norte e implantação da via de ligação da Estrada Parque Dom Bosco e Estrada Parque Contorno, com a complementação do sistema viário de acesso à Ponte JK do Lago Sul, entendendo que a realização desrespeitaria o processo de licenciamento ambiental, visto que estaria carregado de irregularidades. A antecipação de tutela foi deferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, sendo posteriormente revogada a pedido deste, uma vez que já estava prevista a via de acesso no estudo ambiental da 3ª Ponte e, ainda, os estudos complementares, ou seja, Relatório de Controle Ambiental e Plano de Recuperação de Área Degradada, foram efetuados posteriormente, tendo a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do

Distrito Federal - SEMARH e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA concordado com a construção da via.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Agravo, ao qual o Tribunal atribuiu efeito suspensivo, restabelecendo a tutela inicial e determinando a paralisação das obras, por entender não existir estudo de impacto ambiental e análise técnica pelo órgão de trânsito competente (DETRAN). O pedido de suspensão por parte do Distrito Federal surgiu baseado no argumento de que o Poder Público ficou impossibilitado de dar continuidade às obras de acesso viário à 3ª Ponte, estas que são imprescindíveis ao atendimento da população dos vários condomínios implantados na região, afirmando que as obras, conforme a legislação ambiental, não exigiriam o Estudo de Impactos Ambientais – EIA¹¹² e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental - Rima¹¹³ específico, e que a SEMARH “forte na Resolução nº 237 (art. 1º, III)¹¹⁴ e na Lei Distrital nº 1.869/98 (art. 2º), exigiu apenas o RCA – Relatório de Controle Ambiental e o PRAD - Plano de Recuperação de Área Degradada, ambos atendidos”. Alegou, ainda, que a avaliação ambiental de toda malha viária já tinha sido realizada por ocasião da elaboração do EIA-Rima da Ponte JK. Nessas circunstâncias, argumentou sobre a elevada importância sócio-econômica das obras em discussão, apontando para um possível assoreamento do Lago Paranoá devido à erosão da terraplanagem já

¹¹² Instituído pela Resolução nº 001/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, trata-se de relatório técnico elaborado por equipe multidisciplinar independente do empreendedor, que deve ter habilitação técnica e profissional para analisar os aspectos físico, biológico e socioeconômico do ambiente, que deve atender as normas e objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981).

¹¹³ Trata-se de relatório-resumo dos estudos do EIA, em linguagem objetiva e acessível para não técnicos, instituído pela resolução Conama n]001/86.

¹¹⁴ A resolução Conama nº 237, de 19 de janeiro de 1997, estabelece:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

IV – Impacto Ambiental Regional: é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.

executada, sendo certo que 93% da pavimentação do local já estava pronta, restando a conclusão dos meios-fios, calçadas e colocação de proteção do tipo *New Jersey*¹¹⁵.

O Distrito Federal deu continuidade às suas considerações, argumentando sobre o risco de lesão à saúde pública devido à presença de material particulado no asfalto e no ar, o quê possivelmente agravaria patologias como bronquite, rinite alérgica, sinusite entre outras, ressaltando, ao final, a lesão à economia pública caso as obras não fossem retomadas, possibilitando o gasto de mais recursos, além dos vinte e um milhões de Reais já destinados á obra, visto que haveria a deterioração dos materiais de construção civil já empregados. O pedido de suspensão dos efeitos do Acórdão até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública foi decidido, *verbis*:

Assim, presentes os pressupostos autorizadores da concessão da extraordinária medida, defiro o pedido para suspender a eficácia da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2004.00.2.002305-8, em curso no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, até o julgamento final da Ação Civil Pública nº 27.386-5/2004.

Reclamando ter sido ofendido o princípio do contraditório, o Ministério Público reagiu por meio de Agravo Interno, argumentando que o panorama fático aceito foi aquele apresentado por apenas um dos interessados, afirmando que o laudo de vistoria apresentado pelos peritos da Instituição discordava da situação apresentada pelo Distrito Federal, sendo certo existirem alternativas técnicas que solucionariam os problemas de atendimento à população, mantendo-se a preservação do Parque do Rasgado. Dessa forma, o Órgão Ministerial afirmou que no caso em discussão,

existindo documentos que comprovam a ausência do estudo de impacto ambiental para a consecução da obra, além de estar demonstrado a existência de várias irregularidades no processo de licenciamento ambiental para a construção da malha viária que pode vir a ocasionar uma série de danos irreparáveis ao local, urge invocar o princípio da precaução, o qual recomenda a paralisação imediata das obras para que a situação possa ser rigorosamente observada enquanto perdurar o processamento da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

A decisão não foi reconsiderada, sendo submetida ao colegiado. Este, interpretando o texto legal (art. 4º, § 2º Lei nº 8.437/92), o qual determina que “o Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas”, entendeu ser faculdade do Presidente do Tribunal determinar a prévia oitiva da parte interessada. O Relator, Ministro Edson Vidigal, após tecer considerações sobre questões de ordem, saúde, segurança e

¹¹⁵ Tipo de barreira de segurança construída de concreto armado.

economia públicas, atacou o entendimento Ministerial sobre a aplicação do **princípio da precaução**, alegando que sua aplicação, ao contrário do alegado, beneficiaria o Distrito Federal, transcrevendo trecho do voto vencido proferido pelo Desembargador Federal Cruz Macedo, no Agravo de Instrumento que deu origem ao pedido de suspensão:

No caso, insisto, não julgo razoável a paralisação da obra, pedindo vênias à eminente Relatora e ao eminente Vogal, porque penso que não se trata de aplicação do princípio da precaução.

A obra foi licenciada no ano passado. O próprio Ministério Público, em outubro, fez uma sugestão, como destacou a eminente Relatora, para sua paralisação, a qual não foi atendida. Contudo, nenhuma providência foi adotada naquela ocasião visando à interrupção dessa construção. A licença ambiental é de 11 de setembro de 2003, mas somente em março é que se promoveu a ação civil pública.

O Ministério Público – que deve ser louvado pelo trabalho que tem feito na defesa do meio ambiente – é um dos órgãos mais especializados em matéria de Direito Ambiental. Sendo assim, tem conhecimento dessa matéria e poderia, há tempos, ter promovido a demanda no sentido de, inicialmente, evitar o andamento da obra, que está praticamente concluída. Inclusive, se se verificou danos ao meio ambiente, o que precisa ser apurado na ação principal, o fato já ocorreu em virtude da abertura da via.

Por isso, não considero, no estágio atual da obra, que a sua suspensão seja viável, rogando todas as vênias à eminente Relatora, pelo brilhante voto trazido à Turma.

Entendendo temerária a alegação do Ministério Público no sentido de que existiriam alternativas técnicas que solucionariam os problemas apontados, o Ministro Relator considerou tal razão “genérica e não comprovada”, sendo “que a tutela antecipada concedida tem efetivo potencial negativo à ordem, economia, segurança e saúde públicas, resvalando, seus reflexos, diretamente sobre o interesse público atinente à conclusão das obras referidas”, negando, assim, provimento ao Agravo Regimental.

Mantendo a decisão do Ministro Presidente, o Ministro Francisco Peçanha Martins proferiu voto que transcreve-se parcialmente:

Fico muito tranquilo por ter nosso Presidente sobrevoado a área para constatar, pelo menos **in loco**, que essa agressão não se fará tão intensa. Não sou daqueles que são radicais na preservação do meio ambiente. Penso que o meio ambiente deve servir ao homem e, no caso, há previsão – com base em estudos feitos – de que essa via de acesso tenha existência de modo a servir a toda a população, por isso não vejo como impedir sua construção.

6.4.3. Ementa do acórdão

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMA VIÁRIO. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL.

1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na norma específica, sem apego às questões de fundo, cujo deslinde compete, privativamente, às instâncias ordinárias.
2. A análise da pretensão prescinde de prévia oitiva da parte contrária, a teor da Lei 8.437/92, art. 4º, § 2º, configurando, a realização de tal ato, mera faculdade do Presidente do Tribunal, se necessária à plena formação de seu convencimento.
3. A simples alegação de que a matéria fática delineada pelo ente de direito público não corresponde à realidade não enseja o reexame da causa em Agravo Regimental, uma vez que não cabe, nesta via da suspensão, examinar matéria afeta ao mérito da espécie, passível de deslinde, apenas, no âmbito de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.
4. A aplicação do princípio da precaução que beneficia, exatamente, a parte requerente, quando considerado não apenas o atual e avançado estado da obra pública em debate, como também os gastos potenciais inerentes à preservação do que lá já investido.
5. Agravo Regimental não provido.

6.4.4. Posicionamento do Ministro Francisco Peçanha Martins

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, recebi a visita das Procuradoras do Distrito Federal, empenhadas na defesa do ecossistema, que me chamaram a atenção para o fato de que o prolongamento da estrada servirá para especulação.

Fico muito tranqüilo por ter o nosso Presidente sobrevoado a área para constatar, pelo menos **in loco**, que essa agressão não se fará tão intensa. Não sou daqueles que são radicais na preservação do meio ambiente. Penso que o meio ambiente deve servir ao homem e, no caso, há previsão – com base em estudos feitos – de que essas via de acesso tenha existência de modo a servir a toda a população, por isso não vejo como impedir sua construção.

Nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão do Sr. Ministro Presidente (grifamos).

6.4.5 Considerações

Conforme exposto anteriormente, entende-se que, neste ponto, vale lembrar a definição de meio ambiente elaborada por COIMBRA (2002, p. 32):

Meio ambiente é o conjunto dos elementos físicos, químicos e biológicos e de suas múltiplas relações, ordenados para a perpetuação da vida e organizados em ecossistemas naturais e sociais, constituindo uma realidade complexa e marcada pela ação da espécie humana.

Pensa-se que o conceito¹¹⁶ elaborado pelo autor remete à reflexão sobre a necessidade de considerar-se com mais cuidado as intervenções humanas no ambiente, restando a aplicação, no caso, do princípio da precaução, entre outros, o qual estabelece a necessidade de não se agir diante de incertezas científicas. Entende-se, ainda, que este princípio pode ser alargado no seu entendimento, dada a complexidade da sociedade humana e da sociedade de risco contemporânea. Celso LAFER, *apud* SERRA (2005, p. 11), afirma que “a sociedade global é uma sociedade de risco, seja ecológico, nuclear ou financeiro. A gestão dos riscos, portanto, passa a ser uma responsabilidade dos governos”. A autora estende tal responsabilidade à sociedade civil, bem como às ONGs, pensamento este ao qual adere-se.

Considera-se relevante refletir-se sobre a ampliação da esfera pública midiática devido a reorientação ocorrida na comunicação, fato este que tornou a televisão e a internet veículos com maior importância que a imprensa e o jornalismo escrito, condensando as redes de comunicação (HABERMAS, 2006, p. 4-5). Esta vascularização permitiu uma discussão que alterou a sociedade, exigindo um reposicionamento das instituições comprometidas com as políticas públicas constitucionalmente estabelecidas. Desta forma, pensa-se que a ampliação da aplicação dos princípios ambientais na solução de litígios requer maior aprofundamento da discussão, devendo ser ampliada a idéia de interdisciplinaridade, dado a complexidade do tema. Não é possível, entende-se, que as decisões sejam limitadas a discussões processuais rasas e a mera interpretação do texto legal sem fundamentos hermenêuticos, sequer a sobrevôos de áreas para que seja decidido o futuro dos biomas que garantem o desenvolvimento sustentável defendido pela Carta Constitucional. Essa nova esfera pública exige soluções que extrapolem o discurso da defesa do patrimônio público do país pobre e miserável, notadamente diante da rede que liquida a capacidade de investimento estatal por meios espúrios.

Um novo foco de luz deve ser lançado sobre a leitura que se faz das cidades, visto que as cidades dos países em desenvolvimento possuem processos de crescimento próprios, situações em que há o predomínio de habitações ilegais que têm como consequência condições de vida precárias e forte pressão ambiental, além do aumento da demanda dos serviços de educação, saúde, transporte, e toda infra-estrutura necessária ao seu funcionamento. Há de se considerar, ainda, a expansão dos subúrbios e das cidades-dormitórios, fomentados por investidores que se apropriam dos investimentos públicos de forma indireta, fazendo valer a fórmula “privatização dos lucros e socialização das despesas”.

¹¹⁶ COIMBRA trabalha com a idéia de “definição”. Prefere-se pensar como “conceito”.

Certo é, entende-se, que os paradigmas devem ser mudados. As decisões precisam considerar a questão ambiental como fonte de vida, de desenvolvimento, ou seja, de suporte necessário para a existência digna das “presentes e futuras gerações”. Nessas circunstâncias, e baseados na certeza da transitoriedade das verdades científicas, defende-se a aplicação dos princípios ambientais nas decisões relativas às questões urbanas, notadamente o princípio da precaução, lançando mão das possibilidades técnicas que permitem diminuir a pressão ambiental sobre os poucos recursos ambientais que restam nos grandes aglomerados urbanos. Entende-se, ainda, que as considerações de ALEXY (1988) sobre a aplicação de regras e princípios, complementados pela teoria da argumentação jurídica, é perfeitamente cabível na solução desses problemas contemporâneos que exigem maior cuidado e atenção.

6.4.6. Os atores institucionais

Percebe-se no caso uma forte vinculação do Superior Tribunal de Justiça a paradigmas que, entende-se, já se apresentam superados pela necessidade de uma visão holística ínsita à resolução dos problemas ambientais que se apresentam na sociedade contemporânea. O discurso dos ministros não considera a urgência das questões ambientais, desconsiderando a política pública inserida no texto constitucional, além da leitura equivocada do *princípio da precaução* e a aplicação literal da Lei sem qualquer esforço hermenêutico na interpretação dos textos legais. Além disso, nota-se na ponderação de valores efetuada pelo Tribunal a simplificação do discurso em favor da defesa da economia pública em detrimento do ambiente, fortalecendo uma lógica perversa de pressão ambiental sob argumentos que não se alinham com as necessidades da sociedade contemporânea.

O Ministério Público Federal procurou proteger o ambiente por meio de ação civil pública mas, conforme voto-vencido do Desembargador Federal Cruz Macedo no Agravo de Instrumento que originou o pedido de suspensão, apesar de ter feito sugestão para a paralisação da obra que foi licenciada no ano anterior, e não ter sido atendido, não tomou qualquer providência naquela ocasião. Assim, destaca-se: “Sendo assim, tem conhecimento dessa matéria e poderia, há tempos, ter promovido a demanda no sentido de, inicialmente, evitar o andamento da obra, que está praticamente concluída”. A intervenção ministerial tardia facilitou os danos irreversíveis ao ambiente.

O Poder Público, por seu turno, apegou-se à legislação ambiental para afastar a exigência do EIA-Rima específico para a construção da 3ª Ponte do Lago Sul, além da alegação de que a obra

representa elevada importância social e econômica, destinado, sobretudo, à melhoria da segurança das vias públicas, com desafogamento e disciplinamento do trânsito, redução na distância e no tempo gasto pela população no deslocamento, facilidade na circulação de bens e serviços, além de gerar economia de combustível e manutenção de veículos.

Há de se perceber, neste ponto, a total inobservância por parte da Administração Pública do cuidado na criação de transporte de massa adequado à crise energética que há tempos vem se anunciando, fortalecendo o planejamento de cidades em que se privilegia o transporte por meio de automóveis, fato este que esgota rapidamente a capacidade da malha viária, exigindo maiores investimentos e contribuindo para a expansão do tecido urbano, isto que gera o esvaziamento de setores com infra-estrutura consolidada, propiciando especulação imobiliária em larga escala. Assim, nota-se a falta de cuidado com a coisa pública, além da negligência com o ambiente, fato este que trará conseqüências incomensuráveis.

6.4.7. Corte ambiental

Nota-se que na decisão do tribunal de superposição não foram levados em consideração os princípios ambientais e/ou urbanísticos, tendo o Ministro Relator dado mais importância à questão econômica, agindo em defesa do patrimônio público e legitimando uma situação fática, ou seja, entendendo ser mais relevante a defesa patrimonial em detrimento à defesa ambiental. O acórdão reflete o “estado da arte” na compreensão das questões ambientais por parte do Tribunal, este que aplicou o princípio da precaução, basilar na defesa ambiental, na defesa da continuidade da obra devido ao estágio avançado da obra pública, bem como “os gastos potenciais inerentes à preservação do que lá já investidos”, invertendo o entendimento do princípio, atendo-se a questões de menor importância e considerando

(...) temerária a alegação trazida pelo Ministério Público, no sentido de que existentes ‘*alternativas técnicas para solucionar os problemas relacionados à fluência do trânsito e atendimento das populações habitantes dos condomínios a serem beneficiados com a obra, mantendo-se a preservação do Parque do Rasgado*’ (fl. 248). A alegação, genérica e não comprovada, demanda sejam desde logo investidos novos valores e esforços, a contornar situação praticamente já consolidada pelo atual e avançado estado da obra.

Nessas circunstâncias, entende-se que, por mais nobre que seja a preocupação do Tribunal com a coisa pública, no sentido de preservação do patrimônio, a desconsideração das questões ambientais por conta de uma situação “praticamente já consolidada”, reflete uma dogmática fechada e surda aos avanços e mutações científicas que demonstram a necessidade

cada vez maior do entrelaçamento inerente à interdisciplinaridade que orienta os paradigmas ambientais e as decisões judiciais, estas que existem para solucionar conflitos e, para tanto, necessitam receber influxos do entorno imediato e mediato. A reflexão mais profunda exigida por esta sociedade complexa e de risco, deve afastar decisões baseadas em entendimentos meramente pessoais, sem argumentações que satisfaçam os atores sociais, conforme, entende-se, o voto do Ministro Francisco Peçanha Martins supracitado.

Alertado para o caráter especulativo da obra, situação em que haverá a privatização do lucro e a socialização das despesas, o Tribunal desconsiderou as alegações, fato que causa preocupação quanto ao seu entendimento do que seja “a potencialidade de grave lesão à ordem e à economia públicas” conforme o Sr. Ministro Relator. Pensa-se, neste passo, que há a necessidade de uma visão mais complexa do que é a defesa da coisa pública, essa que extrapola a visão imediata, requerendo o entendimento da visão de rede na qual se insere.

Da mesma forma, compreende-se que um mero sobrevôo do complexo viário não se faz suficiente para uma tomada de decisão desta magnitude. Conforme exposto, uma avaliação deste porte requer a participação de vários atores, excluindo situações que levem a concluir que a decisão judicial não tenha tratado o caso com a profundidade exigida. O tratamento antropocêntrico dado ao caso, reflete a necessidade de uma mudança de paradigma importante, esta capaz de propiciar ao ator institucional a habilidade de entendimento dos princípios ínsitos ao texto constitucional, este que busca a sustentabilidade prevista na Carta em seu art. 225.

6.5. Agravo de instrumento– TJMG

6.5.1. Dados gerais

Processo: agravo de instrumento

Número do processo: 1.0388.04.004682-2/001(1)

Desembargadora Relatora – Maria Elza

Decisão da Quinta Câmara Cível – por unanimidade

Resultado do julgamento – negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Data do julgamento – 21/10/2004

Data da publicação – 12/11/2004

Agravante: Município de Luz

Agravado: Ministério Público de Minas Gerais

6.5.2. Sinopse do caso

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, negou provimento do recurso de agravo de instrumento interposto pelo Município de Luz contra decisão proferida pelo juízo da vara única da Comarca de Luz, que nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do agravante, concedeu tutela antecipada determinando ao município que deixasse de lançar e despejar efluentes industriais e domésticos sem o devido tratamento licenciado pelo órgão ambiental no córrego Açudinho, no prazo de cento e oitenta dias.

Nas razões recursais, o Município de Luz pediu a reforma de decisão, sob as seguintes alegações:

- a) a liminar deferida esgota o objeto da demanda e afronta ao art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.347¹¹⁷;
- b) não há prova inequívoca de dano ao meio ambiente;
- c) a liminar deferida viola o princípio da separação dos poderes;
- d) a proteção ao meio ambiente constitui norma programática;
- e) impossível realizar despesas sem previsão orçamentária;
- f) não há risco da demora, pois o esgoto municipal vem sendo lançado no local há mais de trinta anos.

O Tribunal entendeu possível a antecipação da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, entendendo que os privilégios processuais desta já são em número suficientemente grande, devendo ser interpretados de forma restritiva, notadamente quando reduzem o direito fundamental de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF)¹¹⁸, este que, conforme o Acórdão, “inclui o direito de acesso à jurisdição de urgência, uma vez que cabe ao Poder Judiciário coibir não apenas a lesão, mas também a ameaça a direito”, fazendo, ainda, menção ao texto da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Após citar jurisprudência do STJ, o Tribunal mineiro afirma que

¹¹⁷ Entende-se que trata-se da Lei Federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que: *Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público:*

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

¹¹⁸ XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Destarte, à luz da excepcionalidade do caso, não tem sentido deferir a antecipação da tutela contra o particular e negá-la contra o Poder Público, pois estar-se-ia vulnerando o princípio da Isonomia, constitucionalmente resguardado.

Considerando parte da doutrina nacional preocupada com as questões ambientais e suas formas de proteção, o Acórdão ressalta que

No microssistema da tutela ambiental impõem-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio-ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil, ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio-ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente o sistema de esgotos e derivados, fato reconhecido pelo próprio agravante à f. 05 e 49 i TJ – importa em flagrante violação ao meio-ambiente e, por consequência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

No tocante à alegação do Município de Luz da violação do princípio da divisão dos poderes, o Tribunal de Justiça pondera sobre a atuação do Poder Judiciário em relação à Administração, ressaltando que, no passado, o Judiciário estava atrelado ao princípio da legalidade, este que era a expressão maior do Estado de Direito, entendido como a submissão de todos os poderes à lei. Nessas circunstâncias, afirma o Tribunal que o entendimento exacerbado e literal deste princípio transformou o Poder Legislativo em um

super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

Entende, ainda, que a submissão da Administração de forma absoluta e total à lei, é inconcebível, alertando que, em muitas situações, o vínculo de legalidade traduz apenas a “atribuição de competência”, fato este que abre a possibilidade de existirem zonas de liberdade bastante amplas ao administrador, cuidando para não fomentar o arbítrio. Para que isto ocorra, foi dado ao Poder Judiciário “maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo” com a finalidade de exercer, mesmo nesse campo, o juízo da legalidade, e tolher “abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento”.

Assim, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entende que há a tendência de se manter fiscalizado este espaço gerado pela discricionariedade em que a Administração age

livremente, denominado “Cavalo de Tróia” por Huber¹¹⁹. Diante deste novo paradigma, defende que não se pode, em matéria de conveniência e oportunidade, estabelecer que o Poder Judiciário não pode examiná-las, devendo o caráter de liberdade total do administrador ir se apagando de forma paulatina da cultura brasileira, e ser substituído pela colocação da área do controle em sua acepção ampla, incluídos o político e a opinião pública, na análise da motivação do ato administrativo.

O Tribunal defende que a judicialização de política pública, entendida como sua implementação pelo Poder Judiciário, é harmônica com a Constituição Federal de 1988, sendo certo que a concretização do texto constitucional é dever do Poder Executivo, do Poder Legislativo e, também, do Poder Judiciário, uma vez que, diante da hipótese de injustificada omissão, este pode e deve agir para forçar os outros poderes a cumprir o dever constitucional que lhes é imposto. Neste sentido, o Acórdão cita o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, relator Ministro Celso de Melo, que reproduzimos em parte:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental (...) a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

(...)

Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem se abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

(...)

Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (...)

¹¹⁹ Neste ponto o Acórdão cita a jurista Odete MEDAUAR, transcrevendo-a em **Direito Administrativo em evolução**.

Entendendo que a decisão municipal para solucionar o problema de lançamento de esgotos a derivados no Córrego Açudinho coloca em risco a saúde, a vida, a dignidade e a cidadania da população, de forma permanente, ocorre violação de cinco dos maiores valores constitucionais, havendo divergência entre o interesse público primário da sociedade e o interesse público secundário do Município de Luz, preponderando o amparo do primeiro sobre o segundo, uma vez que aquele passa a ser uma obrigação do Estado, “e não mera oportunidade ou conveniência da política de governo”. Defende, ainda, que no caso em questão, não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja pela não comprovação da incapacidade econômico-financeira do Município, seja porque a pretensão social de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado apresenta-se razoável, estando, assim, em conformidade com o devido processo legal substancial.

Por fim, negando provimento ao recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais encerra o Acórdão citando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, relator Ministro Celso de Melo, que transcrevemos em parte:

(...) a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

6.5.3. Ementa do acórdão

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. No microsistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio-ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio-ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. a omissão do Município de Luz em tratar adequadamente do lançamento de esgotos e derivados, no Córrego do Açudinho, importa em flagrante violação ao meio-ambiente e, por consequência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 da CF. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazê-lo, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda a sociedade. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a

Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Luz de preservar o meio ambiente. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Luz, seja porque a pretensão social de um meio ambiente equilibrado, preservado e protegido se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial.

6.5.4. Considerações

O direito é uma técnica de organização social destinada a disciplinar coativamente as relações entre o homem e o homem, entre o homem e os entes por ele criados, e as relações entre esses entes.

Essas relações poderão ter por endereço a proteção dos direitos ligados à projeção da personalidade no grupo, poderão ter por conteúdo interesses configurados em comportamentos exigíveis de outrem ou por outrem, ou poderão referir-se à dominação – total ou parcial – exercida sobre as coisas.

LIRA (1997, p. 1-2)

PERELMAN, citado por ALEXY (2005b, p. 65-67) estabeleceu em 1945 seis princípios de justiça que expressaram, e ainda expressam, as posições centrais de inúmeras discussões sobre a justiça, *verbis*:

1. *A chacun la même chose* [a cada uno la misma cosa].
2. *A chacun selon ses mérites* [a cada uno según sus méritos].
3. *A chacun selon ses œuvres* [a cada uno según sus obras].
4. *A chacun selon ses besoins* [a cada uno según sus necesidades].
5. *A chacun selon son rang* [a cada uno según su rango].
6. *A chacun selon ce que la loi lui attribue* [a cada uno según lo que la ley le atribuye].

ALEXY entende que as diferentes concepções sobre a justiça estão baseadas em princípios diversos, estes que são normas que prescrevem algo que deve ser realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e normativas. Na análise dos princípios de justiça selecionados por PERELMAN, o pensador alemão defende a tese de que há a possibilidade de serem interpretados tanto como *regras*, como por *princípios*. Caso sejam analisadas como *regras*, observar-se-á de pronto a dificuldade de ter que estabelecer entre elas ordens hierárquicas fixas¹²⁰. Assim, utilizando a primeira regra como exemplo, ou seja, *a cada uno lo mismo*, entende que, quem a ela seguir ao pé da letra, outorgando-lhe prioridade

¹²⁰ Neste ponto, ALEXY faz referência ao que RAWLS denomina “*órdenes lexicográficos*”.

sobre todas as outras, desembocará em um igualitarismo estrito, diante do qual pode apresentar-se argumentos extremamente sólidos.

Por outro lado, caso as normas de justiça sejam tratadas como *princípios*, há uma mudança completa de panorama. Nessas circunstâncias, chega-se a uma teoria da justiça baseada na ponderação¹²¹, visto que a forma de aplicação dos *princípios* é a ponderação¹²². Esta teoria permite a consideração adequada de todos os pontos de vista, isto que é considerado, conforme ALEXY, um dos postulados fundamentais da racionalidade. Desta forma, é possível conseguir nela “*un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales*”, tornando-se aplicável à relação entre igualdade jurídica e igualdade de fato. Alerta, ainda, que a justiça como ponderação apresenta a vantagem de expressar a idéia de medida correta, excluindo qualquer forma de fanatismo, sendo o postulado da disposição à ponderação um postulado essencial do discurso racional de justiça, expressando o respeito dos princípios de justiça dos outros, tornando-se um corolário do reconhecimento dos outros como interlocutores do discurso em igualdade de direitos, todos membros de uma sociedade de pessoas livres e iguais.

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais fortaleceu o necessário rompimento de paradigmas insito à solução de problemas urbanos por meio da aplicação de *princípios ambientais*. A determinação do Tribunal baseada na argumentação jurídica aliada às regras constitucionais e aos princípios inseridos na Carta, derrubou argumentos pífios baseados em um Direito Positivo normativista que, por si só, é incapaz de solucionar questões da magnitude das apresentadas no Acórdão analisado.

Considerando o *princípio da responsabilidade* (JONAS, 1995) como fonte primeira das reflexões de qualquer representante dos Poderes da República, torna-se impensável qualquer tipo de argumentação que desconsidere os fundamentos estabelecidos na Constituição Federal, fortalecidos a *cidadania* e a *dignidade humana* (art. 1º, II, III). Além disto, destaca-se o *princípio do desenvolvimento sustentável*, cerne do comando constitucional estabelecido no art. 225, *caput*, e o *princípio da precaução*, este que determina a responsabilidade inerente às intervenções no meio.

Desta forma, pode-se traçar paralelo entre a ação do Poder Executivo municipal do caso sob análise, e as considerações de JONAS (1995, p. 164-165), *verbis*:

¹²¹ ALEXY retoma a proposta de Nowell-Smith, que formulou uma teoria da justiça baseada na ponderação, numa crítica antecipada à teoria rawlsiana.

¹²² ALEXY defende ser esta a estrutura preferível para uma teoria da justiça.

El jugador que se juega su fortuna en el casino actúa con ligereza; y si la fortuna no es suya, sino de otro, actúa de manera criminal; pero si es padre de familia, entonces actúa irresponsablemente aun en el caso de que la fortuna sea indiscutiblemente suya, y esto con independencia de que gane o que pierda. Este ejemplo dice: sólo quien tiene responsabilidad puede actuar irresponsablemente. (...) Las circunstancias o un convenio han puesto bajo mi custodia el bienestar, el interés, el destino de otros, y eso significa que mi control sobre ellos incluye también mi obligación para con ellos. El ejercicio del poder sin la observancia del deber es entonces “irresponsable”, es decir, constituye una ruptura de esa relación de fidelidad que es la responsabilidad.

Ao desconsiderar o *princípio da responsabilidade*, a Administração municipal colocou sob a ameaça a sustentabilidade local, além de comprometer os recursos hídricos já bastante escassos de todo o planeta, tendo-se em conta que existe um sistema de escala global que desconsidera os limites políticos daquele município, sendo certo que estes recursos vêm sofrendo forte pressão ambiental, contribuindo para a alta taxa de internações hospitalares por doenças de veiculação hídrica em todo o mundo, notadamente nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Considerado direito humano fundamental, adotado pelo *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (UNESCO, 2003, p. 121) em novembro de 2002, o direito à água requer do Poder Público a adoção de estratégia nacional e planos de ação que possibilite a ação rápida e efetiva na realização deste direito que permita a todos, acesso à água segura e aceitável para uso pessoal e uso doméstico.

Nessas circunstâncias, há de se ter com certa a ponderação de princípios realizada pelo Tribunal mineiro na proteção ambiental e, conseqüentemente da população direta e indiretamente atingida pela poluição do corpo d'água *sub judice*, afastando as alegações da Administração, sejam elas aquelas ligadas à separação dos Poderes, ou as de caráter econômico-financeira, destacando trecho da decisão, *verbis*:

A mera alegação de falta de disponibilidade orçamentária, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Luz de executar obras que tutelem o meio ambiente. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Luz, seja porque a pretensão social de um meio ambiente saudável, preservado e equilibrado se afigura razoável, estando pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial.

Assim, entende-se que os passos determinados pela mudança de paradigmas vão sendo dados no sentido de maior atenção com os bens de domínio público, com o ambiente e, finalmente, com o homem e seu bem-estar, rompendo-se, desta forma, com fórmulas e “dogmas” que já não interessam à sociedade atual, que é mutante, complexa e de risco.

6.5.5. Os atores institucionais

O Poder Judiciário não fugiu das suas responsabilidades, interpretando de forma correta e coerente o texto constitucional. Neste sentido destaca-se:

A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário.

O Tribunal mineiro rompeu, entende-se, com a divisão clássica da separação dos Poderes em nome da tutela dos direitos humanos fundamentais por meio da defesa ambiental, amparado no texto constitucional, em pleno acordo com o Estado Democrático de Direito positivado na Carta de 1988. Além disto, reconheceu a importância dada pelo legislador constitucional à proteção ambiental, realizando uma leitura sistêmica da Carta de 1988. Assim,

Importante destacar, também, que a tutela ambiental está alçada à categoria de garantia constitucional, como cláusula pétrea, vinculando-se aos fundamentos e princípios basilares da República Federativa do Brasil, artigos 1º e 3º da CF/88.

Assim, pensa-se que o acórdão proferido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, está em consonância com o entendimento de Robert ALEXY sobre a combinação de regras, princípios e argumentos jurídicos na busca de solução adequada ao caso, não ficando limitado apenas à aplicação da regra positiva na sua configuração formalista.

O Ministério Público do estado de Minas Gerais agiu da forma que se espera desta Instituição na defesa do ambiente e dos direitos fundamentais da população. Teve a habilidade de pedir a tutela antecipada em face da fazenda pública com o intuito de cessar o dano ambiental, sendo atendido pelo juízo de 1º grau, cuja decisão foi ratificada pelo TJMG. Dessa forma, o órgão ministerial além de procurar a defesa da necessidade premente da população local de ter garantido o acesso à água potável, agiu em conformidade com o pensamento de Hans JONAS, *apud* PASCUAL (1995, p. 9), defensor de uma ética “*orientada al futuro*” que deve reger o comportamento da humanidade de hoje, ou seja, “*una ética actual que se cuida del futuro, que pretende proteger a nuestros descendientes de las consecuencias de nuestras acciones presentes*”.

A Administração Pública, por seu turno, agiu de forma displicente com a questão ambiental, desconsiderando as implicações decorrentes do descaso com o recurso natural água, principalmente em relação às doenças de veiculação hídrica, comuns em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, conforme inúmeros relatórios difundidos em todo o mundo¹²³.

Além disto, o Poder Público, em razões recursais, fez alegações que não mais se justificam diante da complexidade desta sociedade de risco em que vivemos, *verbis*:

(...) o agravante pede reforma da decisão, alegando que: a) a liminar deferida esgota o objeto da demanda em afronta ao art. 1º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.347; b) não há prova inequívoca de dano ao meio ambiente; c) a liminar deferida viola o princípio da separação de poderes; d) a proteção ao meio ambiente constitui norma programática; e) impossível realizar despesas sem previsão orçamentária; f) não há risco da demora, pois o esgoto municipal vem sendo lançado no local há mais de trinta anos. Pede, por tais motivos seja provido o recurso.

Entende-se que as alegações da Administração Pública não são revestidas dos objetivos estabelecidos na Carta Política de 1988. O administrador traz argumentos pífios sem qualquer respaldo técnico-científico, alegando ser possível a perpetuação do problema, uma vez que, em sua opinião, “não há risco da demora” considerando que o lançamento do esgoto municipal *in natura* vem sendo realizado de longa data, desconsiderando a importância da adoção da ética “*orientada al futuro*”, além da irresponsabilidade com a população atual. Neste ponto, vale considerar algumas proposições de ações negativas e positivas defendidas por JONAS, *apud* PASCUAL (1995, p. 9-10), sob a égide de um novo imperativo ético:

Obra de tal manera que no pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra (...) Obra de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica en la Tierra (...) Incluye en tu elección actual, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre (...) Obra de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra.

Assim, pensa-se que a aplicação de princípios ambientais unidos ao princípio da responsabilidade defendido por JONAS, são necessários na condução da administração da coisa pública, havendo, ainda, a necessidade da revisão de paradigmas que defendem a separação rígida dos Poderes em prol da solução dos problemas ínsitos à sociedade de risco contemporânea.

¹²³ Neste sentido recomenda-se a leitura do relatório *Water for People Water for Life: The United Nations World Water Development Report, UNESCO-WWAP, 2003*.

6.5.6. Corte ambiental

Neste caso percebe-se com clareza o cuidado dispensado às questões ambientais, bem como o rompimento de dogmas que não são mais suficientes para satisfazer as necessidades da sociedade de risco, refletido na decisão do Tribunal, *verbis*:

O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação do art. 225.

Nota-se que, agindo dentro da legalidade, o Tribunal alarga entendimentos engessados pela dogmática positivista formalista, rompendo com paradigmas que garantem a blindagem dos Poderes da República, optando por uma interpretação hermenêutica do texto constitucional como um sistema que é. Assim:

O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazê-lo, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda a sociedade. A judicialização da política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário.

A decisão destaca a violação de valores constitucionais por parte da Administração Pública:

A omissão do Município de Luz para solucionar o grave problema correlacionado com o lançamento de esgotos e derivados no Córrego Açudinho, coloca em risco permanente a saúde, a vida, a dignidade e a cidadania daqueles que necessitam viver num meio ambiente equilibrado. Maior violação à Constituição não há, pois cinco dos valores constitucionais estão sob constante e permanente ameaça de lesão.

Ressalta-se que ao se analisar o caso sob a ótica da Teoria da Imputação Objetiva, não é possível se falar em consentimento da vítima, no caso toda a sociedade, nas situações de crimes contra bens difusos, não havendo, assim, a exclusão da tipicidade, existindo o domínio por parte do agente, uma vez que cabe ao administrador a gestão da coisa pública, concluindo-se pela prática de crime ambiental pela Administração Pública por omissão.

No tocante ao “corte explicativo no campo ambiental”, ressalta-se a importância dos estudos supracitados, pois estes são balizados pelos princípios que suportam as decisões que visam a garantia de direitos fundamentais. Neste sentido, destaca-se:

No microsistema da tutela ambiental impõem-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. (...) A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente o sistema de esgotos e derivados, fato reconhecido pelo próprio agravante à f. 05 e 49 i TJ -, importa em flagrante violação ao meio ambiente e, por conseqüência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Nessas circunstâncias, entende-se que o amparo científico às decisões judiciais encontram o melhor caminho por meio da elaboração do EIA e conseqüente Rima. Dada a crescente preocupação com as questões ambientais, especialmente o recurso água no caso estudado, objeto de futuras certificações ISO série 24500, esta que terá os números 24510, 24511 e 24512¹²⁴, as quais estabelecem orientações nas áreas de atendimento ao público, sistema de esgoto e sistema de abastecimento de água, que deverão entrar em vigor em 2007, cabe à Administração Pública zelar pelo recurso bastante escasso, responsável pela existência de vida no planeta e fonte de preocupação de todo o mundo. A negligência na gestão deste e de outros recursos ambientais não pode mais ser tolerada, cabendo ao Poder Judiciário focar, quando for o caso, o cumprimento das determinações do sistema constitucional vigente, amparado no sistema normativo, sejam regras ou princípios e, ainda, a conjunção destes.

6.6. ACP – Justiça Federal

6.6.1. Dados gerais

Processo: ação civil pública

Justiça Federal

Seção Judiciária: Rio de Janeiro

Vara: 2ª Vara Federal - Niterói

Número do processo: 2004.51.02.001916-9

Juiz Relator – Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

¹²⁴ Com sede em Genebra, Suíça, a *International Organization for Standardization – ISO*, busca o desenvolvimento de padrões internacionais por meio dos seus 229 Comitês Técnicos (*Technical Committee – TC*) cabendo um tema diferente a cada um deles. A ISO 24500/TC 224, cuida da gestão da qualidade dos serviços de abastecimento de água e saneamento, critérios de qualidade do serviço e indicadores de desempenho, visando melhorar o acesso aos serviços de água potável e esgotamento sanitário, com o objetivo de reduzir à metade até o ano de 2015 a população atualmente sem acesso à água potável e saneamento. Assim: ISO 24510 – estabelece diretrizes para melhoria e avaliação do serviço para os usuários; ISO 24511 – diretrizes para a gestão dos serviços de coleta e tratamento de esgotos; e ISO 24512 – diretrizes para a gestão dos serviços de abastecimento de água potável.

Resultado do julgamento – procedente em parte.

Data do julgamento – 07/8/2006

Requerente: Ministério Público Federal

Requeridos: Município de Niterói e Fundação da Superintendência Estadual de Rios e Lagos - SERLA

6.6.2. Sinopse do caso

Foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público Federal em 10 de maio de 2004 para assegurar proteção ao meio ambiente, ao patrimônio cultural e ao patrimônio público federal na região da Lagoa de Itaipu, localizada em Niterói, Estado do Rio de Janeiro, na qual figuram como assistentes do autor o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Foi pedido em sede de antecipação de tutela, em face do Município de Niterói que:

1. deixasse de conceder alvarás, licenças e “habite-se” de obras para as áreas definidas como Zona de Uso Extensivo – ZUEX, Zona de Proteção Integral – ZPI e Zona de Uso Intensivo e Recreação – ZUIR, do projeto “Bosque Lagunar de Itaipu”, bem como para a área definida por trabalho pericial constante dos autos como “Área Crítica 1” e “Área Crítica 2”, localizadas na Área de Especial Interesse Urbanístico – AEIU 3 e 4 do Plano Urbanístico da Região Oceânica – PUR da Região, respectivamente, pelo menos até a conclusão do Estudo de Impactos Ambientais – EIA, este que deveria ser desenvolvido sob a coordenação da União;
2. como pedido sucessivo, caso não fosse atendido o pedido de suspensão temporária da expedição de autorizações de obras para a região, o Ministério Público Federal solicitou que fosse exigido do Município de Niterói que ouvisse o IBAMA e a União, por meio de sua Gerência Regional de Patrimônio da União – GRPU, antes de liberar qualquer obra ou habite-se na região em questão;
3. pediu a cassação de todas as autorizações de obras, loteamentos e parcelamentos deferidas para as regiões supracitadas nos últimos seis meses;
4. passasse a ouvir a GRPU em relação a todos os processos que envolvessem pedidos de construções, ocupações ou habite-se, de imóveis situados dentro da faixa demarcatória previamente encaminhada à Municipalidade pelo MPF e pela GRPU; e

5. não fossem construídos os traçados de ciclovia, não fosse permitida a instalação de qualquer poste de luz, não fossem abertas ruas e meio-fio, até a conclusão do EIA a ser realizado sob a presidência da União.

Em face da União, o MPF requereu que:

1. encaminhasse, em no máximo 30 dias, ao Cartório do 16º Ofício de Niterói, todas as plantas dos loteamentos aprovados no entorno da Lagoa de Itaipu, devidamente plotada a linha demarcatória de seus terrenos, tornando viável uma identificação segura de todos os imóveis de sua propriedade;
2. fosse, em todos os processos de solicitação de “inscrição de ocupação”, juntado um laudo ambiental comprovando que aquela ocupação pleiteada não comprometeria o meio ambiente, antes de qualquer deliberação favorável, devendo ser exigido, também, prova da existência de efetiva ocupação e aproveitamento dos imóveis inscritos até a Lei nº 9.636/98, conforme os parâmetros legais estabelecidos pelo Diploma; e
3. se desse início, em quarenta e cinco dias e concluída em oito meses, detalhado estudo técnico sobre as características ambientais e culturais de todo o entorno da Lagoa de Itaipu.

O Município de Niterói pugnou pelo indeferimento da tutela de urgência alegando a inexistência de *periculum in mora* e de inidoneidade da ação civil pública para retirada de eficácia, negativa de vigência e suspensão dos efeitos da lei. Defendeu, ainda, ser inexigível o Estudo de Impactos Ambientais no caso, sustentando ser descabida a preocupação com a incapacidade do saneamento local e, ainda, ter havido equívoco do MPF ao interpretar a Lei Municipal. Advogou pela autonomia municipal, incluindo-se a respectiva competência legislativa, sustentando que a pretensão ministerial ia de encontro à função social da cidade. Afirmou que a norma municipal respeitou todos os preceitos legais e constitucionais e que o pedido autoral era equivalente ao confisco de propriedades em favor da União, com tendências a provocar instabilidade e insegurança das relações jurídicas.

A União. Por seu turno, alegou que o pólo passivo da ação não estaria integralmente definido, visto que a hipótese seria de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que o pedido atingiria a esfera jurídica dos beneficiários das autorizações, tornando-se, desta forma, imprescindível que todos os litisconsortes fossem citados, sob pena de nulidade da sentença. Alegou, ainda, que já tinha remetido as plantas ao Cartório do 16º Ofício de Niterói. Sustentou que a hipótese era de pedido feito em tese, o que não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro, e que o estudo técnico requerido pelo Ministério Público Federal está dentro da competência atribuída por lei ao IBAMA e ao IPHAN.

O pedido de tutela foi deferido por decisão do Juiz Substituto Fábio de Souza Silva, o qual se reproduz parcialmente:

(...)

Também não há como prosperar a alegação de que um provimento jurisdicional no presente feito avançaria contra a competência legislativa municipal.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural não são de interesse exclusivamente local, mas, sim, nacional.

(...)

Infere-se, pois, que o entorno da Lagoa de Itaipu, por força de lei, constitui área de preservação permanente.

Resta, apenas, definir seus limites, o que será objeto da decisão definitiva.

(...)

É fundamental, ainda, a realização de um detalhado estudo técnico a respeito das características ambientais e culturais de todo o entorno da lagoa de Itaipu. Contudo, neste momento, não há como determinar a realização do referido estudo, por faltar elementos suficientes para a fixação, por esse Juízo, de critérios de balizamento. Por esse motivo apenas no momento processual adequado, deverá ser decidido sobre a sua realização.

Até lá, impõe-se restringir novas atividades potencialmente devastadoras do meio ambiente, pois os danos por elas causados, se não forem irreversíveis, serão de difícil reparação.

Neste ponto cabe frisar que inexistente *periculum in mora* reverso, pois em caso de revogação do provimento de urgência, terá ocorrido, tão somente, um adiantamento da concessão da licença para construir.

(...)

A União apresentou Embargos de Declaração, os quais foram acolhidos, e o Município de Niterói interpôs Agravo de Instrumento objetivando cassar a liminar, tendo este sido acolhido, em regime de plantão, pelo Presidente do TRF da 2ª Região, sendo esta cassada pelo Relator do Agravo, restabelecendo a liminar proferida. Insatisfeito, o Município de Niterói interpôs Agravo Interno, insurgindo-se contra a decisão.

Ao longo das explicações realizadas pelo Magistrado que proferiu a decisão estudada, destacam-se aquelas que são suportadas pelos paradigmas contemporâneos que alicerçam o Direito Ambiental. Assim, sobre o aterro e área de preservação permanente no entorno da Lagoa de Itaipu, transcreve-se:

Se no passado era socialmente aceitável estender a cidade para o mar, por meio de aterros, hoje não é mais. O interesse social que no passado justificou o Aterro do Flamengo, no Rio de Janeiro, ou o aterro em grande parte da Lagoa de Itaipu, hoje não mais existe. As preocupações com um meio ambiente sadio e necessário à existência da humanidade, elevado ao status de direito fundamental à vida, obrigaram a humanidade buscar meios alternativos.

Neste sentido, ao decidir sobre construção facultada pelo Município sobre a AEIU-3, entendeu que

(...) é inconcebível autorizar construção para tais fins numa área de aterro sobre lagoa; numa área que seria extensão de área de preservação permanente, seja por estar 30 metros ao redor da lagoa seja por consistir área de restinga, mas que possui área antrópica justamente devido a uma ação socialmente condenável, atualmente inadmissível sob o aspecto jurídico.

Não há direito de construção em área com tais características, pois seria o mesmo que assegurar o exercício futuro de direito adquirido preteritamente, mas absolutamente incompatível com os princípios fundamentais vigentes.

O desfazimento de aterro ilegal ou de aterro considerado incompatível com princípios maiores deve ser obrigação daquele que lhe deu causa.

Devido ao tempo, creio assistir tão-somente ao poder público tal responsabilidade, que, contudo, deverá avaliar a viabilidade e utilidade de desfazimento do aterro, promovendo, subsidiariamente, o florestamento que for mais adequado à região, ou, ainda, destiná-la ao uso comum da sociedade por meio de autorização específica do poder executivo federal.

Ao refletir sobre o conflito entre os princípios constitucionais do meio ambiente e da segurança jurídica, tomando por base o princípio do desenvolvimento sustentável insito ao comando constitucional estabelecido na Carta Federal, considerou que

O princípio da proteção ao meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano), está intimamente relacionado ao direito à vida, pois constitui corolário de um bem jurídico maior, qual seja o direito à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Após minuciosa exposição, rejeitou as preliminares, julgando procedente em parte o pedido, alertando a natureza constitucional dos bens tutelados (meio ambiente e patrimônio cultural) e a real possibilidade da sua degradação e destruição na região da Lagoa de Itaipu, conseqüência das ações e omissões administrativas imputadas à União e ao Município de Niterói, deferindo medida de urgência e adequando a liminar deferida.

6.6.3. Ementa

LAGOA DE ITAIPU. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (FAIXA DE 30 METROS AO REDOR DE LAGOAS, ÁREA DE RESTINGA). ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE CULTURAL (SAMBAQUIS E SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS). ÁREA DE LAGOA E TERRENOS DE MARINHA. NULIDADE DE LICENÇAS DE CONSTRUÇÃO E DE INSCRIÇÕES DE OCUPAÇÃO. DEVER DE AGIR DE OFÍCIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

6.6.4. Considerações

A mudança de paradigmas necessária à compreensão da complexidade da sociedade de risco começa a prosperar no meio jurídico pátrio, notadamente nas questões de alta relevância para a sociedade, situação esta que exige a adoção de um sistema funcional em detrimento a um Direito de caráter meramente simbólico. Nessas circunstâncias, pensa-se que a ousadia e o enfrentamento das adversidades, sejam elas de caráter econômico e/ou político, se faz necessária para garantir um planeta e uma sociedade em condições no mínimo razoáveis para as presentes e futuras gerações, partindo-se do pressuposto “pensar globalmente e agir localmente”, sempre observando o cuidado inerente às ações antrópicas no ambiente, paradigmas ínsitos à questão ambiental.

Essa mudança de paradigmas vem diretamente associada a uma *ética da responsabilidade* (JONAS, 1995) orientada para o futuro, mas que deve reger os homens de hoje, ou seja, uma ética atual preocupada com o futuro que visa proteger nossos descendentes das conseqüências das nossas ações presentes. Assim, essa ética baliza o *princípio do desenvolvimento sustentável* bem como o *princípio da precaução*, basilares nesta concepção contemporânea do Direito, este que tem como funções básicas a solução de conflitos e o fomento da cooperação social.

No tocante à organização do Estado contemporâneo, recorda-se o caráter teleológico das constituições recentes. Assim, COMPARATO¹²⁵ (2006, p. 676-677) leciona:

(...) Aos poderes públicos são, cada vez mais, assinados objetivos fundamentais, que devem nortear a sua ação. As novas Constituições já não se limitam a definir a competência estrita dos órgãos do Estado, sem fixar nenhum rumo à sua ação em conjunto, como faziam as Constituições do modelo liberal, as quais partiam do pressuposto de que o Estado deve assegurar a cada indivíduo a livre definição das suas metas de vida, não se podendo fixar nenhum objetivo geral para a sociedade civil.

Em decorrência dessa orientação marcadamente teleológica do direito público contemporâneo, a função primordial do Estado já não é apenas a edição de leis, ou seja, a fixação de balizas de conduta, como pensaram os autores clássicos, mas também, e sobretudo, a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, em todos os níveis e setores. E no desempenho dessa função, como sublinhamos, o povo deve assumir um papel relevante.

¹²⁵ O jurista lembra o art. 3º da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece:
Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A atuação do Judiciário há de ser substancialmente transformada para acompanhar esta evolução. Hoje, as grandes violações à ordem jurídica já não são de natureza comissiva – a edição de leis inconstitucionais de atos administrativos contrários à Constituição ou às leis. O Estado contemporâneo entra em conflito com a ordem jurídica também por omissão, ao deixar de fazer votar as leis regulamentadoras dos princípios constitucionais, ou ao se abster de realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos econômicos, sociais ou culturais.

Essa nova concepção de Estado que tem a finalidade como princípio, exige uma postura da teoria do Direito, devendo este ser definitivamente entendido como inserido na sociedade e não fora desta. Neste sentido cumpre ressaltar o pensamento de LUHMANN (2005b, p. 72):

Deben evitarse a toda costa formulaciones como la afirmación de que existen “conexiones entre” el Derecho y la sociedad, pues presupone que el Derecho es algo situado fuera de la sociedad. El sistema jurídico es un sistema funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad. Así, el sistema jurídico está, en sus propias operaciones, siempre ocupado en la ejecución de la autorreproducción (autopoiesis) tanto del sistema social general como de sí mismo. Para hacerlo utiliza formas de comunicación que, debido a su cualidad exotérica, no pueden ser tan abstractas que pierdan por completo un significado normal y comprensible. Esto no sólo significa que el sistema jurídico cumple una función para la sociedad – que “sirve” a la sociedad –, sino también que el sistema jurídico participa en la construcción de la realidad que efectúa la sociedad.

(...) Así, como todo sistema autopoietico, el Derecho sigue dependiendo en gran medida de su entorno, y lo artificial de la diferenciación funcional del sistema social sólo incrementa esta dependencia. No obstante, como sistema cerrado, el Derecho es completamente autónomo al nivel de sus operaciones. Sólo el Derecho puede determinar que es legal o ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema. En cada una de sus operaciones el Derecho tiene que reproducir su propia capacidad operativa, alcanzando su estabilidad estructural a través de la recursividad y no, como uno pudiera creer, a través de un input favorable o output desfavorable.

Assim, entende-se que posicionamentos como os do caso estudado ratificam a necessidade de serem alguns conceitos repensados, devendo haver um reposicionamento do pensamento jurídico. A adoção dos princípios como normas a serem utilizadas em conjunto com as regras com base constitucional válida propicia uma leitura mais eficaz do sistema social, atendendo-o de forma funcional, afastando um Direito meramente simbólico, sem qualquer importância social.

6.6.5. Os atores institucionais

A decisão em 1º grau da 2ª Vara Federal de Niterói apresenta o enfrentamento com um dos maiores problemas urbanos encontrados no Brasil: a especulação imobiliária. Este tipo de

atividade danosa, tanto à poupança particular e aos fundos de pensão, quanto à coisa pública e ao ambiente, traz consigo danos irreversíveis à economia, ao ambiente, ao Poder Público, uma vez que corrompe, apropria-se de bens comuns, cria falsas expectativas e destrói em nome da proporção de “qualidade de vida” a poucos abastados.

A decisão, bem fundamentada e apoiada na regra, nos princípios e na argumentação jurídica, enfrentou todos os argumentos levados aos autos pelas partes, discutindo-os com a firmeza necessária, destacando as responsabilidades das instituições e cobrando destas a atitude necessária para que a pressão ambiental seja cessada, ou pelo menos aliviada, preservando-se, assim, o interesse público.

Ademais, o domínio público não se confunde com a propriedade pública (*res publicae*). O domínio público diz respeito a poder soberano no plano interno, incidindo sobre bens públicos, bens privados e “*res communes omnium*” (coisa fora do comércio). O Poder Público tem o dever de atuar sobre bens de qualquer natureza, sempre que necessário para preservar o interesse público.

A Constituição Federal, neste ponto, não prima pela técnica, valendo-se indevidamente das noções de “propriedade” e “domínio” no art. 20 (PONTES DE MIRANDA. Comentários a Constituição de 1967, tomo I, Forense, 1987, p. 534). Em certos momentos utiliza “domínio” ao referir-se à “propriedade” (... *água em terrenos de seu domínio* ..., art. 20, III); noutros, utiliza o verbo “ser” (*são da União* ..., art. 20, caput) com nítida intenção de propriedade, referindo-se indistintamente a bens sujeitos ao domínio *stricto sensu* (mar territorial, lagos, rios) e a bens sujeitos à propriedade pública (terrenos de marinha).

Os bens comuns (*res communes omnium*, coisa fora do comércio) são bens insuscetíveis de apropriação e, pela própria natureza, são indivisíveis, pertencendo à coletividade. São exemplos de bens comuns: o ar, mar, florestas, os bens de valor histórico etc. Estes bens não são de propriedade do Estado (*res publicae*), porém encontram-se sujeitos ao seu domínio; também não se confundindo com bens públicos de uso comum, que são bens do patrimônio público com destinação comum, tais como as praças públicas, ruas avenidas etc. Em termos práticos, o bem público de uso comum pode ter sua destinação alterada, para bens de uso especial ou dominical, de acordo com a lei; não obstante, os bens comuns (*res communes omnium*), sujeitos ao domínio público, não podem ter sua destinação alterada nem mesmo por lei, em decorrência de uma impossibilidade material.

Observa-se o cuidado do magistrado em fundamentar sua decisão, apoiando-se em dados técnicos e na dogmática jurídica, interpretando questões de ordem administrativa tanto em prol do particular, quanto da Administração Pública, demonstrando isenção e cuidado na condução do processo.

O Ministério Público Federal, apesar dos deslizes apontados pelo magistrado, cumpriu seu papel ao propor a ação civil pública na defesa do ambiente, do patrimônio cultural, do patrimônio público federal e, conforme salientado pelo juiz, dos bens públicos elencados na Carta de 1988, tendo como assistentes o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Ressaltamos a importância

da Instituição na sociedade de risco onde a criminalidade é totalmente econômica e organizacional, agindo de forma ampla e atingindo todos os segmentos sociais, ditando regras e corrompendo o aparelho do Estado.

A Administração Pública, por seu turno, parece não ter agido conforme as expectativas dos cidadãos, concedendo toda sorte de licenças da sua atribuição, deixando de exercer o poder de polícia que lhe é facultado, facilitando, assim, a degradação ambiental, a usurpação dos bens comuns e do patrimônio do público, além da privatização dos lucros e da socialização das despesas decorrentes dos empreendimentos imobiliários que seguem a lógica capitalista extremada.

6.6.6. Corte ambiental

Cabe neste ponto recordar a formulação alemã do princípio da precaução composta por quatro elementos que devem ser combinados para que sejam eficazes na eliminação dos riscos socioambientais, conforme apontado por NARDY (2003, p. 173), nos seguintes termos:

a) os danos ambientais devem ser, prioritariamente, evitados; b) a pesquisa científica desempenha papel essencial na identificação de ameaças ou riscos ambientais; c) sem embargo desse papel de relevo, ações preventivas são consideradas essenciais mesmo na ausência de evidências causais conclusivas; d) todo desenvolvimento tecnológico deve ser harmonizado com a exigência de progressiva redução dos ônus ambientais suportados pela sociedade.

Ao analisar o estado de conservação dos sítios arqueológicos encontrados na área objeto do conflito, o juiz, com base nos autos, entendeu que existe uma indefinição sobre o estado de conservação daqueles, apontando a divergência de opiniões trazidas à discussão. Diante deste quadro, optou pela aplicação do princípio da precaução, nos seguintes termos:

Nesse contexto, diante da indefinição acerca do real estado de conservação dos referidos sítios arqueológicos e da necessidade de que sejam conduzidos novos estudos na área e, ainda, da possibilidade de dano concreto aos mesmos, invoco o princípio da precaução, segundo o qual a ‘ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas ...’ (CATALAN, Marcos Jorge. Revista de Direito Ambiental. Ed. 38, ano 10, abril-junho de 2005, p. 170).

Considero, pois, os Sítios Duna Pequena, Sambaqui Cambinhas e Duna Grande bens públicos da União e sujeitos à proteção conferida pela Constituição Federal (art. 216, § 1º, CF/88) e pela Lei 3.924/61, vedada qualquer espécie de construção no terreno em que estiverem situados, num raio de 20 metros ao seu redor, sem exceções, sendo vedada, ainda, a construção num raio de 50 metros (30 metros a partir dos 20 metros ao redor do referido sítio), salvo no caso de avaliação e anuência da União (IPHAN), quanto à viabilidade e os riscos ao patrimônio histórico cultural.

Percebe-se na decisão do magistrado uma preocupação com o ambiente que vai de encontro à especulação imobiliária e aos interesses particulares, fato este que demonstra o cuidado com a coisa pública e, conseqüentemente, com questões ambientais capazes de proporcionar a sensação de cidadania que se perde diante da espoliação dos bens públicos. No tocante à decisão, aponta-se para a opção feita da conjunção entre regras e princípios, opção esta que vai ao encontro das necessidades da sociedade de risco.

Ao tratar das “Áreas não edificantes e as APPs”, o juiz aborda as categorias utilidade pública e interesse social, tecendo as seguintes considerações:

(...) a utilidade pública estaria relacionada com as atividades básicas e essenciais do Estado; o interesse social com a proteção do próprio meio ambiente. Vale dizer: as construções, ocupações ou aterros que envolvessem supressão de vegetação ou floresta, em área de preservação permanente, só se justificariam diante da necessidade da área a ser utilizada para a prestação de serviço público essencial à coletividade ou para serviço público destinado à proteção do próprio meio ambiente.

De fato, não seria razoável interpretar extensivamente o conceito de utilidade pública ou interesse social, em detrimento do princípio do meio ambiente, que consagra valores fundamentais, relacionados com a saúde e sobrevivência de gerações atuais e futuras. Nessa tensão de valores, arrisco a afirmar que até mesmo a expressão “serviço público essencial” deve sofrer uma interpretação restritiva, para que seja coerente com o valor à vida, repito, de gerações atuais e futuras – bem maior tutelado pelo princípio do meio ambiente.

Nessas circunstâncias, observa-se, mais uma vez, o cuidado com as disposições da Carta de 1988 e a ponderação de valores realizada pelo magistrado. Constata-se, no caso, a aplicação de princípios ambientais flexibilizando o positivismo normativista e apontando para um Direito que busca cumprir as expectativas do tecido social, permitindo ao Poder Judiciário decisões que efetivamente cumpram seu papel de solucionar conflitos de forma a afastar a sensação de insegurança e de falta de perspectivas geradas pela sociedade de risco.

CONCLUSÕES

Vinte anos após o acidente nuclear de Chernobyl, Ucrânia, ocorrido em 26 de abril de 1986, acidente este que, direta e indiretamente, ocasionou, até os nossos dias, mais de 93 mil mortes, além do aparecimento de diversas patologias em que se destacam vários tipos de cânceres, cataratas e doenças cardiovasculares, sendo certo que há, ainda, regiões naquele país que apresentam altos índices de contaminação radioativa, somado à questão dos problemas de ordem econômica emblematicamente representados por meio da remoção forçada de 300 mil pessoas do entorno do acidente num raio de 30 quilômetros que, ainda hoje, tem acesso controlado por força policial, a humanidade ainda não conseguiu resolver problemas básicos de convivência com os riscos por ela criada.

O impacto do “acidente” não ficou restrito a esta zona de exclusão que tornou-se cemitério de milhares de prédios e veículos abandonados onde, ainda hoje, as águas do rio apresentam-se contaminadas pela radiação, sítios esses que são objeto de pesquisa, uma vez que a mutação genética se faz presente na natureza que teima em reagir à destruição imposta pela explosão do reator nº 4 da usina, cujas sucessivas detonações lançaram uma nuvem radioativa de cézio 137 e outras substâncias que atingiram a Europa, Ásia e África. Além dos danos ambientais que ainda não são quantificáveis, o acidente causou forte impacto econômico, atingindo principalmente a Europa na sua porção norte, tendo reflexos diretos até no Brasil por ocasião da importação de leite daquele continente, fato este objeto de intensas discussões, dado que a exposição da população brasileira, ou qualquer outra, à contaminação era, e é, inconcebível.

Tais acontecimentos, assim como o atentado terrorista de 11 de setembro aos Estados Unidos da América, são altamente impactantes, levando à comoção todo o mundo ocidental. Porém, não desconsiderando a relevância dos fatos supracitados, é impossível colocar em segundo plano o alto impacto decorrente da falta dos cuidados inerentes à gestão e planejamento das cidades - estas que ocupam 0,4% da superfície do planeta e são responsáveis direta e indiretamente pela emissão de 75% dos gases de efeito estufa além de sofrer um acréscimo de 50 milhões de pessoas a cada ano, notadamente naquelas situadas em países de Terceiro Mundo, em que a falta de infra-estrutura urbana aliada à corrupção do aparelho estatal e à distribuição desequilibrada de renda, potencializa os problemas decorrentes das situações inerentes a estes espaços urbanos. Neste sentido, os acontecimentos no estado de São Paulo a partir do dia 13 de maio de 2006, que atingiram o auge na segunda-feira, dia 15, acontecimentos estes que se repetiram dois meses depois, cujo resultado foi a

morte de dezenas de pessoas, incluindo policiais, delinquentes e cidadãos comuns, principalmente aqueles moradores em bairros periféricos, além de danos materiais incalculáveis, representando um verdadeiro ataque terrorista em série, fatos estes repetidos em menor escala no Rio de Janeiro no final de dezembro do mesmo ano e início de 2007, demonstram a fragilidade de sociedades expostas ao risco e perigo em, exigindo mudanças profundas no entendimento, construção e aplicação das normas.

A partir da constatação que vivemos em uma *sociedade de risco* que é complexa, informacional, multicultural e multíveloz, depara-se com uma crise instalada no cerne do subsistema social do Direito, uma vez que este não consegue dar ao sistema respostas aos problemas contemporâneos que se avolumam sem expectativas de solução, num processo que leva ao descrédito e à desesperança. Porém, considerando que a crise impulsiona as mudanças, entende-se que o Direito passa por uma transição de paradigma capaz de dar respostas satisfatórias aos anseios sociais.

Neste contexto de risco em que não existem heróis nem mestres, permeado por problemas sócio-ambientais em um cenário econômico neoliberal e numa cultura que diminui a solidariedade e independência, questiona-se: quais são os instrumentos disponíveis e sua eficiência na solução dos casos concretos respeitados a *dignidade da pessoa humana*, a *dignidade humana* na sua dimensão transindividual e o *mínimo vital* estabelecido sob as condições fáticas do país, sob a égide de um Estado constitucional que passa a abandonar a Teoria Constitucional pós-45, passando a adotar em sua base os valores uma nova tríade, *i.e.*, segurança, solidariedade e diversidade?

Considerando a alta complexidade do sistema social e a ineficiência do positivismo no sentido formal e do tecnicismo jurídico na condução e solução dos problemas contemporâneos, entendemos que as respostas a serem dadas pelo Estado por meio do Poder Judiciário aos questionamentos da sociedade neste Estado Democrático de Direito, precisam abandonar a neutralização imposta ao processo de socialização pela adoção daqueles paradigmas. Deve-se rever as idéias de “Estado de Direito”, *Rechtsstaat*, com normas que regem e restringem o exercício do poder e a regulação das relações entre particulares, sob pena de tornar os atores sociais meros expectadores quando do uso abusivo deste paradigma por parte de governos. Não se pode perder de vista a autonomia e a dignidade ínsitas à condição humana, respeitando a possibilidade do cumprimento das normas conforme a opção de cada indivíduo, mas dando-lhe a oportunidade de conhecer e discutir o ordenamento, tornando-o ator social de fato e de direito, capacitando-o como agente de um processo

argumentativo capaz de levá-lo ao entendimento das argumentações dos tribunais, bem como aquelas dos legisladores.

Entendendo o Direito como um subsistema social autopoietico comunicativo que deve manter conexão em tempo real com o sistema social sob a égide do respeito à dignidade da pessoa humana e da dignidade humana como bem de toda a humanidade, característica do Estado constitucional, o reconhecimento do “outro” como portador da mesma dignidade da pessoa humana impede agir de forma inseqüente em relação às questões ambientais e habitacionais, uma vez que fazem parte do grupo de Direitos fundamentais inerentes à condição humana, estes que constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica. Nessas condições, cumpre ao Direito, enquanto um sistema aberto no sentido de ser incompleto e permanecer em constante evolução e modificação e detentor de autonomia funcional, adaptar-se às necessidades da sociedade contemporânea, respondendo às questões de forma ágil e adaptando as normas à realidade social por meio da jurisprudência.

Neste cenário, entende-se como válida a hipótese da utilização dos *princípios ambientais* na defesa do tecido social e seu bem-estar, considerados todos os aspectos formadores da saúde estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, *i.e.*, aspectos não só referentes à ausência de doenças, mas um conjunto de fatores responsáveis pela manutenção do ser humano na sua completude, inclusive, e essencialmente, aqueles ligados ao ambiente em que se vive, aliados aos princípios que regem o Direito Urbanístico na construção e reconstrução do espaço urbano.

Nessas circunstâncias considera-se que o Direito Urbanístico no seu aspecto meramente formal, importante subsistema do Direito na condução das questões urbanas, indispensável no planejamento e gestão das cidades, por si só, é insuficiente para sanar os problemas inerentes à *sociedade de risco*, carecendo de fundamentos do Direito Ambiental, principalmente dos *princípios ambientais* que lhes são ínsitos e que lhe conferem o dinamismo necessário, uma vez que as normas ambientais trazem em seu bojo a aplicação das regras somadas aos princípios que, aliadas à argumentação jurídica, possibilitam a adequação necessária às soluções dos litígios carecedores de soluções únicas para cada caso, dado as características diversas das diferentes situações, considerando, ainda, que a aplicação dos princípios pode resultar em diferentes soluções para o mesmo caso.

Decidir sobre casos concretos deve levar o julgador a apreciar o sistema ao qual os fatos pertencem, não sendo admissível a simples descrição desses conforme narrados nos

autos, situação em que o tecnicismo será utilizado pura e simplesmente, transmitindo insegurança e insatisfação às partes. Nessas circunstâncias, entende-se ser necessária maior utilização dos *princípios ambientais* na fundamentação das sentenças, tornando-as mais próximas às necessidades inerentes à solução dos conflitos, objetivo final do Direito. Assim, considerando as premissas do *funcionalismo*, onde o conteúdo social deve ser entendido como relevante e os dogmas fechados não podem existir, pensa-se haver a necessidade da flexibilização da aplicação das normas, cabendo ao intérprete a adequação necessária à solução da situação conflituosa.

Os riscos estão diretamente ligados às decisões que são tomadas tanto por indivíduos de forma isolada, quanto por organizações, governos e toda sorte de instituições, milhões de vezes ao dia, todos os dias. A razoabilidade esperada para a diminuição daqueles, requer tomadas de decisão que sejam efetivamente importantes no contexto social, situação esta que afasta julgamentos meramente simbólicos e destituídos de qualquer significado para o grupo a que se dirige. A metrópole, caótica, convulsionada, multicultural e multivez, exige respostas que não são encontradas em sistemas fechados e carregados de uma dogmática blindada à sociedade e suas necessidades, estas que são mutantes e dotadas de um dinamismo impossível de ser medido.

Ao analisar-se os casos apresentados nesta tese, verifica-se que, de forma ainda isolada e embrionária, o Poder Judiciário começa a manifestar-se no sentido de reconhecer a *sociedade de risco* e a considerar a importância da questão ambiental em suas decisões, tratando o ambiente como fator da mais alta relevância, em detrimento de argumentações baseadas em paradigmas já ultrapassados que garantiam a todo custo a propriedade privada e a divisão de poderes, o que confere uma blindagem propiciadora de manobras da coisa pública inadmissíveis no Estado Democrático de Direito, este que deve ser pautado pela transparência do seu planejamento e gestão.

A dogmática jurídica, entendida como o estudo da evolução dos institutos jurídicos a partir dos seus primórdios e as transformações impostas pela jurisprudência, vem se mostrando resistente às mudanças impostas pela *sociedade de risco*, fechando-se em seu subsistema e atuando de forma simbólica em situações que requerem mais que a aplicação do Direito positivo legalista, havendo a necessidade urgente da observação dos valores, regras e princípios positivados na Carta Constitucional de 1988. Entende-se, ainda, que a Administração Pública, por seu turno, carece de maior sensibilidade e atuação mais condizente com os novos paradigmas que se impõe, devendo dar respostas mais rápidas e efetivas à sociedade, de forma a satisfazer seus anseios e procurar cumprir o princípio do

desenvolvimento sustentável, firme na posição de co-garantidora do princípio da *dignidade da pessoa humana*, princípio basilar que é diretriz material na identificação de direitos implícitos no texto constitucional.

Assim, diante do paradigma do *regulatory State* que se apresenta como o sucessor do Estado de Polícia e do Estado intervencionista, defende-se esta hipótese como válida neste momento histórico de profundas revoluções que não deixam o subsistema jurídico à margem das transformações, para que se possa ter um cenário menos ameaçador e mais condizente com o desenvolvimento sustentável, objetivo dos Estados constitucionais e dos grandes blocos econômicos. Para tanto, há de ocorrer uma forte mudança no aparelho do Estado brasileiro que, sobre bases democráticas, deve promover a defesa do ambiente juntamente com a garantia no *mínimo vital* e o desenvolvimento econômico para que, desta forma, se consiga vislumbrar a realização de fato do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A AMEAÇA aos mananciais. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 28 nov. 2006. Notas e informações, A3.
- ABBAGNANO, Nicola. DICIONÁRIO de filosofia. Tradução por Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALEMANHA. *Departamento de Prensa e Infformación del Gobierno Federal. Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés, Ricardo García Macho, Karl-Peter Sommermann. Bonn, Alemanha: *Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal*, 2000.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução por Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 2004.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005a.
- _____. *La institucionalización de la justicia*. Tradução por José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005b.
- _____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Tradução por Manuel Atienza. In **Doxa**. 1988, n. 5, p.139 – 151. Disponível em:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Reimpressão da edição de 2004. Coimbra: Almedina, 2006.
- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopiético**. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Habermas, ou como não jogar fora o bebê junto com a água do banho. In: **CULT**, ano 8, n. 97, 64-65.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução por Roberto Barroso. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

- AUDARD, Catherine. Cidadão: individualidade moral e cidadania. Tradução por Paulo Neves. In: DICIONÁRIO de ética e filosofia moral. CANTO-SPERBER, Monique (Org.) São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2003.
- BALDO, Marcus Vinícius C.; CRAVO, André M.; HADDAD JR., Hamilton. Máscaras do tempo. In: **Scientific American Brasil**, ano 5, n. 50, jul 06, 68 – 75.
- BALIBAR, Étienne. *Uprisings in the Banlieues*. Tradução por James Ingram. In: **Constellations**, Oxford, Inglaterra: Blackwell Publishing, v. 14, n. 1, p. 47-71, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução por João Resende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.
- _____. BAUMAN, Zygmunt. **Europa**. Tradução por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- BEAUJEU-GARNIER, Jacqueline. **Geografia urbana**. Tradução por Raquel Soeiro de Brito. 2 ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- BECHMANN, Gottard; STEHR, Nico. *Introduction to the Aldine Transaction Edition*. In: LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Tradução por Rhodes Barret. New Brunswick, USA: Aldine Transaction, 2005a.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Tradução por Jorge Navarro, Daniel Jiménez, M^a Rosa Borrás. Barcelona, Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
- _____. **La sociedad del riesgo global**. Tradução por Jesús Alborés Rey. Madri, Espanha: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- _____. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução por Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003.
- _____. O Estado cosmopolita: para uma utopia realista. Tradução por Adriana Bebiano. In **Eurozine**. Disponível em: <<http://www.eurozine.com/article/2002-01-30-beck-pt.html>> . Acesso em: 13 ago 2005.
- BENEVOLO, Leonardo. **História da cidade**. Tradução por Silvia Mazza. 3ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução por Carmen C. Varriale *et. al.* 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BODY-GENDROT, Sophie. Cidade. Tradução por Maria Vitória Kessler. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **DICIONÁRIO** de ética e filosofia moral. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2003. v.1, p. 252-255.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Ciência política**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORDONI, Thereza Cristina. **Uma postura interdisciplinar**. Disponível em: <http://www.forumeducacao.hpg.ig.com.br/textos/textos/didat_7.htm>. Acesso em: 10 out. 2006.

BRAGA, Benedito *et al.* **Introdução à Engenharia Ambiental**: o desafio do desenvolvimento sustentável. 2 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2000 – Resultados do universo**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> . Acesso em: 27 dez. 2004.

_____. _____. **População estimada Popclock**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> . Acesso em: 10 maio 2006.

_____. _____. **População**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> . Acesso em: 01 fev. 2006.

_____. _____. **Famílias abaixo da linha de pobreza**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> . Acesso em: 01 de fev. 06.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Resolução nº 302, de 20 de março de 2002. **Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2006.

_____. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 06 out. 2005.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, estados e Municípios**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 27 dez. 2004.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2006.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 04 ago. 2006.

_____. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. **Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 15 ago. 2006.

_____. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. **Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2006.

_____. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. **Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 06 out. 2005.

_____. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. **Disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2006.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 set. 2006.

_____. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. **Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 set. 2006.

_____. Lei nº 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.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em: 27 dez. 2004.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 25 ago. 2005.

_____. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. **Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2220.htm>. Acesso em: 23 out. 2006.

_____. Medida Provisória nº 335, de 23 de dezembro de 2006. **Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, e 1.876, de 15 de julho de 1981, prevê medidas voltadas à**

regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Mpv/335.htm>. Acesso em: 30 dez. 2006.

_____. Ministério das Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. **Balço Energético Nacional 2006**: ano base 2005: resultados preliminares. Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada nº 88 – DF (2004/0075682-6)**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54 – 8 Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 abril 2006.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 87.768-1 Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 abril 2006.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 83.554-6 – Paraná**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 dez 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo (C. Cíveis Isoladas) nº 1.0388.04.004682-2/001 – Comarca de Luz**. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

BUARQUE, Daniel. Exclusão cordial. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 13 nov 2005. mais!, p.4-5.

CALVO, José Manuel. ‘Europa sofre de ideologia suicida’. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 01 jan 2006. Internacional p. A12-A13.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. Tradução por Ángeles Ródenas. In: **DOXA**, n. 25, p. 303-331, 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>. Acesso em: 29 jan. 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Introdução e tradução por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista do Tribunais, n. 58, p. 329-344, 2006.

_____. **Direito Constitucional: e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2004.

_____. **A constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- CARVALHO, Mario César; CIOFFI, Silvio. Niemeyer hipermoderno. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 13 dez. 2004. mais! p. 4-6.
- CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. Tradução por Arlene Caetano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coords.). **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 53-69.
- CEPAL. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Disponível em: <<http://www.cepal.org>> . Acesso em: 01 de fev. 06.
- CIDIN, Renata da Costa Pereira Jannes; SILVA, Ricardo Siloto da. **Pegada ecológica**: instrumentos de avaliação dos impactos antrópicos no meio natural. 2004. Disponível em: <<http://www.rc.unesp.br/igce/grad/geografia/revista/numero%203/eg0201rc.pdf>>. Acesso em: 26 de abril 07.
- CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?**: neoliberalismo e ordem global. Tradução por Pedro Jorgensen. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- COIMBRA, Ávila. **O outro lado do meio ambiente**: uma incursão humanista na questão ambiental. Campinas: Millenium, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CONFERÊNCIA INTERNACIONAL METRÓPOLES SAUDÁVEIS. Realizada de 17 à 19 de novembro, São Paulo, SP.
- CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- COSTA, Antonio Luiz M. C. Planeta favela. **Carta Capital**, São Paulo: Confianza, ano XII, n.392, p.10-15, 10 maio 2006.
- COUTINHO, Ronaldo. A Mitologia da Cidade Sustentável no Capitalismo. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coords.). **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 17-51.
- CUARTAS, Javier. *Los valores republicanos, en crisis*. **El País**. Madri, 11 nov 2005. Internacional, n. 10.386, p.9.
- DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coord.). **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71-86.

DAVIS, Mike. Planeta de favelas: a involução urbana e o proletariado informal. In: SADER, Emir (Org.). **Contragolpes**: seleção de artigos da *New Left Review*. Tradução por Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 191-218.

_____. *Planet of slums*. New York: Verso, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução por Estela dos Santos Abreu. Riode Janeiro: Contraponto, 1997.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DUARTE, Fernanda *et al* (Coords.). **Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de análise jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUROZOI, Gerard; ROUSSEL, André. **Dicionário de filosofia**. Tradução por Marina Appenzeller. 2 ed. Campinas, SP: Papyrus, 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade comentado**: Lei 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAMPTON, Kenneth. **História crítica da arquitetura moderna**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Estatuto da Cidade comentado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Tradução por Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução por Sandra Regina Netz. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Constitución como cultura**. Tradução por Ana María Montoya. Bogotá: Depto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2002.

HABERMAS, Jürgen. O caos da esfera pública. Tradução por Peter Naumann. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 ago. 2006. mais! p. 4-5.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução por George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

_____. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. Tradução por Márcio Suzuki. In: **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo: Brasileira de Ciências, n. 26, p. 100-113, março 1990.

_____. Arquitetura moderna e pós moderna. Tradução por Carlos Eduardo Jordão Machado. In **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo: Brasileira de Ciências, n. 18, p. 115-124, set 1987.

HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel. *Paradoxes of Capitalism*. In: *Constellations*. UK: Blackwell Publishing, v.13, n.1, p.41-58, 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.capes.gov.br/pesquisa.do>> . Acesso em: 17 mar. 2006.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. *Nuevo Foro Penal*, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, ano X, n. 51, p. 17-51.

HEINEMANN, Fritz. **A filosofia no século XX**. Tradução por Alexandre F. Morujão. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

HENNIGFELD, Jochem; HEINZ, Jansohn (Orgs.). **Filósofos da atualidade**. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2006.

HILL JR., Thomas E. Dignidade. Tradução por Magda Lopes. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). DICIONÁRIO de ética e filosofia moral. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2003. v.1, p. 440-444.

HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital, 1848-1875**. Tradução por Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo**. Tradução por Donaldson Magalhães Garschagen. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

HOLANDA, Frederico de. A determinação negativa do movimento moderno. In: HOLANDA, Frederico de. **Arquitetura & urbanidade**. São Paulo: Pro editores, 2003. cap. 1, p.18-39.

International Organization for Standardization – ISO. Disponível em: <<http://www.iso.org>>. Acesso em: 19 set 2006.

INWOOD, Michael. **Dicionário Hegel**. Tradução por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para a civilización tecnológica*. Tradução por Javier M^a Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.

KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Tradução por Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KOOLHAAS, Rem. Para além do delírio. In: NESBITT, Kate (Org.). **Uma nova agenda para a arquitetura**: antologia teórica (1965-1995). Tradução por Vera Pereira. São Paulo: Cosac Naify, 2006. p. 361-367.

KUHN, Thomas S. **O caminho desde A Estrutura**: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica. Tradução por Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006.

LE CORBUSIER. **A Carta de Atenas**. Tradução por Rebeca Scherer. São Paulo: HUCITEC: Editora da Universidade de São Paulo, 1989.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. A função social da propriedade. **Tribuna do Advogado**, Rio de Janeiro, Tribuna Livre, ano XXXII, n. 451, p. 10, jan. 2007.

_____. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. (Coords.). **Direito da Cidade**: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 1-15.

LOPES JR., Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean, LOPES JR., Dalmir (Org.) **Niklas Luhmann**: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Traduções por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Sila Manão, Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.1-30.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Tradução por Rhodes Barret. New Brunswick, USA: Aldine Transaction, 2005a.

_____. *El Derecho como sistema social*. Tradução por Carlos Gómez-Jara Díez. In: DíEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Editorial Comares. 2005b. p.69-85.

_____. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entedimiento comunicativo**. Tradução por Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos-Editorial. 2005c.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades**: alternativa para a crise urbana. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARTINS, Leonardo (org.) **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Coletânea original por Jürgen Schwabe. Tradução por

Beatriz Hening *at al.* Montevideo, Uruguai: *Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay*, 2005.

MCCHESENEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global**. Tradução por Pedro Jorgensen. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução por Waldéa Barcellos. Revisão da tradução por Marylene Pinto Michel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio. ¿“*DERECHO PENAL*” *DEL ENEMIGO*?. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Bogotá, Colômbia: *Universidad Externado de Colombia*, 2005. p. 41-68.

MENEGAT, Rualdo; ALMEIDA, Gerson. (Orgs.). **Desenvolvimento sustentável e gestão ambiental nas cidades: estratégias a partir de Porto Alegre**. Tradução dos textos em espanhol por Vera Lúcia do Amaral. Tradução dos textos em inglês por Vera Lúcia do Amaral e Hedy Hoffmann. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2001.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. Tradução por Nurimar Maria. São Paulo: Peirópolis, 2000.

MOTA, Maurício Jorge. Prefácio. In: BONIZZATO, Luigi. **O advento do Estatuto da Cidade e conseqüências fáticas em âmbito da propriedade, vizinhança e sociedade participativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. xv-xvii.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução por Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas**. Tradução por Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NADARAJAH, M.; YAMAMOTO, Ann Tomoko. *Introduction*. In: NADARAJAH, M.; YAMAMOTO, Ann Tomoko (Edit.). *Urban Crisis: culture and sustainability of cities*. Hong Kong: United Nations University, 2007.

NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Tradução por Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

- _____. A Teoria Crítica para além da “Escola de Frankfurt”. In: **Curso Livre de Teoria Crítica**. Goethe-Institut São Paulo. Palestra proferida em 11 set. 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA, Edmundo. **As vertentes da criminologia crítica**. Disponível em: <http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2_c3.html>. Acesso em: 06 jan. 2007.
- OLIVEIRA, Gilson Batista. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. In: OLIVEIRA, Gilson Batista de; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. (Orgs.). **O desenvolvimento sustentável em foco**: uma contribuição multidisciplinar. São Paulo: Annablume, 2006. p. 15-30.
- OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.
- PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini de. **Metodologia da pesquisa**: abordagem teórico-prática. 11. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2005.
- PÁDUA, José Augusto. Orgânicos X Transgênicos: a gente não quer só comida. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 out. 2006. mais! p. 6.
- PASCUAL, Andrés Sánchez. *Introducción*. In: JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para a civilización tecnológica*. Tradução por Javier M^a Fernández Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RIBEIRO, Helena. Estudo de Impacto Ambiental com instrumento de planejamento. In: PHILIPPI JR., Arlindo, ROMÉRO, Marcelo de Andrade, BRUNA, Gilda Collet (Ed.). **Curso de gestão ambiental**. Barueri, SP: Manole, 2004. p.759-790.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 10 nov. 2006.
- RIFKIN, Jeremy. ‘Homo urbanus’, ¿celebración o lamento?. **El País**. Madri, 6 jan. 2007, *Opinión*, p. 15.

- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. 6 reimp. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo dicionário de economia**. 9 ed. São Paulo: Best Seller, 2002.
- SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: televisão e pós-pensamento. Tradução por Antonio Angonese. Bauru, SP: EDUSC, 2001.
- SATO, Michele, SANTOS, José Eduardo. **Agenda 21**: em sinopse. São Carlos, SP: EdUFSCar, 1999.
- SCHERER, Rebeca. Apresentação. In LE CORBUSIER. **A Carta de Atenas**. Tradução por Rebeca Scherer. São Paulo: HUCITEC: Editora da Universidade de São Paulo, 1989.
- SCHENBERG, Mário. **Pensando a Física**. 5 ed. São Paulo: Landy, 2001.
- SERPA, Angelo. **O espaço público na cidade contemporânea**. São Paulo: Contexto, 2007.
- SILVA, Fernando Fernandes da. **As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da humanidade**. São Paulo: Peirópolis: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.
- SILVA, José Afonso da, **Direito Urbanístico brasileiro**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SERRA, Mônica Allende (Org.). **Diversidade cultural e desenvolvimento urbano**. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

- SOLÀ-MORALES, Ignasi de. **Territórios**. Prólogo de Saskia Sassen. Barcelona: Editorial Gustavo Gili, 2002.
- STRATHERN, Paul. **Uma breve história da economia**. Tradução por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- SOUZA, Ielbo M. Lobo de Souza; FOLLMANN, José Ivo (Orgs.). **Transdisciplinaridade e universalidade**: uma proposta de construção. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2003.
- SOUZA, José Crisóstomo de (Org. e trad.). **Filosofia, racionalidade, democracia**: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: Editora UNESP, 2005.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopiético**. Tradução por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TODOROV, Tzvetan. **A vida em comum**: ensaio de antropologia geral. Tradução por Denise Bottmann e Eleonora Bottmann. Campinas: Papirus, 1996.
- TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução por Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.
- UNESCO. Water for People Water for Life: the United Nations World Water Development Report. UNESCO Publishing / Berghahn Books, 2003.*
- VIEIRA, José Ribas. A Contribuição das Trajetórias Constitucionais Americana e Alemã para Redefinir o Conceito de Constituição Pós-45. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 197-209.
- VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In CSABA, Deák; SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, pp. 169-244.
- WEIL, Pierre; D'AMBROSIO, Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade**: sistemas abertos de conhecimento. São Paulo: Summus, 1993.
- WOLKEMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3.ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a.
- _____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006b.

**ANEXO A - *HABEAS CORPUS* N° 83.554-6 – PARANÁ – SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL.**

Supremo Tribunal Federal

16/08/2005

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 83.554-6 PARANÁ

RELATOR : **MIN. GILMARMENDES**
PACIENTE(S) : HENRI PHILIPPE REICHSTUL
IMPETRANTE(S) : JOSÉ GERARDO GROSSI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *Habeas Corpus*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência de nexos causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do relator.

Brasília, 16 de agosto de 2005.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

Supremo Tribunal Federal**16/08/2005****SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 83.554-6 PARANÁ**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACIENTE(S) : HENRI PHILIPPE REICHSTUL
IMPETRANTE(S) : JOSÉ GERARDO GROSSI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Henri Philippe Reichstul contra o Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus*, em decisão assim ementada, *verbis*:

"PROCESSO PENAL - CRIME AMBIENTAL - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - ALEGAÇÕES QUE EXIGEM DILAÇÃO PROBATÓRIA - INVIABILIDADE.

- No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação, pela via estreita do writ, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Tais circunstâncias incorrem no caso vertente.

- Recurso desprovido." (fl. 20)

Supremo Tribunal Federal**HC 83.554 / PR**

O paciente foi denunciado, na qualidade de Presidente da empresa Petrobrás, como incurso no art. 54 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998, nos seguintes termos, constantes da denúncia:

"No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza." (fls. 28/29)

O parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra Delza Curvello Rocha, de fls. 59-71, assim resumiu a controvérsia:

Supremo Tribunal Federal**HC 83.554 / PR**

"Contra essa decisão, impetra-se a presente ordem de habeas corpus, insistindo, o impetrante, no pedido de trancamento da ação penal, sob os mesmos argumentos, alegando falta de justa causa para o seu prosseguimento, acrescentando que 'a propósito do derramamento de óleo ocorrido na dia 18/01/2000, na Baía de Guanabara (Refinaria Duque de Caxias – REDUC), mencionado na denúncia acima transcrita, que, também, aí, o paciente Henri Phillipe Reichstul foi denunciado pelo Ministério Público Federal; que a denúncia foi recebida; que foi impetrada ordem de habeas corpus em favor do paciente, concedida pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região para trancar a ação penal (...)'.

Acrescenta, ainda, que a denúncia imputa ao paciente a prática de um crime omissivo impróprio, alegando que 'Será humanamente inexigível que o paciente fiscalize a conduta funcional de cada funcionário da Petrobrás...' e que, é 'impossível' atribuir ao paciente, 'na sua condição de presidente da companhia', 'o concreto dever inscrito em uma relação vital, em estreito vínculo com o 'bem jurídico' de evitar vazamento em cada centímetro dos 14.627 quilômetros de oleodutos operados pela Petrobrás' e que, 'é típico de responsabilização objetiva por fato alheio' (fls. 14)."

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do writ.

O impetrante apresentou memoriais, sustentando que a condenação do paciente configuraria responsabilidade penal objetiva,

Supremo Tribunal Federal**HC 83.554 / PR**

pois o art. 2o da Lei 9.605, de 1998 se caracteriza como crime omissivo impróprio, independente da existência de relação concreta entre os representantes da pessoa jurídica e seus servidores.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal**16/08/2005****SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 83.554-6 PARANÁ****V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (Relator): Conforme relatei, pretende-se, no caso, a incriminação de ex-Presidente de uma instituição do porte da Petrobrás tendo em vista a ocorrência de derramamento de óleo em determinado empreendimento de refino de petróleo.

Seguindo a perspectiva analítica do crime (fato típico, ilícito e culpável, sendo o fato típico composto por conduta, resultado, nexos de causalidade, e tipicidade), e consideradas as circunstâncias do caso, penso que precisamos aqui realizar um exame cuidadoso da conduta considerada criminosa, assim como a análise do nexos de causalidade entre essa conduta e o resultado considerado lesivo ao meio ambiente.

A conduta

Na referida perspectiva analítica, o primeiro elemento do fato crime é a conduta, que deve ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva.

Não há crime sem conduta, essa é uma garantia elementar do direito penal moderno, a afastar qualquer perspectiva de punição do pensamento, da forma de ser, de características pessoais, etc.

Conforme bem advertem Zaffaroni e Pierangeli, não obstante a aparente obviedade do princípio de que não há crime sem conduta, no momento atual não faltam tentativas de suprimir ou de obstaculizar esta garantia. Zaffaroni e Pierangeli, entre outras questões, discutem, especificamente, a legitimidade da responsabilização da

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

pessoa jurídica. (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 4a. ed., São Paulo, RT, 2002, p. 409).

Essa não é, certamente, uma discussão pertinente ao presente caso. O que quero enfatizar aqui é que a primeira baliza para a análise do fato crime é a correta percepção da conduta exteriorizada pelo suposto autor do delito.

A conduta, em uma perspectiva finalista, consiste em um comportamento voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. A finalidade da conduta, conforme lições de Rogério Greco, pode ser ilícita – e aqui temos o dolo – ou lícita, hipótese em que a existência de crime estará vinculada a previsão legal expressa no sentido da incriminação de ato culposos (Curso de Direito Penal, 5ª.Ed., Rio de Janeiro, Impetus, p 166).

No caso em exame, ao final da denúncia formulada contra o paciente, o Ministério Público afirma que "incurreram os denunciados nas sanções do artigo 54 da Lei 9.605/98". O referido artigo prevê a incriminação tanto da modalidade dolosa quanto da modalidade culposa. Todavia, a denúncia não explicita em qual modalidade pretende o Ministério Público ver o réu condenado.

Considero necessário, nesse ponto, registrar os trechos da denúncia em que são descritas especificamente condutas do paciente (destaques nossos):

"No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRAS - Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária - Estado do Paraná. denominada Refinaria Presidente Getulio Vargas - REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru,

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

provocando na mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas - dentre as disponíveis - para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza." (fls.28/29)

"A PETROBRAS está sob o comando do denunciado Henri Philippe Reichstul desde maio de 1999. A sua administração representa um grande paradoxo.

De um lado a PETROBRAS obteve o melhor desempenho econômico de sua história - um lucro líquido de quase 5 bilhões de dólares - e o valor de mercado da empresa quase que triplicou (passou de 9 bilhões de dólares em janeiro de 1999 para 30 bilhões em janeiro deste ano) - (Reportagem da Revista Exame, edição 737, de 04 de abril de 2001 - páginas 46/47).

Em contrapartida, a PETROBRAS se envolveu em três grandes e graves acidentes em pouco mais de quatorze meses: o derrame de óleo combustível na Baía de Guanabara, o derrame de petróleo nos Rios Barigüi e Iguazu e o acidente na P-36 no campo de Roncador, a 120 Km da costa do litoral fluminense, fora os de menor gravidade, elencados nas informações da Agência Nacional do Petróleo.

[...]

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

Os acidentes têm ocorrido em progressão geométrica em todo o país não por mero acaso. Todos eles têm relação direta com uma política empresarial preordenada, implantada pelo seu Presidente, buscando em primeiro lugar a auto-suficiência na produção de petróleo. Ocorre que não há como aumentar abruptamente os níveis de produtividade e faturamento numa atividade deste tipo sem comprometer os níveis de segurança. Assume-se um risco calculado. [...].

O denunciado Reichstul instituiu 'profunda metamorfose administrativa' na empresa (reportagem acima citada - p. 47), adotando um planejamento estratégico, dividiu a PETROBRAS em 40 unidades de negócios, que funcionam com metas e resultados próprios. Segundo a reportagem mencionada, com a criação de unidades de negócios voltadas para uma gestão de resultados, não há dúvida de que existe uma pressão para que ocorra um aumento na produtividade na empresa. Afinal, o Presidente da PETROBRAS pretende transformá-la na maior empresa de energia do Hemisfério Sul." (fls. 41/42)

"DAS MEDIDAS ADOTADAS DEPOIS DOS VAZAMENTOS DA BAÍA DA GUANABARA E DOS RIOS BARIGÜI E IGUAÇU:

Após o vazamento na Baía da Guanabara, ocorrido em janeiro de 2000, o denunciado Henri, Presidente da PETROBRAS, decidiu investir em um projeto ambiental de prevenção de acidentes, batizado de PEGASO - Programa de Excelência em Gestão Ambiental e

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

Segurança Operacional. A medida foi adotada tardiamente, sendo que ainda não alcançou os resultados almejados na prevenção de acidentes. Este fato foi reconhecido por Henri P. Reichstul, quando afirmou em entrevista concedida à Folha de São Paulo em 15 de agosto de 2000, no caderno 'cotidiano', em anexo, que a PETROBRAS só alcançará a excelência ambiental em 2003, sendo impossível garantir que novos vazamentos de petróleo não irão ocorrer até lá.

Quando aconteceu o vazamento nos Rios Barigüi e Iguacu, nova resolução foi tomada pela denunciada PETROBRAS, por meio de seu Presidente denunciado Henri, ou seja, foi criado o programa chamado de vigilância máxima. Com este programa procurou-se colocar em prática desde procedimentos até pequenas obras destinadas a minimizar os efeitos de um vazamento.

Estas medidas deveriam ter sido tomadas anteriormente ao fato, pela empresa denunciada, por meio de seu Presidente Henri P. Reichstul e do então Superintendente da REPAR denunciado Luiz Eduardo Valente Moreira." (fl. 44/45)

"O vazamento da REPAR é um exemplo claro de que o oleoduto não estava sofrendo manutenção preventiva e controle adequado. O vazamento, portanto, era previsível pelo então Superintendente da REPAR e pelo Presidente da PETROBRAS, que se omitiram em adotar medidas prévias que pudessem evitá-lo, com conhecimento da situação de perigo.

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

A adoção prévia das medidas até aqui mencionadas pela PETROBRAS, através do então Superintendente da REPAR e pelo seu Presidente, teria evitado o derrame. Ambos tinham o dever de cuidado pelas posições por eles ocupadas na empresa e a responsabilidade de evitar o vazamento, o que não fizeram a fim de atingir a meta de redução de custos com pessoal, segurança e manutenção, assumindo o risco de produzir o resultado, mesmo depois do grande vazamento de óleo ocorrido na Baía de Guanabara, que chamou atenção da empresa para as dificuldades relacionadas ao funcionamento dos oleodutos.

Particularmente, o dever de cuidado do denunciado Henri era ainda mais acentuado na época do fato imputado nesta denúncia, uma vez que ajuste organizacional realizado na PETROBRÁS, em abril de 2000, aprovado pelo seu Conselho de Administração, cumulou na pessoa desse denunciado seis funções corporativas: estratégia corporativa, gestão de desempenho empresarial, desenvolvimento de novos negócios, comunicação institucional, jurídico e meio ambiente (documento procedimento MPF , vol. 2 - fls. 534/535)." (fls. 45/46)

São essas, portanto, as condutas praticadas pelo paciente, nos termos da denúncia. Estabelecidos os limites das condutas efetivamente praticadas pelo paciente, passo a analisar o nexo de causalidade entre a conduta e o evento danoso.

O Nexo de causalidade

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

O nexó de causalidade encontra previsão no art. 13 do Código Penal, *verbis*:

"Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considerase causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

Conforme sintetiza Rogério Greco, dentre as várias teorias que cuidaram da relação de causalidade destacam-se três: a teoria da causalidade adequada; a teoria da relevância jurídica; e a teoria da equivalência dos antecedentes causais, *verbis*:

"Pela teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Kries, causa é a condição necessária e adequada a

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

determinar a produção do evento. Na precisa lição de Paulo José da Costa Júnior, 'considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *quod plerumque accidit*, excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Não são levados em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aqueles que, além de indispensáveis, sejam idôneas à causação do evento'.

No exemplo de Beling, não existiria relação causal entre acender uma lareira no inverno e o incêndio produzido pelas fagulhas carregadas pelo vento.

A teoria da relevância entende como causa a condição relevante para o resultado. Luis Greco, dissertando sobre o tema, procurando descobrir o significado do juízo de relevância, diz que "primeiramente, ele engloba dentro de si o juízo de adequação. Será irrelevante tudo aquilo que for imprevisível para o homem prudente, situado no momento da prática da ação. Só o objetivamente previsível é causa relevante. Mezger vai um pouco além da teoria da adequação, ao trabalhar, simultaneamente, com um segundo critério: *a interpretação teleológica dos tipos*. Aqui, não é possível enumerar nada de genérico: será o telos específico de cada tipo da parte especial que dirá o que não pode mais ser considerado relevante". Assim, no conhecido exemplo daquele que joga um balde d'água em uma represa completamente cheia, fazendo com que se rompa o dique, não pode ser responsabilizado pela inundação, pois que sua conduta não pode ser considerada relevante a ponto de ser-lhe imputada a infração penal tipificada no art. 254 do Código Penal.

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, de Von Buri, adotada pelo nosso Código Penal, considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Isso significa que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado a partir de uma eliminação hipotética. Se, suprimido mentalmente o fato, vier a ocorrer uma modificação no resultado, é sinal de que aquele é causa deste último.

Pela análise do conceito de causa concebido pela teoria da *conditio sine qua non*, podemos observar que, partindo do resultado naturalístico, devemos fazer uma regressão almejando descobrir tudo aquilo que tenha exercido influência na sua produção." (Curso de Direito Penal, 5a. Ed., Rio de Janeiro, Impetus, pp. 241/242)

Na teoria da equivalência dos antecedentes (ou da *conditio sine qua non*), como visto, afigura-se essencial que a causa seja indispensável na produção do resultado. Para se verificar se o fato é causador do resultado é feito o chamado "teste da eliminação hipotética". Suprimido mentalmente o fato, se ocorrer uma modificação no resultado, isto evidenciaria que o fato é sim relevante à produção do resultado. Tomemos como exemplo um crime de homicídio praticado com arma de fogo. Admitida a referida teoria, nos contornos até aqui apresentados, chegaríamos à responsabilização não apenas daquele que efetuou o disparo, mas também do próprio vendedor ou mesmo do fabricante da arma.

E aqui surge uma das críticas à teoria, pois ela estaria na verdade a permitir um problemático "regresso ao infinito".

Mas há uma correção doutrinária para esse problema. Para se evitar a regressão ao infinito, interrompe-se a cadeia causal no momento em que não houver dolo ou culpa por parte

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

daquelas pessoas que tiveram alguma importância na produção do resultado (Greco, cit., p. 244). Voltando ao exemplo do crime cometido com arma de fogo, não se poderia imputar o crime à indústria que produziu e vendeu licitamente a arma de fogo.

Essa restrição a uma perspectiva de regresso ao infinito, para fins de responsabilização, também ocorre no campo civil. Lembro-me aqui do conhecido precedente desta Corte no RE 130764, sob a relatoria de Moreira Alves (DJ 7.8.1992). Discutia-se, ali, a responsabilização do Estado por crime praticado por foragidos de estabelecimento prisional. Consta da ementa:

"Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Estamos aqui no âmbito penal, onde os rigores para se alcançar uma punição certamente são maiores.

Olhando especificamente para o caso deste habeas corpus, ainda que pudéssemos conceber hipóteses de responsabilização criminal de um dirigente de uma pessoa jurídica da complexidade da Petrobrás, em razão de um evento danoso ocorrido em um de seus oleodutos, certamente teríamos que, no mínimo, zelar por um compromisso de consistência em relação a esse aspecto elementar do direito penal, que é a vinculação entre fato e autor do fato.

No caso concreto, considerando a palavra "causa" em sua perspectiva penalmente relevante, indago: O paciente praticou fato que constituiu causa para a ocorrência do vazamento?

Com o devido respeito, sequer uma relação causal naturalista está bem descrita na denúncia.

A descrição do evento danoso está clara. Trata-se de um vazamento em um oleoduto da Petrobrás. Tal vazamento teria causado danos ambientais. As causas para a ruptura de um oleoduto podem ser várias. Mas isso não vem ao caso, essa é uma matéria de prova que não me parece necessária na presente discussão.

Mas a relação de causa e efeito entre a conduta do paciente e o vazamento do oleoduto não estão nada claras.

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

Considerando as circunstâncias do caso, penso que é inevitável, a partir dos elementos de que dispomos nos autos, sobretudo a partir dos fatos descritos na denúncia, perquirir se há essa condição mínima para a persecução penal, qual seja, a descrição de um liame consistente entre conduta e resultado.

Não estamos aqui a discutir responsabilidade de pessoa jurídica. E talvez isso seja um fator para uma certa confusão na peça acusatória, que refere-se conjuntamente à Petrobrás e a seu dirigente.

O problema aqui refere-se aos limites de responsabilização penal dos dirigentes de pessoas jurídicas em relação a atos praticados sob o manto da pessoa jurídica. Essa distinção, que parece óbvia, é importante no caso, tendo em vista a referida confusão estabelecida na peça acusatória.

Trazendo a questão para o caso concreto, precisamos necessariamente conferir um tratamento diferenciado entre pessoa física e pessoa jurídica. A relação Petrobrás-oleoduto não pode ser equiparada com uma relação Presidente da Petrobrás-oleoduto!

A responsabilização penal de pessoa física, não podemos esquecer, ainda obedece àqueles parâmetros legais de garantia que tem caracterizado o direito penal moderno, especialmente a partir do pensamento de Beccaria. E aqui não há espaço para o arbítrio.

Entre outras inúmeras garantias do acusado, remanesce a perspectiva de que não há crime sem conduta, e também não há crime sem que exista um vínculo entre a conduta e o resultado. Nessa linha, indago: podemos equiparar, sem qualquer restrição, no âmbito penal, a conduta de pessoa jurídica com a conduta de seu dirigente? Podemos tratar, do mesmo modo, o nexos de causalidade entre atos de pessoa jurídica e evento danoso, e atos do dirigente da pessoa jurídica e evento danoso praticado em nome da pessoa jurídica?

Não estou excluindo, obviamente, a possibilidade de prática de crimes por parte de dirigentes de pessoas jurídicas justamente na direção de tais entidades. Não é isto! O que quero enfatizar é que não podemos, para fins de responsabilização individual, admitir uma equiparação tosca entre atos de pessoa jurídica e atos de seus dirigentes.

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

No caso em exame, penso que temos, nos autos, os elementos objetivos para o enfrentamento da questão.

Não me impressiona o argumento utilizado pelo STJ, no sentido de que a apreciação das alegações exigiriam dilação probatória.

Da leitura da denúncia, penso, resta evidente um grosseiro equívoco e uma notória lacuna na tentativa de vincular, com gravíssimos efeitos penais, a conduta do ex-Presidente da Petrobrás e um vazamento de óleo ocorrido em determinado ponto de uma malha mais de 14 mil quilômetros de oleodutos!

A par de um julgamento da gestão do Sr. Reichstul à frente da Petrobrás, não há um elemento consistente a vincular o paciente ao vazamento de óleo.

Precisamos aqui refletir sobre isso. Houvesse relação de causa e efeito entre uma ação ou omissão do ex-Presidente da Petrobrás, deveria o órgão do Ministério Público explicitá-la de modo consistente. E se houvesse consistência, penso, a cadeia causal dificilmente ocorreria diretamente entre um ato da Presidência de Petrobrás e um oleoduto. Imagino que entre a Presidência da Petrobrás, obviamente um órgão de gestão, e um tubo de óleo, há inúmeras instâncias gerenciais e de operação em campo. Não há uma equipe de engenheiros responsável pela referida tubulação? É o Presidente da Petrobrás que examina, por todos os dias, o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos? Não há engenheiros de segurança na Petrobrás? Obviamente não estou pressupondo uma responsabilização sequer dos engenheiros de segurança. Também para estes há o estatuto de garantias no âmbito penal. O que quero é evidenciar que, se há um evento danoso e se há uma tentativa de responsabilização individual, um pressuposto básico para isto é a demonstração consistente de relação de causalidade entre o suposto agente criminoso e o fato.

Não vejo, com a devida vênia, como imputar o evento danoso descrito na denúncia ao ora paciente. Caso contrário, sempre que houvesse um vazamento de petróleo em razão de atos da Petrobrás, o seu presidente inevitavelmente seria responsabilizado em termos criminais. Isso é, no mínimo, um exagero.

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

Penso que, no caso, estamos diante de um quadro de evidente irracionalidade e de má compreensão dos limites do direito penal.

Considerando apenas as condutas objetivamente imputadas ao paciente, verifica-se que, no fundo, a única motivação para a denúncia seria uma contestação genérica à gestão do Sr. Reichstul à frente da Petrobrás. E mais, a partir de uma confusão entre atos da pessoa jurídica e atos individuais – e essa distinção me parece fundamental quando estamos falando de direito penal! –, busca-se atribuir ao Presidente da instituição qualquer dano ambiental decorrente da atuação da Petrobrás. E, com isto, chega-se ao exagero de buscar conferir ao ex-Presidente da Petrobrás a pecha de criminoso.

Cabe lembrar que a atuação institucional de uma autoridade que dirige uma instituição como a Petrobrás dá-se em um contexto notório de risco. Lembro-me aqui do pensamento de Canotilho, acerca do chamado "paradigma da sociedade de risco" (Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 1304). A possibilidade de erro em tais domínios não causa espanto, e os erros podem ser atribuídos tanto a agentes da instituição quanto à própria instituição. Há mecanismos de controle e de repressão a ambos. E também há gradações. Ainda que desconsideremos as diversas esferas de controle de atos administrativos, olhando o caso concreto, é inevitável indagar: Qual é o erro imputado objetivamente ao ex- Presidente da Petrobrás?! Ou ainda: o dano ambiental atribuído à Petrobrás pode ser imputado, em qualquer hipótese, a seu Presidente?

Com o máximo respeito, acreditar que qualquer dano ambiental atribuível à Petrobrás representa um ato criminoso de seu Presidente afigura-se, no mínimo, um excesso.

Lembro-me aqui, na linha de Canotilho, que um dos problemas fundamentais da sociedade de risco é a assinalagmaticidade do risco.

Tal observação é bastante pertinente para uma correta compreensão da atividade desempenhada por uma autoridade como o Presidente da Petrobrás, e também para evidenciar a impropriedade em tentar conferir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos.

Supremo Tribunal Federal

HC 83.554 / PR

Enfim, não tenho como aceitável, sobretudo para fins penais, a tentativa de estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato lesivo ao meio ambiente imputável à Petrobrás implica um ato criminoso de seu dirigente.

Conclusão

Concluo meu voto no sentido do trancamento da ação penal em relação ao Sr. Henri Philippe Reichstul, tendo em vista que, diante dos fatos descritos na denúncia, manifestamente não há qualquer prática de crime pelo paciente.

Supremo Tribunal Federal**16/08/2005****SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 83.554-6 PARANÁ****V O T O**

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO – Senhor Presidente, lembro-me das primeiras aulas de Direito Penal, na nossa velha Casa de Afonso Pena, nossa, vale dizer, do eminente advogado e minha. O velho mestre, Professor Lídio Machado, exemplificava, repelindo a teoria objetiva em Direito Penal. Dizia ele: se um automóvel bate em um poste de luz e o motorista morre, não se vai processar criminalmente o presidente da companhia força e luz.

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

###

Supremo Tribunal Federal

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA**HABEAS CORPUS 83.554-6 PARANÁ**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACIENTE(S) : HENRI PHILIPPE REICHSTUL
IMPETRANTE(S) : JOSÉ GERARDO GROSSI
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **deferiu** o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. José Gerardo Grossi. 2ª Turma, 16.08.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Carlos Alberto Cantanhede

Coordenador

**ANEXO B - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA
Nº 88 – DF (2004/0075681-6) – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**



AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 88 - DF (2004/0075681-6)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : LEONARDO A DE SANCHES E OUTROS
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

E M E N T A

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMA VIÁRIO. PARALISAÇÃO. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL.

- 1.No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na norma específica, sem apego às questões de fundo, cujo deslinde compete, privativamente, às instâncias ordinárias.
- 2.A análise da pretensão prescinde de prévia oitiva da parte contrária, a teor da Lei 8.437/92, art. 4º, § 2º, configurando, a realização de tal ato, mera faculdade do Presidente do Tribunal, se necessária à plena formação de seu convencimento.
- 3.A simples alegação de que a matéria fática delineada pelo ente de direito público não corresponde à realidade não enseja o reexame da causa em Agravo Regimental, uma vez que não cabe, nesta via da suspensão, examinar matéria afeta ao mérito da espécie, passível de deslinde, apenas, no âmbito de cognição plena inerente às instâncias ordinárias.
- 4.Aplicação do princípio da precaução que beneficia, exatamente, a parte requerente, quando considerado não apenas o atual e avançado estado da obra pública em debate, como também os gastos potenciais inerentes à preservação do que lá já investido.
- 5.Agravo Regimental não provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Humberto Gomes de Barros e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 1 de setembro de 2004(Data do Julgamento)

MINISTRO BARROS MONTEIRO
Presidente

MINISTRO EDSON VIDIGAL
Relator

AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 88 - DF (2004/0075681-6)
RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Em Ação Civil Pública proposta contra o Distrito Federal e a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP, pediu, o Ministério Público, fossem imediatamente paralisadas as obras relativas à duplicação da L4 Norte e implantação da via de ligação da Estrada Parque Dom Bosco (EPDB) e Estrada Parque Contorno (EPCT), com a complementação do sistema viário de acesso à Ponte JK do Lago Sul, porquanto supostamente eivada de vícios a respectiva realização, a macular o respectivo processo de licenciamento ambiental.

A antecipação de tutela foi deferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, que determinou fossem sustadas as obras, até o oferecimento de contestação, pelo ente público distrital e pela NOVACAP. Não obstante, e a pedido do DF, foi a liminar posteriormente revogada, assim:

“Vistos, etc.

- 1) *Revogo a liminar porque no estudo ambiental da 3ª Ponte já estava prevista a via de acesso.*
- 2) *Posteriormente foram efetuados estudos complementares: Relatório de Controle Ambiental e Plano de Recuperação de Área Degradada.*
- 3) *Que a SEMARH e IBAMA concordaram com a construção da via” (fl. 543).*

Adveio Agravo, então, pelo Ministério Público, ao qual a Desembargadora Vera Andrighi atribuiu efeito suspensivo para, restabelecendo a tutela inicial, determinar fossem novamente paralisadas as obras, porque inexistente, quanto a elas, estudo de impacto ambiental e análise técnica pelo órgão de trânsito competente (DETRAN). Ficou esclarecido, porém, que a medida urgente não estaria atrelada aos termos da liminar deferida em Primeira Instância, não se restringindo, assim, aos prévios limites da contestação. Julgado o Agravo, foi ele provido para, por maioria, confirmar a liminar.

Por isso o pedido de suspensão, pelo Distrito Federal, ao argumento de que a tutela antecipada, no caso dos autos, *“impossibilitou o Poder Público de dar continuidade às obras de acesso viário à 3ª Ponte do Lago Sul, os quais são de vital importância para o atendimento da população de diversos condomínios existentes na região, estrangulando ainda mais o trânsito de veículos e trazendo infortúnios para os moradores daqueles bairros”* (fl. 08). Disse que *“as obras em enfoque não cuidam de uma rodovia ou estrada de rodagem propriamente dita, a exigir EIA-RIMA específico, segundo a legislação ambiental, mas sim uma via de ligação urbana para a qual a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Distrito Federal – SEMARH, forte na Resolução CONAMA nº 237 (art. 1º, III) e na Lei Distrital nº 1.869/98 (art. 2º), exigiu apenas o RCA – Relatório de Controle Ambiental e o PRAD – Plano de Recuperação de Área Degradada, ambos atendidos. Ademais, a avaliação do impacto ambiental das obras foi feita quando por ocasião do EIA-RIMA da Ponte JK, o qual já contemplava toda a malha viária de seu acesso”* (fl. 9).

Por isso, acrescentou, o empreendimento representa *“elevada importância social e econômica, destinado, sobretudo, à melhoria da segurança das vias públicas, com desafogamento e disciplinamento do trânsito, redução na distância e no tempo gasto pela população no deslocamento, facilidade na circulação de bens e serviços, além de gerar economia de combustível e manutenção de veículos”* (fl. 12). Assim, o evidente risco de lesão ao meio ambiente e à segurança pública resultaria não das obras, em si, mas da respectiva paralisação, uma vez que, em caso de chuvas, poderia sobrevir o assoreamento do Lago Paranoá, com danos irreparáveis ao Córrego Rasgado, em virtude de erosão da terraplanagem já executada. Conforme noticiou, a pavimentação do local está praticamente concluída, com 93% (noventa e três por cento) do serviço já realizado, sendo que o restante refere-se à execução dos meios-fios, calçadas e colocação de proteção do tipo “New Jersey”, com o objetivo de evitar que um veículo desgovernado avance sobre a pista contrária, evitando colisões frontais.

Ressaltou, ainda, o risco de lesão à saúde pública, com a presença de material particulado no asfalto e no ar, aumentando a possibilidade de acidentes com os veículos que trafegam na região, além de problemas respiratórios à população,, considerando o início da estação de seca no Distrito Federal, com o possível agravamento de patologias como a *“bronquite, rinite alérgica, sinusite entre outras”* (fl. 13).

Finalmente, ressaltou a possibilidade de lesão à economia pública, acaso não retomadas, imediatamente, as obras, diante do risco de se gastar mais recursos, além dos R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões) que já foram destinados às obras, com a deterioração dos materiais de construção civil já empregados (pavimentação asfáltica e manilhas para canalização e drenagem da água).

Pedi, portanto, fossem suspensos os efeitos do Acórdão, até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública, o que deferi, às fls. 222/226, assim:

“Antevejo, aqui, o pressuposto autorizador da medida requerida, vez que exsurge do contexto dos autos que a decisão impugnada tem o poder de causar grave lesão à economia pública, por força da alocação de recursos financeiros, materiais, maquinários e pessoal qualificado, já empregados para a execução do empreendimento, que seriam inevitavelmente prejudicados com a paralisação das obras de acesso à Ponte JK.

Evidente, portanto, que haveria maior dispêndio de dinheiro público para a retomada das obras, além da deterioração dos materiais de construção civil e, principalmente, a degradação ambiental que a paralisação causaria, porquanto as obras se encontram em estágio avançado, com a região já completamente desnuda de vegetação, deixando o solo exposto à erosão e, em consequência, possibilitando o risco de desmoronamento de terra e escoamento de água no trecho terraplanado, aumentando a possibilidade de acidentes com veículos que trafegam na região.

Diante da realização de aproximadamente 93% da pavimentação do local, não se justifica a paralisação das obras quando falta pouco para a sua conclusão, considerando-se os enormes prejuízos que as obras inacabadas podem causar aos cofres públicos, e ainda, ao próprio meio ambiente.

Não é demais lembrar que a viabilidade de empreendimento desta magnitude envolve desmatamento, terraplanagem, pavimentação, drenagem, assim como recuperação ambiental, demandando empréstimo de grande monta para sua execução, sendo os prejuízos advindos da interrupção ainda maiores, com repercussão grave para os usuários da malha viária.

A decisão combatida possui, também, o poder de causar grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a administrativa, porquanto seus reflexos resvalam diretamente sobre o interesse público na conclusão das obras de complementação do sistema de acesso à Ponte JK, que tem como objetivo precípua atender às necessidades urgentes da comunidade.

Assim, presentes os pressupostos autorizadores da concessão da extraordinária medida, defiro o pedido para suspender a eficácia da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2004.00.2.002305-8, em curso no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, até o julgamento final da Ação Civil Pública nº 27.386-52004.”

Contra essa decisão reage o Ministério Público, via Agravo Interno, reclamando ofendido o princípio do contraditório. Isto porque, sustenta, *“a postulação não se encontrava sequer minimamente instruída para merecer o rigoroso exame dos requisitos da suspensão da tutela”* (fl. 241), o que, por si só, obstaría o perfeito e imparcial exame da pretensão. Assim, afirma, *“percebe-se a aceitação do panorama fático indicado por apenas um dos interessados, para, com base em informações unilaterais, à míngua de oportunidade de contestação, decidir a suspensão de medida excepcional”* (fl. 242).

Por outro lado, sustenta, *“a avaliação dos riscos ao interesse público levada a efeito pelo em. prolator da decisão ora agravada tem esteio na premissa de que 93% da pavimentação da estrada está concluída, não se justificando, por conseguinte, sua paralisação, porquanto dela decorrem consequências danosas e irreversíveis ao próprio meio ambiente e à economia pública”* (fl. 246). *“Sucede”, afirma, “que tal pressuposto fático não corresponde à realidade. De acordo com o laudo de vistoria produzido pelos peritos do Ministério Público, ora juntado ao presente, colhe-se que no máximo, 35% da via está em início de pavimentação, sendo que o restante da obra em sua grande maioria limita-se à movimentação de terra”* (fl. 247).

A fundamentar suas alegações, sustenta existirem *“alternativas técnicas para solucionar os problemas relacionados à fluência do trânsito e atendimento das populações habitantes dos condomínios a serem beneficiados com a obra, mantendo-se a preservação da área do Parque do Rasgado”,* ficando comprovada, assim, *“a existência de palpável contestabilidade dos fatos apresentados unilateralmente pelo Distrito Federal”* (fl. 248).

Finalmente, que no caso dos autos, *“existindo documentos que comprovam a ausência do estudo de impacto ambiental para a consecução da obra, além de estar demonstrado a existência de várias irregularidades no processo de licenciamento ambiental para a construção*

da malha viária que pode vir a ocasionar uma série de danos irreversíveis ao local, urge invocar o princípio da precaução, o qual recomenda a paralisação imediata das obras para que a situação possa ser rigorosamente observada enquanto perdurar o processamento da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público” (fl. 254).

Pede, reformada a decisão, seja restabelecida a tutela antecipada concedida pela origem, e determinada, à NOVACAP, “a colocação de placas indicativas do embargo judicial da obra a partir de então paralisada” (fl. 256).

Não reconsiderarei.

Submeto a questão ao colegiado.

Relatei.

AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 88 - DF (2004/0075681-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, o Ministério Público afirma ofendido o princípio do contraditório, porque considerados, à exclusividade, os argumentos trazidos pelo Distrito Federal, como justificadores do pedido urgente. Reclama desatendidos, também, pressupostos relativos à própria admissibilidade daquela pretensão, porquanto supostamente defeituosa a respectiva instrução, a obstar o próprio conhecimento da medida requerida.

Mas sem razão.

No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº 8.437/92, art. 4º. Cuida-se de contracautela, pois, vinculada aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora, exigidos para a concessão das liminares.

A regra é, portanto – como no caso das medidas liminares – que o pedido de suspensão tenha exame célere, dada a urgência natural da demanda, prescindindo, pois, de prévia oitiva da parte contrária. A própria norma de regência (Lei 8437/92, art. 4º, § 2º) é expressa ao determinar que “o presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas”.

“Poderá”, diz a lei, que não atribui à questão o caráter imperativo buscado pelo Ministério Público, em suas razões de Agravo. É faculdade do Presidente do Tribunal, portanto, determinar a prévia oitiva da parte interessada, nos casos em que necessária à formação perfeita de sua convicção, se ausentes, na hipótese, elementos aptos a fundamentá-la. Não é o caso dos autos, evidentemente, uma vez que possível inferir, aqui, pelos fatos narrados e consubstanciados pela documentação carreada, que a magnitude da decisão atacada implica em efetiva lesão aos valores sociais tutelados pela norma (ordem, saúde, segurança e economia públicas).

Da mesma forma, o exame do pedido de suspensão tem limites próprios e estreitos, não se admitindo percorra, o julgador, os meandros da ação em que originada a controvérsia. Por isso mesmo, assim consignou a decisão agravada:

“Antevejo, aqui, o pressuposto autorizador da medida requerida, vez que exsurge do contexto dos autos que a decisão impugnada tem o poder de causar grave lesão à economia pública, por força da alocação de recursos financeiros, materiais, maquinários e pessoal qualificado, já empregados para a execução do empreendimento, que seriam inevitavelmente prejudicados com a paralisação das obras de acesso à Ponte JK.

Evidente, portanto, que haveria maior dispêndio de dinheiro público para a retomada das obras, além da deterioração dos materiais de construção civil e, principalmente, a degradação ambiental que a paralisação causaria, porquanto as obras se encontram em estágio avançado, com a região já completamente desnuda de vegetação, deixando o solo exposto à erosão e, em conseqüência, possibilitando o risco de desmoronamento de terra e escoamento de água no trecho terraplanado, aumentando a possibilidade de acidentes com veículos que trafegam na região” (fl. 225).

Observe-se, pois, que a decisão ficou restrita, exatamente, à verificação da lesão alegada. Consignado ficou, ali, que a paralisação das obras decorreria, de fato, prejuízo maior aos valores sociais que a via da suspensão busca proteger. Por isso a assertiva seguinte, inserida na decisão, de que “diante da realização de aproximadamente 93% da pavimentação do local, não se justifica a paralisação das obras quando falta pouco para a sua conclusão,

considerando-se os enormes prejuízos que as obras inacabadas podem causar aos cofres públicos, e ainda, ao próprio meio ambiente” (fl. 225).

Tal verificação, explique-se, de que concluída parte significativa da obra serviu, no caso dos autos, não como elemento determinante das próprias conclusões do julgado, mas como fundamento apto a lastreá-las, quando já assentada, também, a potencialidade de grave lesão à ordem e à economia públicas, “*por força da alocação de recursos financeiros, materiais, maquinários e pessoal qualificado, já empregados para a execução do empreendimento, que seriam inevitavelmente prejudicados com a paralisação das obras de acesso à Ponte JK” (fl. 225).*

E não é só. A alegação de que a matéria fática delineada, neste particular, pelo Distrito Federal “*não corresponde à realidade*”, porquanto discordante de documento confeccionado pelo próprio Ministério Público e, por isso, tão unilateral quanto a documentação previamente juntada e contra a qual ora se insurge aquele órgão diz respeito, exatamente, ao mérito da pretensão deduzida na Ação Civil Pública. Isto porque, ao contrário do que efetivamente apreciado e reconhecido, a pretensão aqui é de que a verdade, consoante delineada por uma das partes, prevaleça desde logo sobre a outra, à qual imputada a pecha da falsidade.

Tenho, pois, que o Agravo, neste patamar, restringe-se ao âmbito do litígio entre as partes, porquanto dependente, seu acolhimento, do prévio confronto de alegações conflitantes, matéria privativa das instâncias ordinárias. Repita-se: apreciada, aqui, foi tão-somente a presença dos requisitos justificadores do pedido de suspensão, não cabendo, agora, admitir seja a drástica medida relegada a mero sucedâneo recursal. A impedir tal procedimento, aliás, a orientação desta Presidência, consoante anotada nas Suspensões de Segurança nº 605/BA, nº 626/PB, nº 643/AC, nº 773/PB, nº 815/DF, nº 821/RJ, nº 905/RN, nº 909/AM, nº 917/PE, nº 924/RJ, nº 945/MG, nº 949/PA, nº 955/PI, nº 957/MS, nº 959/RJ, nº 960/AC e nº 970/RN e na Pet nº 1.622/PR, dentre tantas outras.

Finalmente, ressalto que, ao contrário do que alegado, o princípio da precaução, no caso dos autos, beneficia, exatamente, o Distrito Federal. Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do voto-vencido proferido pelo Desembargador Federal Cruz Macedo, no Agravo de Instrumento do qual oriundo o pedido de suspensão:

“No caso, insisto, não julgo razoável a paralisação da obra, pedindo vênias à eminente Relatora e ao eminente Vogal, porque penso que não se trata de aplicação do princípio da precaução. A obra foi licenciada no ano passado. O próprio Ministério Público, em outubro, fez uma sugestão, como destacou a eminente Relatora, para a sua paralisação, a qual não foi atendida. Contudo, nenhuma providência foi adotada naquela ocasião visando à interrupção dessa construção. A licença ambiental é de 11 de setembro de 2003, mas somente em março é que se promoveu a ação civil pública.

O Ministério Público – que deve ser louvado pelo trabalho que tem feito na defesa do meio ambiente – é um dos órgãos mais especializados em matéria de Direito Ambiental. Sendo assim, tem conhecimento dessa matéria e poderia, há tempos, ter promovido a demanda no sentido de, inicialmente, evitar o andamento da obra, que está praticamente concluída. Inclusive, se se verificou danos ao meio ambiente, o que precisa ser apurado na ação principal, o fato já ocorreu em virtude da abertura da via.

Por isso, não considero, no estágio atual da obra, que a sua suspensão seja viável, rogando todas as vênias à eminente Relatora, pelo brilhante voto trazido à Turma” (fls. 369/370).

Não vejo como discordar desse entendimento. Como já consignado na decisão ora agravada, não é demais lembrar que a viabilidade de um empreendimento deste porte envolve desmatamento, terraplanagem, pavimentação, drenagem – assim como recuperação ambiental -, demandando, sua execução, não apenas o dispêndio de altos valores, como também o resguardo do que lá já investido, somado à preservação do material empregado e o próprio risco atual de desmoronamento de terra e escoamento de água no trecho terraplanado, a aumentar a possibilidade de acidentes na região.

Parece-me, pois, temerária a alegação trazida pelo Ministério Público, no sentido de que existentes “*alternativas técnicas para solucionar os problemas relacionados à fluência do trânsito e atendimento das populações habitantes dos condomínios a serem beneficiados com a obra, mantendo-se a preservação da área do Parque do Rasgado” (fl. 248).* A alegação, genérica e não comprovada, demanda sejam desde logo investidos novos valores e esforços, a contornar situação praticamente já consolidada pelo atual e avançado estado da obra.

Assim, considerando que a tutela antecipada concedida tem efetivo potencial negativo à ordem, economia, segurança e saúde públicas, resvalando, seus reflexos, diretamente sobre o interesse público atinente à conclusão das obras referidas, nego provimento ao Agravo Regimental.

É o voto.

AgRg na SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 88 - DF (2004/0075681-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, recebi a visita de Procuradoras do Distrito Federal, empenhadas na defesa do ecossistema, que me chamaram a atenção para o fato de que o prolongamento da estrada servirá para especulação.

Fico muito tranqüilo por ter o nosso Presidente sobrevoado a área para constatar, pelo menos **in loco**, que essa agressão não se fará tão intensa. Não sou daqueles que são radicais na preservação do meio ambiente. Penso que o meio ambiente deve servir ao homem e, no caso, há previsão - com base em estudos feitos - de que essa via de acesso tenha existência de modo a servir a toda a população, por isso não vejo como impedir sua construção.

Nego provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão do Sr. Ministro Presidente.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2004/0075681-6

**AgRg na
STA 88/DF**

Números Origem: 20040020023058 2738652004

EM MESA

JULGADO: 01/09/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PRESIDENTE DO STJ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : DISTRITO FEDERAL
 PROCURADOR : LEONARDO A DE SANCHES E OUTROS
 REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
 INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Dano ao Meio Ambiente

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : LEONARDO A DE SANCHES E OUTROS
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Humberto Gomes de Barros e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp e Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 01 de setembro de 2004

VANIA MARIA SOARES ROCHA
Secretária

**ANEXO C - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÚMERO DO PROCESSO:
1.0388.04.004682-2/001(1) – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS
GERAIS**



Número do processo: 1.0388.04.004682-2/001(1)

Relator: MARIA ELZA

Relator do Acordão: MARIA ELZA

Data do acordão: 21/10/2004

Data da publicação: 12/11/2004

Inteiro Teor:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. No microssistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do poder judiciário, de forma a evitar o dano ao meio- ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio- ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente do lançamento de esgotos e derivados, no córrego do açudinho, importa em flagrante violação ao meio-ambiente e, por consequência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, É tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 DA CF. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao poder executivo municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazê-lo, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda sociedade. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo poder judiciário, harmoniza-se com a Constituição DE 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Luz de preservar o meio ambiente. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Luz, seja porque a pretensão social de um meio ambiente equilibrado, preservado e protegido se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial.

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0388.04.004682-2/001 - COMARCA DE LUZ - AGRAVANTE(S): MUNICÍPIO DE LUZ - AGRAVADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MARIA ELZA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUINTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 DE outubro DE 2004.

DES^a. MARIA ELZA - Relatora NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A SR^a. DES^a. MARIA ELZA:

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE LUZ contra decisão proferida pelo juízo da vara única DA COMARCA DE LUZ que, nos autos de uma ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face do agravante, concedeu tutela antecipada, determinando ao município que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, deixe de lançar e despejar efluentes industriais e domésticos, sem o devido tratamento licenciado pelo órgão ambiental, no córrego do Açudinho.

Em razões recursais de f. 02/22 ç tj, o agravante pede a reforma da decisão, alegando que: a) a liminar deferida esgota o objeto da demanda em afronta ao art. 1º, parágrafo 3º, da lei n. 8.347; b) não há prova inequívoca de dano ao meio ambiente; c) a liminar deferida viola o princípio da separação de poderes; d) a proteção ao meio ambiente constitui norma programática; e) impossível realizar despesas sem previsão orçamentária; f) não há risco da demora, pois o esgoto municipal vem sendo lançado no local há mais de trinta anos. Pede, por tais motivos seja provido o recurso.

Decisão DE f. 96/97 ç TJ, concedendo efeito suspensivo ao recurso.

Em resposta ao recurso, o Ministério Público pugna, à f. 104/114 ç TJ, pelo não-provimento do recurso.

Parecer do douto Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa, à f. 154/156 ç TJ, opinando pelo não-provimento do recurso.

É o breve relato. Passo a decidir.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos legais DE sua admissibilidade.

É possível, sim, a concessão de tutela antecipada em face da fazenda pública, ainda mais quando há risco de grave lesão ao meio ambiente e aos direitos e princípios fundamentais que com ele se correlacionam. Os privilégios processuais da fazenda pública já são em número grande o suficiente para que o julgador se abstenha de criar outros por analogia. Tais privilégios devem ser interpretados restritivamente, especialmente quando restringem o direito fundamental de acesso à jurisdição (art. 5º, xxxv, da Constituição) que inclui o direito de acesso à jurisdição de urgência, uma vez que cabe ao Poder Judiciário coibir não apenas a lesão, mas também a ameaça a direito. Aliás, se o legislador quisesse proibir liminar contra a fazenda o teria feito ao editar a Lei 9.494/97. No entanto, a proibiu apenas em algumas

hipóteses, o que é a confirmação de sua permissão para as demais, desde que verificados os requisitos legais. As limitações impostas pela Lei nº 9.494/97 (art. 1º) apenas alcançam as ações, propostas contra a fazenda pública, que impliquem pagamentos a servidores públicos com a incorporação, em folha de pagamento, de vantagens funcionais vencidas, equiparações salariais ou reclassificações, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. Inconformismo da União com a decisão de primeiro grau de jurisdição que concedeu antecipação de tutela no âmbito da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, para anular contrato administrativo que tinha por objeto obra de engenharia para construção de canal de interligação entre dois rios na ilha do Marajó/PA.

2. O meio ambiente hoje é um dos bens jurídicos mais valiosos para a humanidade, tendo alcançado esse interesse difuso a eminência de garantia constitucional.

3. Esta egrégia 1ª Turma já decidiu que a lei 9494/97 deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipóteses que apresentam um caráter especialíssimo, como a dos autos.

4. Destarte a concessão da antecipação de tutela é da essência da ação civil pública, servindo-lhe como instrumento de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

5. Contrato administrativo de obra com repercussão no meio ambiente, sem a obtenção do licenciamento ambiental prévio enseja tutela antecipada anulatória.

6. A tutela antecipada, nesses casos conjura de imediato a incerteza jurídica, prosseguindo-se o processo até o seu final, com a possibilidade de revogação da medida mediante o cumprimento do pré-requisito do licenciamento ambiental.

7. Na concessão da tutela à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade é lícito evitar um prejuízo maior do que ocorreria caso o provimento de urgência não fosse deferido.

8. A ratio da proibição da concessão da tutela contra a Fazenda Pública é a supremacia do interesse público sobre os interesses privados disponíveis. Conseqüentemente, é possível a concessão de tutela antecipada contra a fazenda nas hipóteses em que há lesão irreparável ao interesse público difuso.

9. Verificação da repercussão ao meio ambiente causada por determinada obra não pode ser apreciada em sede de recurso especial posto ensejar enfrentamento de matéria fático-probatória, vedado pela súmula 7.

10. Agravo conhecido para negar provimento ao próprio recurso especial, nos termos do art. 544, § 3º c.c. 557 caput do CPC.

(...)

A questão não é nova nesta Egrégia Primeira Turma. Ao julgar o REsp 275649/SP, DJU DE 17/09/2001, DA relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, decidiu-se que "A lei nº 9494/97 (art. 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana (...)" embora o caso citado não diga respeito à preservação de uma vida humana, posto que o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, aqui também está em jogo bem jurídico que transcende à proibição referente à tutela de urgência. Destarte, um dos instrumentos de maior eficácia das ações civis públicas é a concessão das liminares antecipatórias, porquanto a não estagnação paralizadora da lesão ao interesse difuso, implicaria denegação de justiça, a propiciar a irreversibilidade da atuação violadora.

Conforme já transcrito no voto condutor do acórdão recorrido, em que se narra trecho da doutrina do ministro Sydney Sanches, o meio ambiente é hoje um dos bens jurídicos mais preciosos para toda a humanidade, tendo alcançado a eminência de garantia constitucional.

Ainda com a melhor doutrina, qualquer que seja a modalidade de tutela adiantada que o arsenal jurídico brasileiro contemple, terá ela em vista a realização de dois nortes fundamentais: a celeridade do processo e a efetividade da prestação jurisdicional. A nota realmente marcante, que se surpreende na tutela antecipada do artigo 273 do CPC, traduz-se na circunstância de não ser ela um provimento meramente instrumental, para além disso, a tutela antecipada constitui adiantamento efetivo e satisfativo. Ademais, é tranqüila a jurisprudência desta Corte no sentido de que os arts. 273 e 475, II, do CPC não afastam a possibilidade da concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, ao entendimento segundo o qual a regra do artigo 475 é excepcional, de modo que deve ser interpretada restritivamente.

Destarte, à luz da excepcionalidade do caso, não tem sentido deferir a antecipação da tutela contra o particular e negá-la contra o poder público, pois estar-se-ia vulnerando o Princípio da Isonomia, constitucionalmente resguardado.

Firmou-se assim o entendimento segundo o qual, é possível a antecipação da tutela contra a União Federal e que a Lei 9494/97 deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima. A propósito destaque-se recente julgado de 4/4/2002, REsp 409172/RS da relatoria do Ministro Felix Fischer no mesmo sentido.

Presente a relevância do direito tutelado mediante a ação civil pública, a ampliação do rol dos instrumentos processuais utilizáveis nessa defesa é perfeitamente adequada e a fortiori, a concessão de tutela antecipada no âmbito da ação civil pública.

A propósito destaco trecho da obra doutrinária de Jorge Luiz Souto Maior, intitulada A Tutela Antecipada e a Ação Civil Pública:

'Os dois institutos em apreço foram criados para o aprimoramento da prestação jurisdicional. Ambos devem produzir resultados na vida do Direito, que, efetivamente, provoquem tal melhoria no funcionamento do Judiciário.

(...)

Tal possibilidade, aliás, está prevista expressamente no artigo 12 da LACP e no artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, que se aplica, subsidiariamente à ACP.

Cumprir destacar, a propósito, que o objeto precípua da ação civil pública é o de tornar efetiva uma obrigação de fazer ou de não fazer, nos casos de direitos coletivos *latu sensu* e direitos individuais homogêneos, quando haja agressão ao interesse social...'.
'

Importante destacar, ainda, trecho da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente*, RT, 5ª edição:

' É preciso não esquecer que estamos em sede de proteção a interesses difusos, não intersubjetivos: sendo assim, o que interessa é evitar o dano, até porque o sucedâneo da reparação pecuniária não tem o condão de restituir o *statu quo ante*.'

Destaque-se também trecho da conclusão da procuradora do trabalho, a Dra. Maria Aparecida Gugel, em seu trabalho do Cabimento da Tutela Antecipatória na Ação Civil Pública:

' ..., conclui-se que tanto a tutela antecipatória (art.273 do CPC) quanto a tutela específica (art. 461, parágrafo 3º do CPC) são perfeitamente aplicáveis à ação civil pública. Esta afirmação decorre não só pela ordem estabelecida no art. 19 DA LACP, pela qual o Código de Processo Civil será aplicado naquilo em que não contrarie suas disposições, como também diante do art. 83 do CDC (sua incidência é prevista no comando do art. 21 da LACP), segundo o qual para a defesa dos direitos e interesses protegidos são admissíveis todas as espécies de ações, e como tal podem ser incluídas todas as espécies de cautelas obtidas do processo de conhecimento, ou cautelar propriamente dita, capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.'

A preocupação maior que deve ter o julgador, nestes casos, é em evitar o dano ao meio ambiente, direito elevado e protegido a nível constitucional, não podendo ser dada interpretação judicial que venha a restringir essa proteção.

(...)

Importante destacar, também, que a tutela ambiental está alçada à categoria DE garantia constitucional, como cláusula pétrea, vinculando-se aos fundamentos E princípios basilares DA República Federativa do Brasil, artigos 1º E 3º DA CF/88.

Na prestação jurisdicional em nível preventivo já se pode obter um provimento de conteúdo executório, em nome mais uma vez do Princípio da Efetividade do Processo. Compatível, portanto, a concessão de tutela antecipada no âmbito da ação civil pública, ainda mais quando o bem juridicamente tutelado é o meio ambiente.

Ressalte-se que a concessão da tutela antecipada não foi de encontro à Fazenda Pública, apenas atendeu os ditames constitucionais sobre a defesa do meio ambiente." (AGA 427.600/PA, relator Ministro Luiz Fux, DJ. 07.10.2002).

O fato de o teor da decisão, que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, confundir-se com o mérito da decisão final da ação civil pública é irrelevante, pois o

instituto da antecipação de tutela consiste, justamente, na antecipação dos efeitos da decisão judicial final. No microsistema da tutela ambiental impõe-se, em virtude dos princípios da precaução e preservação, uma atuação preventiva do Poder Judiciário, de forma a evitar o dano ao meio-ambiente, pois este, depois de ocorrido, é de difícil ou impossível reparação. Por tal motivo que, nas ações que envolvam o meio- ambiente, o uso da tutela antecipada se legitima ainda mais. A omissão do Município de Luz em tratar adequadamente o sistema de esgotos e derivados é fato reconhecido pelo próprio agravante à f. 05 E 49 é TJ -, importa em flagrante violação ao meio-ambiente e, por conseqüência, ao direito fundamental à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O meio ambiente, como um bem extraordinariamente relevante ao ser humano, é tutelado pela Constituição Federal. Assim, é dever inafastável do Estado empreender todos os esforços para a sua tutela e preservação, sob pena de violação ao art. 225 da CF.

O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao poder executivo municipal o cumprimento da disposição constitucional que garante a preservação do meio ambiente, sob pena de não o fazê-lo, compactuar com a degradação ambiental e com piora da qualidade de vida de toda sociedade. veja a respeito, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL é AÇÃO CIVIL PÚBLICA é OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE é ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o ministério público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido." (REsp n. 429.570 é GO, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 22.03.2004)

(...)

a pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?

O acórdão recorrido adotou entendimento de que não poderia fazê-lo por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do

Judiciário. não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.

Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. e, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção. Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo, está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para ordenar que a Administração providencie imediatamente as obras necessárias à recomposição do

meio ambiente."

O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público.

A judicialização DE política pública, aqui compreendida como implementação DE política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição DE 1988. A concretização do texto constitucional não É dever apenas do Poder Executivo E Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação DE política pública, É DA alçada do Executivo E do Legislativo, todavia, na hipótese DE injustificada omissão, o Judiciário deve E pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes É imposto.

Nesse sentido, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 45, relator Ministro Celso DE Melo:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental (...) a omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa DE 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

(...)

não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo

intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o Princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia DE reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho DE fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000."

A omissão do Município de Luz para solucionar o grave problema correlacionado com o lançamento de esgotos e derivados no córrego Açudinho, coloca em risco permanente a saúde, a vida, a dignidade e a cidadania daqueles que necessitam viver num meio ambiente equilibrado. Maior violação à constituição não há, pois cinco dos maiores valores constitucionais estão sob constante e permanente ameaça de lesão.

A incúria do Poder Executivo Municipal na realização de suas funções E atribuições assegura ao Ministério Público a possibilidade de pedir ao Poder Judiciário uma

solução que coloque fim àquela omissão que lesiona ou ameaça o direito de toda uma população (art. 5º, inciso XXXV, DA CF). Esta missão assegurada ao Ministério Público e ao Poder Judiciário é uma das mais importantes salvaguardas que a constituição garantiu à sociedade contra a violação de seus direitos.

havendo divergência entre o interesse público primário da sociedade, reconhecido em normas constitucionais, e o interesse público secundário do Município de Luz, prepondera o amparo do primeiro sobre o do segundo, pois aquele passa a constituir-se numa obrigação do Estado, e não mera oportunidade ou conveniência da política de governo.

A mera alegação de falta de disponibilidade orçamentária, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Luz de executar obras que tutelem o meio ambiente. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da reserva do possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Luz, seja porque a pretensão social de um meio ambiente saudável, preservado e equilibrado se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial.

A esse respeito, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 45, relator Ministro Celso de Melo:

"a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se

deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos."

Pelo exposto, nego provimento ao recurso. custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Nepomuceno Silva:

voto

de acordo.

o Sr. Des. Cláudio Costa:

voto

de acordo.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)