

MARCELA VIRÍSSIMO MACIEL

**AS CONSEQÜÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO
CONSUMADO NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela
Universidade Federal de Santa
Catarina.**

Orientador: Prof. Dr. José Rubens Morato Leite

Florianópolis, dezembro de 2009.

Marcela Viríssimo Maciel

**As conseqüências da aplicação da teoria do fato consumado no âmbito
do direito ambiental**

Esta monografia foi julgada adequada para obtenção do título de bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca Examinadora

Presidente: Prof. Dr. José Rubens Morato Leite

Membro: Doutoranda Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira

Membro: Prof. Msc. Pery Saraiva Neto

Florianópolis, 2 de dezembro de 2009

***“A mente que se abre para uma nova idéia jamais
retorna ao tamanho original.”***

Albert Einstein

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, José Rubens Morato Leite, pelo despertar inicial para o apaixonante Direito Ambiental, e pelo contínuo incentivo à pesquisa e ao aprendizado.

A todos os membros do Grupo de Estudos de Direito Ambiental da UFSC, pelas discussões que tanto contribuíram para este trabalho, bem como pelas amizades construídas.

À minha família, pelo apoio incondicional às minhas conquistas.

Ao Eduardo, pela paciência e companheirismo.

RESUMO

A teoria do fato consumado visa acomodar situação de fato já consolidada no tempo, com respaldo legal principalmente no Código Civil Brasileiro, na parte em que trata de direito de propriedade. Será demonstrada no presente estudo a ampla aplicação desta teoria pelo Poder Judiciário em detrimento das legislações ambientais, o que leva à consolidação de diversas situações contrárias à lei, à efetivação de construções civis ilegais e a danos ambientais irreversíveis. Este trabalho tem como escopo embasar a afirmação de que não existe direito adquirido por uma simples circunstância de fato que se perpetuou no tempo. Além disto, objetiva demonstrar que a aplicação de tal teoria em questões ambientais fere frontalmente um dos direitos fundamentais mais recentemente conquistados pelo homem - o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, acolhido pela Constituição Federal brasileira. No primeiro capítulo será feita uma análise acerca teoria do fato consumado. No segundo capítulo, verificar-se-á como se dá aplicação deste instrumento em favor do direito de construir e em detrimento das normas ambientais. Por fim, analisar-se-á as principais conseqüências da aplicação da teoria do fato consumado para o bem ambiental.

Palavras-chave: fato consumado, construções ilegais, direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAP. 1- CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.....	9
1.1 RESPALDO ADMINISTRATIVISTA	11
1.2 RESPALDO CIVILISTA	14
CAP. 2 - TEORIA DO FATO CONSUMADO E CONSTRUÇÕES IRREGULARES	18
2.1 O DESRESPEITO AO CÓDIGO FLORESTAL	21
2.1.1. Descabimento de argumentos	27
2.2 A PRIMAZIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	30
2.2.1 O bem ambiental considerado como incorpóreo e imaterial	33
2.2.2 Formas de reparação do dano	35
2.3 RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS.....	37
2.3.1 Importância do zoneamento para a função social da propriedade	38
2.3.2 Competência constitucional dos municípios.....	39
2.3.3 Florianópolis e o caso Santa Mônica	43
CAP. 3 - CONSEQÜÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL.....	49
3.1 VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	49
3.1.1 Princípios da legalidade e isonomia.....	49
3.1.2 Princípios da precaução e prevenção	52
3.2 RETROCESSO ECOLÓGICO E VIOLAÇÃO DO DIREITO INTERGERACIONAL.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

A degradação do meio ambiente devido à exploração desordenada dos recursos naturais é um grave problema contemporâneo. Esta situação é conseqüência, entre outras causas, da prática reiterada do Poder Público em colocar o bem ambiental em segundo plano quando há conflito entre este e um direito individual, principalmente quando se trata das prerrogativas do direito de propriedade.

No Brasil, é comum a prática de manutenção de empreendimentos construídos em desrespeito às normas ambientais e urbanísticas; quando no momento da resolução da lide ele já estiver finalizado.

Tal procedimento encontra-se amparado pela aplicação da teoria do fato consumado, fundamentado na premissa de que a volta ao *status quo* originário ocasionaria mais prejuízos do que a permanência da situação atual, consumando-se desta forma a manutenção de situações originalmente ilegais.

É inegável a ação do tempo sobre tudo o que existe no mundo. Acerca do assunto em estudo, nota-se que o passar dos anos atua no sentido de perpetuar o que já aconteceu, fazendo com que o que existe há muito tempo seja aceitável socialmente e também perante os operadores jurídicos. Entretanto, a aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do direito ambiental vem contribuindo significativamente para a crescente degradação de importantes áreas de valor ecológico, e impossibilitando por completo uma futura recuperação do bem ambiental prejudicado.

A justificativa para escolha deste tema se dá principalmente por ser inovador, já que mesmo com a grande aplicação da teoria do fato consumado em matéria ambiental, principalmente quando se trata de construções ilegais, não existe nenhuma doutrina especializada neste assunto. Portanto, demonstra-se a conveniência e importância da abordagem sugerida.

Dessa forma, este trabalho se propõe ao estudo das conseqüências desta prática para o bem ambiental, com ênfase na manutenção de imóveis e empreendimentos em locais proibidos pela legislação ambiental em decorrência da aplicação da teoria do fato consumado.

No capítulo inaugural, far-se-á uma análise acerca da teoria do fato consumado: sua finalidade, surgimento, aplicação nos casos concretos e conexão com as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, verificar-se-á como se dá a aplicação deste instrumento em favor do direito de construir e em detrimento das normas ambientais. Dentre essas normas, dar-se-á destaque à Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), por ser esta uma das mais desrespeitadas com a aplicação da teoria do fato consumado. Será feita uma co-relação entre os desastres ocorridos há cerca de um ano em Santa Catarina e o não cumprimento dos ditames impostos pelo Código Florestal.

Por fim, no último capítulo, analisar-se-á as principais conseqüências da aplicação da teoria do fato consumado para o bem ambiental, com ênfase para o aspecto intergeracional do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizou-se o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

CAP. 1- CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA DO FATO CONSUMADO

A teoria do fato consumado tem sua razão de existência na necessidade de segurança nas relações humanas, o que somente ocorre diante da garantia de estabilidade de situações fáticas já consumadas. Tal teoria fornece embasamento às situações do mundo real que ocorreram sem o devido respaldo do Direito, dando-lhe forma social.

De acordo com a Corte Superior de Justiça, a teoria do fato consumado pressupõe uma situação em desacordo com a lei consolidada no tempo, em decorrência da concessão de liminar ou ato administrativo praticado por autoridade competente para se reconhecer o direito sobre algum fato que ainda não ocorreu ¹.

Portanto, na aplicação desta teoria em casos práticos, o magistrado não pode ater-se à legislação vigente, mas deve priorizar a consequência dos fatos sociais gerados pela sua decisão. Os seus defensores afirmam que a volta ao *status quo* originário ocasionaria mais prejuízos do que a permanência da situação atual, consumando-se desta forma, a ilegalidade. Corroborando tal entendimento, José Santos Carvalho Filho assevera que ² “*é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entres os indivíduos*”.

No direito comparado (especialmente o direito alemão), alguns estudiosos têm se dedicado à necessidade de adequação de certas situações jurídicas quando estão em desconformidade com a lei. Entretanto, para que seja possível esta adequação é necessário que a situação possua duas características peculiares - uma de caráter objetivo e outra subjetiva - quais sejam: o elevado transcurso do tempo e a boa-fé ³. Enquanto o primeiro

1 ÀVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel, A garantia dos direitos fundamentais frente às emendas Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, v. 780, out. 2000, p. 29-46.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 29.

3 Ibidem. p. 29 -31.

requisito exige do indivíduo a completa ignorância sobre a ilegalidade do ato, o segundo pressupõe a estabilização da situação controvertida através dos anos.

Segundo Marga Inge Barth Tessler, a teoria do fato consumado se tornou relevante quando passou a ser utilizada reiteradamente para justificar decisões judiciais que reconheciam direitos de estudantes universitários em virtude do transcurso do tempo. Neste contexto, vários estudantes demandaram o poder judiciário com objetivo de ter acesso ao ensino em universidades públicas, concluir cursos pagos que já freqüentavam gratuitamente, requerer a quebra de pré-requisitos exigidos para a matrícula em certas matérias, eximir-se de novas matérias acrescentadas; entre outros pedidos ⁴.

Enfim, o problema teve origem porque muitos destes pedidos foram deferidos em liminares, e no momento de ser proferida a decisão definitiva contrária à medida antecipatória, muitos destes alunos já haviam concluído o ensino superior ou estavam até mesmo exercendo a profissão correspondente à graduação. Para solucionar este paradoxo jurídico, os julgadores dos tribunais superiores defenderam a tese de que não restava alternativa plausível a não ser reconhecer que tais fatos já se encontravam consumados no mundo real, mesmo que em desacordo com as normas vigentes ⁵.

Tal aplicação é tradicionalmente prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente no âmbito educacional. Assim já decidiu o TRF 4, em um exemplo que ilustra bem a situação:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. JUBILAMENTO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DO CURRÍCULO - COLAÇÃO DE GRAU. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. - Cumprindo integralmente as atividades docentes relativas ao curso de graduação, alcançando, assim, o bem da vida perseguido, ao acadêmico assiste o direito à colação de grau,

⁴ TESSLER. Marga Inge Barth. O Fato Consumado e a Demora na prestação jurisprudencial. Revista CEJ- Conselho de Justiça Federal, Brasília: Conselho da Justiça Federal. v. 27, out/dez. 2004, p. 95-101.

⁵ Ibidem.

impondo-se, de aí, a aplicação da teoria do fato consumado à espécie⁶.

Apesar da aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do ensino universitário, Marga Inge Barth Tessler admite que tal entendimento gera diversos efeitos indesejáveis como: “... o comprometimento da qualidade de ensino, inúmeras vezes proclamado por reitores e diretores de estabelecimentos de gênero. Em segundo lugar, sofrem os princípios da igualdade de acesso e da legalidade”⁷.

Assim, em relação à educação dos estudantes do ensino superior, resta claro que a teoria do fato consumado leva em consideração apenas as conseqüências para o estudante que é parte na demanda. Entretanto, tal posicionamento ignora a repercussão que uma matéria com tamanha relevância como a educação superior poderá ocasionar a médio ou longo prazo na sociedade, ao permitir que estudantes se formem sem os requisitos necessários para ingressarem no mercado de trabalho, apenas porque conseguiram completar o curso de maneira precária em virtude de uma medida liminar.

1.1 RESPALDO ADMINISTRATIVISTA

No âmbito do direito administrativo, existe a possibilidade de convalidação dos atos nulos quando estes se encontram revestidos de aparente legalidade, ensejando a consolidação de situações de fato, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança dos administrados. É a aplicabilidade da teoria do fato consumado devidamente legalizada no âmbito do Direito Administrativo⁸.

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4, Apelação Civil 2001.71.10.002697-4, Relator Amaury Chaves de Athayde, Data da Decisão 08/02/2006.

⁷ TESSLER, Marga Inge Barth. O Fato Consumado e a Demora na prestação jurisprudencial. Revista CEJ- Conselho de Justiça Federal, Brasília: Conselho da Justiça Federal. v. 27, out/dez. 2004, p. 99-100.

⁸ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. p. 255-259.

A Lei n.º 9.784/99 positiva este entendimento em seu art. 53, garantindo que, uma vez inexistindo lesão ao interesse público ou a terceiros, tais defeitos são possíveis de serem sanados pela própria Administração. Di Pietro afirma que, em caso de ato administrativo ilegal, mas que não cause danos a terceiros, *“a Administração tem liberdade discricionária para decidir qual a melhor solução diante do interesse público em jogo; poderá simplesmente anular o ato ou convalidá-lo”*⁹.

Contudo, segundo Juarez de Freitas, existem situações que se configuram como nulidades absolutas, e estas são impossíveis de serem confirmadas por acarretarem lesão grave ao interesse público. O autor assevera que, sempre que a nulidade for gravíssima, absoluta e intransponível, o vício será insanável, não sendo convalidável nem pela ação do tempo¹⁰. Tais vícios não poderiam, portanto, serem abarcados pela teoria do fato consumado.

Juarez Silveira enumera os requisitos para a convalidação de atos administrativos ilegais e para o acolhimento da teoria do fato consumado no âmbito do direito administrativo:

a) o incontornável respeito ao princípio da boa-fé do cidadão (descendente do princípio jurídico da moralidade) que confia no ato estatal, sem, de modo algum, ter dado sinais de conspirar contra interesse geral; b) e inexistência de danos e prejuízos a terceiros; c) a passagem de determinado lapso temporal, quando se tratar de atos constitutivos de direitos; d) a não configuração de qualquer tipo de fraude, uma vez que esta tornaria irremediavelmente írrito o ato e afastaria os propósitos subjacentes à incidência mesma do princípio da boa-fé e e) e não violação de outros requisitos substanciais quanto à licitude, que maculariam, em sentido amplo, os princípios da moralidade e da proporcionalidade¹¹.

Por sua vez, a lei federal 9784/99 prescreveu em seu art. 54 que: *“o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data*

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 224.

¹⁰ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. p. 256-257.

¹¹ Ibidem. p. 255.

em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". Desta maneira, passados cinco anos sem manifestação do poder administrativo sobre o ato ilegal, fica o administrador público impedido de exercer sua competência para invalidar o ato. Ressalta-se a segunda parte do dispositivo, que torna imprescritível o ato ilegal se praticado com má-fé pelo favorecido pelo ato ilegal.

Neste ínterim, a necessidade da boa-fé do indivíduo defendida pelo Direito Alemão foi claramente absorvida pela legislação brasileira, ao preceituar que quando o indivíduo tiver consciência da ilegalidade do ato, o Poder Administrativo poderá anulá-lo a qualquer tempo.

Acerca do princípio da boa-fé para a convalidação dos atos ilegais consolidados, importa lembrar que este deverá abranger tanto o administrado quando o administrador público ¹². Assim, existindo qualquer intenção de fraude de qualquer um deles, não terá o administrado direito adquirido apenas pelo decurso do tempo.

No mesmo sentido, Miguel Reale afirma que a convalidação administrativa de ato cuja permanência pareça justa pelo tempo transcorrido só é possível se inexistir o dolo do agente em praticar o ato ilegal ¹³. Assevera o jurista, entretanto, que, se o ato inofensivo está consolidado e o indivíduo não agiu com intenção maliciosa, a convalidação do ato administrativo é medida que se impõe, mesmo em detrimento do princípio da legalidade, *"não por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas"* ¹⁴.

Reale cita como exemplo de fato consumado convalidável o que ocorre quando se descobre anos depois que um servidor foi irregularmente nomeado, por faltar na época da posse do cargo um dos requisitos complementares exigidos por lei. Neste caso, não seria admissível que após anos a administração viesse a anular o ato, pois, em virtude do tempo transcorrido, já

¹² FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. p. 267-268.

¹³ REALE, Miguel. Revogação e Anulamento do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Nulidade e Temporalidade. p. 67-95.

¹⁴ Ibidem. p. 83.

existe em uma situação jurídica merecedora de amparo. Ademais, a prática e a experiência adquiridas pelo indivíduo com o passar dos anos provavelmente compensaram alguma lacuna originária. Entretanto, essa convalidação não seria possível se os requisitos ausentes fossem essenciais à nomeação para o cargo, já que estes nem o decurso do tempo logra por si só convalescer¹⁵.

Para Marcelo Ávila, existe ainda um outro aspecto a ser levado em consideração para a aplicação da teoria do fato consumado, pois deve-se verificar se o ato fez surgir efeitos perante terceiros de boa-fé, que em nada contribuíram para sua materialização, mas que mesmo assim sofreram seus efeitos¹⁶. Assim, seria injusto para esses a perda dos direitos conquistados com boa-fé por ato ilegal de outrem.

Quando ao tempo decorrido, Juraci Barbosa Lima assevera que para uma situação ser considerada consolidada, *“o tempo necessário deve ser qualificado, sendo imperioso que o fato originário tenha ocorrido em um passado remoto, jamais próximo”*¹⁷.

Portanto, na aplicação da teoria do fato consumado para convalidação dos atos administrativos deve-se constatar os seguintes elementos: o decurso avançado do tempo, a boa-fé do beneficiado e do administrador público, a inexistência de danos a terceiros ou ao interesse público; bem como deve-se atentar para os direitos adquiridos por terceiros de boa-fé em virtude do ato ilegal.

1.2 RESPALDO CIVILISTA

A teoria do fato consumado encontra respaldo no Código Civil Brasileiro, nos arts. 1.258 e 1259, que dispõem sobre o direito de propriedade. Segundo

¹⁵ REALE. Miguel. Revogação e Anulamento do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Nulidade e Temporalidade. p. 70-71.

¹⁶ AVILA. Marcelo Roque Anderson Maciel, A garantia dos direitos fundamentais frente às emendas Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo : Revista dos Tribunais LTDA, v. 780, out. 2000. p. 37.

¹⁷ LIMA, Juraci Barbosa. As situações consolidadas. Revista De Jure- Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais. jan/jun 2006, n ° 6, p. 114.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao confeccionar tais dispositivos o legislador teve como princípios norteadores a razoabilidade e a proporcionalidade, objetivando coibir abusos e ilegalidades ¹⁸. Desta maneira, para acomodar situação de fato já consolidada no tempo, o legislador procurou encontrar uma solução mista de liquidação de danos e de apenamento do faltoso. Assim dispõe o Código Civil brasileiro:

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção'.

'Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagamento as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.

Frisa-se também no âmbito do direito civil a necessidade da boa-fé do indivíduo para ter o direito de manter o seu imóvel em terreno vizinho. No dispositivo legal citado, o tratamento dado para o proprietário de boa-fé e o de má-fé é bastante diferenciando; pois aquele possui o direito de manter sua obra, desde que seja efetuado o devido ressarcimento ao proprietário do terreno; enquanto o segundo é obrigado a pagar a quantia exorbitante de 10 vezes em perdas e danos ou demolir a parte do imóvel erigida no terreno vizinho.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.762

Assim, quaisquer das duas opções dadas ao proprietário de má-fé que invadir terreno vizinho acarretarão em grandes prejuízos, o que torna clara a intenção do legislador em beneficiar com o fato consumado apenas o vizinho que agir com boa-fé.

Ernani Fidélis dos Santos corrobora esse entendimento ao preceituar que: *“a jurisprudência tem-se orientado no sentido de optar pela indenização, quando a área invadida por obra nova for mínima, o réu estiver de boa-fé e lhe for oneroso o levantamento de edificação parcialmente feita”*¹⁹. No mesmo sentido é o ensinamento de Adroaldo Furtado Fabrício:

Vem de longa data essa orientação, e cada vez mais se firma: se a obra nova ocupa parte pouco expressiva do terreno vizinho, de tal sorte que o prejuízo econômico representado pela interdição ou demolição seria desproporcionalmente superior ao sofrido pelo autor, pode ser iníqua a opção pela alternativa mais onerosa. Assim, tem-se julgado que o infrator indenizará ao vizinho o prejuízo causado pela invasão, mantendo-se e concluindo-se a obra. [...]o certo é que, pelo menos em alguns casos, a solução apontada é a única apta a fazer verdadeira e boa justiça²⁰.

Ressalta-se a forte jurisprudência brasileira no sentido de aplicar a teoria do Fato Consumado no âmbito do direito de propriedade. Como exemplos, a fim de comprovar a larga utilização deste posicionamento nos tribunais ressalta-se trechos dos seguintes julgados: *“A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição”*²¹; *“Restando demonstrado que o desfazimento de obra edificada em terreno alheio é excessivamente oneroso, converte-se a demolição em indenização no valor correspondente”*²².

De acordo com Odim Brandão Ferreira o fato consumado nada mais é do que *“o argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades*

¹⁹ SANTOS, Ernani Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 54.

²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao código de processo civil. 8 ed. São Paulo: Forense, 2001. p. 494-5.

²¹ BRASIL. Recurso Especial 77.712, Relator Ruy Rosado de Aguiar.

²² MINAS GERAIS, Apelação Civil 0302229-9, Relator Juiz Nepomuceno Silva.

ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegou o momento de decidir a causa”²³.

Percebe-se que o grande embasador da teoria do fato consumado é a morosidade judicial, ao permitir a consolidação de situações contrárias à lei no mundo real.

Inicialmente, a educação foi a matéria principal de aplicação da teoria, entretanto, a admissão da teoria do fato consumado tem se alastrado para diversas outras áreas jurídicas, com destaque neste trabalho para o direito ambiental.

²³ FERREIRA, Odim Brandão. Fato Consumado. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 41.

CAP. 2 - TEORIA DO FATO CONSUMADO E CONSTRUÇÕES IRREGULARES

São inúmeros os julgados na jurisprudência brasileira que defendem a aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do Direito Ambiental, especialmente quando se trata de empreendimentos já construídos em situações contrárias à legislação ambiental vigente. Neste sentido, extrai-se a suma de um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - MEIO AMBIENTE - NEGATIVA DA LIMINAR - OBRA EM FASE DE CONCLUSÃO - DESPROVIMENTO DO PLEITO RECURSAL.

Na ponderação da análise do caso concreto do dano ambiental com as limitações do processo cautelar, mormente na providência liminar, é forçoso reconhecer que não há como deferir a demolição ou mesmo a paralisação da obra quando as circunstâncias do caso concreto demonstram que o dano, se ocorrido, já está consumado, e sua reparação virá eventualmente através do processo de conhecimento²⁴ (sem grifo no original).

Neste julgado, o Ministério Público de Santa Catarina propôs uma ação cautelar em desfavor do Estado de Santa Catarina, sob a alegação de que este teria permitido a construção de uma escola indígena no Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, na localidade denominada Morro dos Cavalos, ferindo a legislação ambiental vigente. O magistrado decidiu pelo desprovimento do recurso interposto pelo *Parquet* estadual, sob o argumento de que o dano ambiental, se existente, já está consumado e não há nada mais a ser protegido.

Contudo, de acordo com a FATMA, a Serra do Tabuleiro é a maior unidade de conservação no Estado de Santa Catarina, com uma variada

²⁴ SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento 02.021695-5, Relator: Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, Data da Decisão: 25/05/2004.

vegetação, reunindo cinco das seis composições botânicas do Estado ²⁵. Sobre as unidades de conservação, Heline Silvini Ferreira leciona que: “*é possível afirmar que toda unidade de conservação constitui um espaço territorial protegido, muito embora a recíproca não seja verdadeira*” ²⁶.

Por sua vez, a Constituição Federal Brasileira veda expressamente a supressão de espaços territoriais especialmente protegidos, sendo que tal conduta é admitida somente através de lei e em casos muito específicos, conforme se observa no § 1º, inc. III do art. 225:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

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

Portanto, o acórdão em estudo revela-se indubitavelmente inconstitucional quando forneceu suporte jurídico à supressão de uma unidade de conservação sob o argumento de que o bem ambiental daquela área não merece mais proteção, pois sua destruição é fato consumado. Ora, não cabe ao julgador decidir casuisticamente pela supressão de um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal sob a alegação de que o bem ambiental não pode se regenerar, sem nenhum estudo técnico que corrobore esta afirmação.

²⁵ FATMA. Disponível em < http://www.fatma.sc.gov.br/educacao_ambiental/tabuleiro.htm>. Acesso em 23/09/2008.

²⁶ FERREIRA, Helini Silvini. Competências Ambientais. In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2007.

Conforme a norma constitucional supracitada, é incumbência do poder público a definição e a posterior proteção dos espaços territoriais a serem especialmente protegidos. E, a partir do momento em que um local é definido pelo Estado como tal, fica proibida a supressão desse espaço por qualquer outra forma que não seja lei.

Este dispositivo da Constituição Federal traz em seu bojo uma maneira de efetivar o desígnio constitucional contido no *caput* do artigo citado, qual seja, o de manutenção do bem ambiental para as presentes e futuras gerações. Sobre o assunto, Fiorillo leciona:

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar dos mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição ²⁷.

Neste sentido, ressalta-se a importância do sistema legal em regulamentar a constituição e manutenção dessas áreas especialmente protegidas, porquanto torna viável o tratamento diferenciado e especializado de áreas com atributos ambientais. Ao proceder desta forma pretende a sistemática jurídico-ambiental brasileira coadunar com os princípios de direito ambiental, objetivando a manutenção completa e integral desses espaços territoriais.

Interpretações a favor da teoria do fato consumado (como a observada no julgado supracitado), consideram o bem ambiental como pequenas partes fracionadas e incomunicáveis. Se assim realmente fosse, certamente a interpretação simplista de que tal bem ambiental é irrecuperável faria sentido, entretanto, tal entendimento não é correto.

É necessário compreender o meio ambiente como um todo interconectado, não sendo possíveis interpretações restritivas, pois é premissa básica no âmbito do direito ambiental (e catastróficamente comprovada

27 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p 25.

factualmente em diversos exemplos), que as conseqüências dos danos se acumulam não só quantitativamente, como também ao longo do tempo. Acerca da cumulatividade do dano ambiental, Mazzilli ressalta:

Causa-nos extrema preocupação descuidos com o zelo ao meio ambiente, pois a soma de pequenas infrações ambientais, alias, algumas nem tão pequenas assim, leva sem dúvida a danos ecológicos extremamente graves²⁸.

Portanto, tal entendimento caso a caso de que apenas um empreendimento construído de forma ilegal não traz danos ao meio ambiente terá resultados nefastos no futuro, pois além do problema da cumulatividade do dano ambiental, será precedente para diversas situações similares (como já se observa), que irão gerar novamente outros danos, causando uma cadeia de proporções incalculáveis. Tal efeito em cadeia manifestar-se-á precipuamente a longo prazo, comprometendo severamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das futuras gerações. Sobre esse assunto, defende Paulo Affonso Leme Machado que: *“nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações(...)”*²⁹.

2.1 O DESRESPEITO AO CÓDIGO FLORESTAL

A aplicação da teoria do fato consumado possibilitou a violação de uma legislação brasileira primordial para proteção do bem ambiental – o Código Florestal, instituído através da lei n ° 4.771/65. Tal confronto normativo refere-se principalmente em relação aos recuos instituídos por esta lei, que

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, ano. 2004. p. 151.

²⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 326-327.

comumente são minorados pela jurisprudência para acomodar empreendimentos imobiliários construídos sob o manto da ilegalidade.

Colaciona-se um julgado da Corte de Justiça Catarinense, no qual observa -se a aplicação da teoria do fato consumado em confronto com a lei 4771/65:

DIREITO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EDIFICAÇÃO DE PRÉDIO À MARGEM DE RIO - DISTÂNCIA PREVISTA NO CÓDIGO FLORESTAL NÃO RESPEITADA - PEDIDO DE DEMOLIÇÃO - CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS

Não há razão de direito que justifique a demolição de prédio destinado à exploração de supermercado tão-somente por não ter sido respeitada a distância da margem de rio prevista no art. 2º do Código Florestal (Lei 4.771, de 1965), se: a) foi edificado com licença do município, observada a sua legislação, e em local onde já havia outra construção; b) do total da área tida como de preservação permanente (1.320 m²) apenas foram invadidos 44 m²; c) não havia mata ciliar a ser preservada. Se da demolição do prédio nenhum benefício resultar ao meio ambiente - e, por via de consequência, à sociedade -, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e também a teoria do fato consumado, positivada nos arts. 1.258 e 1.259 do C. Civil -, autorizam a conversão da obrigação de fazer (demolição) em obrigação de dar (indenização)³⁰ (sem grifo no original).

A própria ementa já demonstra de forma clara a interpretação simplista da lei ambiental, com a expressão *“tão somente por não ter sido respeitada a distância da margem de rio prevista no art. 2º do Código Florestal”*. Percebe-se o caráter fraco da norma, ao se considerar os recuos exigidos pela Lei 4.771 como sendo um dispositivo de menor importância, prática comum na jurisprudência brasileira, como exemplifica o julgado supracitado.

Entretanto, bastaria uma análise mais criteriosa do julgador para encontrar na própria legislação em exame o porquê dos recuos do art. 2, bem como o motivo de tais áreas serem consideradas de preservação permanente. Tais regras não foram criadas ao arbítrio do legislador para dificultar o direito

³⁰ SANTA CATARINA. Embargos Infringentes 2004.022725-6. Relator Newton Trisotto, Data da Decisão: 08/06/2005.

de construção ou para obstar o desenvolvimento urbano, mas visam à proteção de algo imensamente mais importante, expresso no art. 1, parágrafo 2, inc. II:

II-área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (sem grifo no original).

Alguns dos incisos do art. 2º da Lei nº 4771/65 visam proteger recursos naturais vitais para o ser humano, como o ar ou água³¹, donde se interpreta que o Código Florestal prescreve tais limites tendo também como escopo a adequada preservação de bens ambientais necessários para a manutenção de toda a vida na Terra, com ênfase na vida humana.

Ademais, a referida faixa de proteção serve também para espraiamento das águas nos tempos de cheia, protegendo o homem e suas casas de eventuais alagamentos e inundações³². Esta função torna-se especialmente relevante para o estado de Santa Catarina, em virtude das enchentes ocorridas no fim do ano de 2008, acontecimento que marcou a maior tragédia já ocorrida no Estado³³, com centenas de mortes em virtude principalmente dos desabamentos de terra.

Acerca das enchentes ocorridas em Santa Catarina, já existem estudos técnicos no assunto afirmando que a proporção catastrófica do acontecimento poderia ter sido evitada, já que as mortes e deslizamentos não foram conseqüências apenas da chuva torrencial, como foi relatado pela maioria imprensa. Diversos engenheiros, agrônomos e arquitetos do CREA afirmam existir uma estreita correlação entre a tragédia e a ocupação desordenada ocorrida no litoral catarinense ao longo dos anos.

31 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 88.

32 Ibidem.

33 Entenda o que causou a as enchentes no estado. Revista Veja, São Paulo, 29 nov. 2008. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/entenda-causou-enchentes-estado-405921.shtml>>. Acesso em 25 mai. 2009.

Sobre tal assunto, os especialistas explicam as causas dos deslizamentos no vale do Itajaí, bem como o que ocorreu com o gasoduto que explodiu em Blumenau em oportuna citação acerca da importância da preservação das APP's para a vida humana:

A cobertura florestal natural das encostas, dos topos de morros, das margens de rios e córregos existe para proteger o solo da erosão provocada por chuvas, permite a alimentação dos lençóis d'água e a manutenção de nascentes e rios, e evita que a água da chuva provoque inundações rápidas (enxurradas). A construção de habitações e estradas sem respeitar a distância de segurança dos cursos da água acaba se voltando contra essas construções como um bumerangue, levando consigo outras infra-estruturas, como foi o caso do gasoduto. Esse é um dos componentes da tragédia.[...] O grande problema de ocupar encostas é fazer cortes e morar embaixo ou acima deles. Há certas encostas que não podem ser ocupadas por moradias, principalmente as do vale do Itajaí, onde o manto de intemperismo, pouco resistente, se apresenta muito profundo e com vários planos de possíveis rupturas (deslizamento), além da grande inclinação das encostas. E é aí que começa a explicação de outra parte da tragédia que estamos vivendo. A ocupação dos solos nas cidades não tem sido feita levando em conta que estão assentadas sobre uma rocha antiga, degradada pelas intempéries, e cuja capacidade de suporte é baixa. Através dos cortes aumenta a instabilidade. As fortes chuvas acabaram com a resistência e assim o material deslizou ³⁴.

Neste ínterim, Hugro Nigro Mazzili cita alguns dos prováveis efeitos da ocupação humana desordenada e do uso irregular dos bens ambientais, vários deles desastrosamente comprovados durante as enchentes em Santa Catarina:

O uso irresponsável ou irregular dos recursos naturais destruirá ou contaminará os mananciais, promoverá a erosão, eliminará espécies vegetais e animais, poluirá a atmosfera, alterará o clima. Teremos danos incalculáveis com a degradação do habitat, em prejuízo de todos ³⁵.

³⁴ Criação do Código Ambiental Catarinense: enchentes e deslizamentos. Disponível em : <<http://www.crea-sc.org.br/portal/index.php?cmd=artigos-detalle&id=76>>. Acesso em 22 jul. 2009.

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 150.

Diante da gravidade do exemplo citado, observa-se que a proporção estabelecida pela lei federal 4.771/65 é adequada, haja vista que os meios, no caso, a proibição de construção em área de preservação permanente através dos recuos estabelecidos, são proporcionais ao fim destinado à norma, qual seja, a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido pela Lei Fundamental como direito e dever de todos, bem como a proteção do homem.

Sobre as APP-s, Paulo Affonso Leme Machado leciona que *“a supressão de uma APP deve ser verdadeiramente uma exceção. Não pode ser facilitada, pois ela é essencial para a vida”*³⁶.

O Código Florestal é uma legislação coerente em sua função protetiva do bem ambiente, ao limitar em seu art. 3º, parágrafo primeiro, a única forma possível de supressão das áreas de preservação permanente ao instituir que *“a supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.”* Observa-se que tal legislação é bastante precisa ao proteger tais áreas essenciais, bem como justificar o porquê de tal proteção, não existindo justificativa para não aplicá-la.

Por sua vez, a Carta Magna brasileira contra a qual, em tese, não cabe alegar “direito adquirido”, encontra-se em perfeita consonância com os ditames instituídos pela Lei nº 4771/65 ao instituir no art. 225 que a supressão de espaços especialmente protegidos só é permitido através de lei, conforme visto no tópico anterior.

Ressalta-se a importância de tal medida, pois, pela primeira vez, a Constituição brasileira contemplou o meio ambiente em capítulo próprio, considerando-o como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo ao Poder Público a obrigação de coletividade e dever de preservá-lo e defendê-lo, para as gerações presentes e futuras. Assim, com a finalidade de

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 703.

implementar tais diretrizes constitucionais, e assim, assegurar o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Código Florestal estabeleceu essas áreas que, por sua importância ecológica são consideradas de preservação permanente.

Acerca da reiterado negligenciamento das APP's instituídas pelo Código Florestal, principalmente nas áreas urbanas, onde se observa com maior frequência a ocupação humana ilegal e a conseqüente aplicação da teoria do fato consumado, o jurista Paulo Affonso Leme Machado, da Sociedade Brasileira de Direito Ambiental, afirma que:

se retirado o dispositivo para a inaplicabilidade do Código Florestal para as áreas urbanas, teremos uma devastação inexorável, pois alguns municípios já estão declarando todas as suas áreas como urbanas, pelos seus próprios Planos Diretores³⁷.

O mesmo autor explica o óbvio, porém amplamente ignorado sobre as APP's: *“o termo preservação permanente deveria significar que tais formas de cobertura vegetal jamais pudessem ser alteradas ou extintas”*³⁸. Ou seja, a expressão “permanente” deveria representar o que realmente significa.

Provavelmente, a maior contradição em aplicar-se a Teoria do Fato Consumado em desrespeito aos limites impostos pelo Código Florestal reside no fato desta legislação vigorar desde o ano de 1965. Ora, a Lei nº 4.771 foi instituída há mais de 4 décadas, não é uma norma nova; na qual em tese poderia se argumentar que a construção já existia antes, o que ensejaria um legítimo fato consumado.

Obviamente, se existem pessoas ocupando um local no qual não incide nenhuma restrição e posteriormente o Poder Público decide restringir ambientalmente a área, é imperioso que se dê um tratamento respeitoso aos proprietários que ocupavam o local. Essa adequação pode se dar de duas maneiras: ou expropria-se o local mediante justa indenização, ou regulamenta-

37 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.89.

38 Ibidem, p.78.

se o uso do solo de forma a compatibilizar a ocupação humana que lá se encontrava com a proteção ambiental.

Porém, a grande maioria das obras que necessitam do respaldo da teoria do fato consumado são iniciadas e finalizadas na completa ilegalidade, com outras legislações além da Lei nº 4771/65 indicando expressamente que tal conduta é proibida, e ainda assim essas construções se mantêm com a justificativa do passar do tempo.

2.1.1. Descabimento de argumentos

Diversos argumentos são utilizados jurisprudencialmente para justificar a aplicação da teoria do fato consumado em detrimento dos limites impostos pelo Código Florestal brasileiro.

Uma das alegações recorrentes quando se trata da aplicação da teoria do fato consumado no direito ambiental neste sentido é o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Entende-se que, o dano causado com a demolição do empreendimento é punição excessiva ao proprietário, pois apenas alguns poucos metros estão em desconformidade com a Lei nº 4771/65.

Não há dúvidas de que, como expressa Alexandre de Moraes, é necessário proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público no exercício de suas atividades e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes ³⁹.

Entretanto, não se configura violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando as restrições impostas são proporcionais ao fim a que se destina a norma. No caso da Lei 4.771/65, o que se visa proteger é a garantia e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, expresso na Lei Fundamental como direito e dever de todos.

³⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 47.

Como afirma Juarez de Freitas “*proporcionalidade, antes de mais nada, significa obrigação de sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos*”⁴⁰. Ao se aplicar a teoria do fato consumado em detrimento de bem ambiental observa-se uma inversão desse valores, pois o que é sacrificado é um bem transindividual e intergeracional, enquanto o que se privilegia é um bem particular.

Em oportuna citação, extrai-se da jurisprudência catarinense acerca do princípio da proporcionalidade:

no conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o homo medius, na valoração dos bens da vida” (Carreira Alvim)⁴¹.

O artigo 225 da Constituição Federal configurou nova realidade jurídica, inserindo como nova categoria de bem o "bem ambiental", ante a impossibilidade, pelas peculiaridades, de sua inserção entre os bens públicos e particulares. Em consonância com os princípios legais vigentes, o Código Florestal foi recepcionado pela nova ordem jurídica constitucional, sendo que o seu texto foi elaborado em perfeita harmonia com o preceito instituído pelo art. 225 da Carta Magna.

Portanto, a proporção estabelecida pela norma é adequada, haja vista que os meios - no caso, a proibição de construção em área de preservação permanente através dos recuos estabelecidos - são proporcionais ao fim ao qual a norma se destina, qual seja, a própria manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para esta e para as futuras gerações, erigido pela Lei Fundamental como direito e dever de todos.

Outro argumento utilizado de forma corriqueira para justificar a teoria do fato consumado é a boa-fé do indivíduo que está ocupando o local em litígio. Afirma-se que o sujeito não tinha conhecimento das proibições legais de construir no local e que seria injusto demolir uma propriedade valiosa de

⁴⁰ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. O fato exemplar do fato consumado, p. 255.

⁴¹ SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento n. 2003.009015-0, Rel. Des. Newton Trisotto. Data da decisão: 17/11/2003.

alguém se este agiu de boa-fé. Ressalta-se que este requisito possui relevância na análise da questão exclusivamente sob o âmbito do direito administrativo, contudo, se a ilegalidade constitui também um dano ambiental, a boa-fé não exime o indivíduo de sua responsabilidade.

De acordo com legislação ambiental vigente, pouco importa a boa ou má-fé do indivíduo para este ser obrigado a reparar ou indenizar os danos ambientais. E assim deve ser, porque tal requisito é extremamente subjetivo, não sendo coerente que a proteção de um direito fundamental intergeracional dependa da difícil comprovação dos desígnios pessoais de um sujeito.

A lei 6938/81, que Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente introduziu a responsabilidade objetiva em matéria de direito ambiental. Portanto, não importa se a pessoa realmente acredita que nunca causou nenhum dano ao meio ambiente, ou se é ou não possuidor de boa-fé, pois independe de culpa a responsabilização civil pelo dano ambiental. Tal legislação expressa que:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. [...] (sem grifo no original).

Rebate-se também o argumento de que alguma construção não causa dano efetivo ao ambiental local, ou que se encontra em harmonia com o meio, argumentos reiteradamente utilizados pelos proprietários para embasar a teoria do fato consumado. Ora, a prova de que existe dano ambiental é presumida, pois existe uma construção no meio de uma área de preservação, quando o objetivo de existência de tal área é ser livre de ocupação humana. A construção é um corpo estranho ao meio ambiente local, não se integrando harmonicamente. Portanto, enquanto a construção existir no local, existirá o

dano ambiental. Neste sentido, existe precedente favorável no Tribunal de Justiça Catarinense:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTRUÇÕES CLANDESTINAS - DEMOLIÇÃO PARA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE - PARQUE MUNICIPAL DA LAGOA DO PERI - DESNECESSIDADE DE DANO EFETIVO - PRINCÍPIO DA IGUALDADE INAPLICÁVEL PARA AGASALHAR ILÍCITO .

Presta-se a ação civil pública para defesa do meio-ambiente e para obrigar o proprietário a demolir construção erguida em área não edificável, destinada por lei federal e municipal à preservação permanente, não sendo exigível para a sua propositura a prova de dano efetivo, mas apenas sua probabilidade; suficiente a ameaça de dano para justificar a via processual⁴². (sem grifo no original).

Assim, cabe ao empreendedor o devido respeito à legislação ambiental, porquanto, sabe-se que conforme a Lei de Introdução ao Código Civil, ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para descumpri-la. Em se tratando de questões ambientais, admite-se a demolição da obra e a condenação em perdas e danos mesmo se o empreendedor não agiu de má-fé, pois as conseqüências do dano não se restringem às partes.

2.2 A PRIMAZIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O direito de construir constitui prerrogativa inerente do direito de propriedade, e encontra-se tutelado na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXII. Todavia, a própria Carta Magna trata de limitar esses direitos, ao instituir no inciso seguinte a necessidade da propriedade cumprir sua função social, conforme se demonstra a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴² SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 99.013600-0, Relator: Luiz César Medeiros, Data da Decisão: 30/11/2000.

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (sem grifo no original).

Destarte, a inclusão do art. 225 na Constituição Federal passou a exigir uma nova interpretação do direito de propriedade. Neste sentido vigora no âmbito do direito ambiental o princípio basilar de direito administrativo da supremacia do interesse público, o qual prescreve que a proteção ambiental é um direito e uma obrigação de todos.

Embora o proprietário tenha a prerrogativa de utilizar sua propriedade como lhe convenha, tal direito não é absoluto e possui diversas limitações. O entendimento do direito de propriedade absoluto é ultrapassado e não condiz com a atual concepção de primazia da função social da propriedade. A nova ordem constitucional instituiu que:

não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence⁴³.

Assim, no regime constitucional vigente, a tutela do meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, é prioritária, pois aquela visa proteger um direito coletivo que deve prevalecer sobre o particular. Paulo Affonso Leme Machado afirma que *a propriedade não mais se limita a um direito e uma garantia individual, inexistindo atualmente respaldo jurídico para que a propriedade de apenas um indivíduo agrida a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos*⁴⁴.

A Constituição Federal não confere como direito fundamental o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis da propriedade. Ao constitucionalizar a proteção ambiental em capítulo próprio (além de permear todo o texto constitucional), a Carta Magna de 1988 mostrou-se como verdadeiro marco normativo para o direito ambiental, optando em sacrificar

43 MELARÉ, Edis. Direito do Meio Ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 626.

44 MACHADO. Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 115.

alguns direitos quando colidentes com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, existem diversas limitações em seu texto, como o art. 5, XXIII (função social da propriedade); art. 182, parágrafo 2 (função sócio-urbanística da propriedade urbana); art. 186 (função sócio-ambiental da propriedade rural).

A Constituição Federal inclusive submeteu os Princípios Gerais da Atividade Econômica à defesa do meio ambiente, conforme se observa no art. 170:

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

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

O próprio Código Civil, que visa mormente à proteção de direitos particulares, impõe limitações ao direito de propriedade em benefício do meio ambiente, conforme denota-se do § 1º do art. 1228:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as 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.

Nessa esteira, os limites ao direito de construir do proprietário surgem diante da sua simultânea função social, bem como encontra respaldo em diversos dispositivos constitucionais que instituem a supremacia do interesse público frente ao direito particular do proprietário.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o direito de construir só se encontra dentro da normalidade quando respeitadas as normas relativas às prescrições administrativas sobre construção ⁴⁵, sendo que qualquer outro fim

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

ultrapassa o direito de propriedade particular e invade interesse comum. Em muitas situações, tais prescrições administrativas devem ser respeitadas também com o escopo de preservação do bem ambiental.

Assim, o direito de propriedade deve ser assegurado ao particular, contudo, não pode ignorar a simultânea função social. Defender o contrário implicaria o caos, já que seria permitido a cada qual agir em seu próprio benefício, sendo que tal conduta é incompatível a nova ordem constitucional. Pequenos sacrifícios individuais são imprescindíveis em favor da preservação do bem coletivo, conforme expressa Paulo Affonso Leme Machado:

é um ônus social a restrição de ser conservado esse ou aquele bem (por exemplo: uma duna, uma restinga, etc.), limitando-se, por exemplo, o direito de construir. Mas outros direitos (por exemplo, o de colher frutos) persistem ⁴⁶.

2.2.1 O bem ambiental considerado como incorpóreo e imaterial

O art. 3 °, inciso I, da Lei n ° 6.938/81 não apontou os elementos corpóreos que compõem o meio ambiente, considerando-o, portanto, como um bem incorpóreo e imaterial – um macrobem ⁴⁷. Desta forma, com o devido respeito aos direitos do proprietário do imóvel, reforça-se a perspectiva que tal bem não lhe pertence inteiramente, pois faz parte do macrobem ambiental. Sobre este assunto José Rubens Morato Leite assevera:

Isso significa que o proprietário, seja ele público, seja ele particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem cuja titularidade pertence a todos indistintamente ⁴⁸.

⁴⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 263.

⁴⁷ LEITE, José Rubens Morato ; CANOTILHO, José Joaquim Gomes . *Sociedade de Risco e Estado*. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁸ *Ibidem*.

Por sua vez, a Carta Magna preceitua que o bem ambiental é de toda coletividade ao instituir que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”*. Portanto, o macrobem ambiental não pertence ao particular que tem o título de propriedade, nem ao Poder Público, porquanto é de todos. Admite-se a existência dos microbens, inseridos no macrobem; porém, a existência daqueles não causa o parcelamento deste.

José Rubens Morato Leite distingue o microbem do macrobem ambiental, asseverando que, para o primeiro, o meio ambiente pode ter regime de propriedade variado, podendo ser público ou privado, conforme a titularidade dominial. Em contrapartida, considerando a totalidade do macrobem, este é um bem de interesse público e seu desfrute dar-se-á por toda a comunidade ⁴⁹. Acerca do interesse coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Paulo Afonso Leme Machado afirma que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. (...) Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada ⁵⁰.

Tal entendimento reforça a supremacia do interesse público sobre o particular, pois ao se compreender todos os bens particulares com relevância ambiental como integrantes do macrobem, torna-se impositiva sua proteção em favor da coletividade, mesmo que isto acarrete em limitações ao direito de propriedade do particular.

⁴⁹ LEITE, José Rubens Morato ; CANOTILHO, José Joaquim Gomes . Sociedade de Risco e Estado. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 12. ed. São Paulo:Malheiros, 2004. p. 116.

2.2.2 Formas de reparação do dano

Ressalta-se que algumas construções clandestinas permitem a sua regularização em momento posterior, quando se referem a situações em que o particular construiu sem o prévio licenciamento, mas a edificação atende a legislação urbanística e ambiental em vigor. Neste caso há de se aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que realmente não há sentido em obstar o direito do proprietário apenas com o fim de punir.

Entretanto, se a ilegalidade da construção é insanável, há uma afronta ao direito fundamental coletivo insculpido no art. 225 da Constituição Federal, que deve ser regularizada com a demolição da construção, contrariamente o que preceitua a teoria do fato consumado.

A Constituição Federal prescreve de forma expressa a obrigação de reparar o dano ambiental em todas as esferas de responsabilidade, de acordo com o art. 225, em seu parágrafo 3º:

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

Ressalta-se que a reparação do bem ambiental, possível apenas com a demolição de obra em local proibido, é independente de qualquer outra responsabilização que o proprietário venha a ser condenado.

A forma de reparação da lei 6938/81 preconizada é a recuperação ambiental, só se admitindo a forma alternativa – a indenização pecuniária, quando o dano é comprovadamente irreversível. Frisa-se que, nesta segunda hipótese, a compensação pecuniária é destinada à sociedade, pois dela é que foi subtraída a qualidade do macrobem ambiental⁵¹. Milaré esclarece que:

⁵¹ LEITE, José Rubens Morato ; CANOTILHO, José Joaquim Gomes . Sociedade de Risco e Estado. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 73.

A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em sequência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição do bem ambiental. Aquela, como já alertamos, não consegue recompor o dano ambiental. O valor econômico não tem o condão -sequer por aproximação ou ficção- de substituir a existência de fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O trabalho do legislador, por conseguinte, visa a garantir essa possibilidade de fruição e, só excepcionalmente, o ressarcimento monetário da lesão⁵².

Numa escala de utilização das formas de reparabilidade, em primeiro lugar privilegia-se a restauração *stricto sensu*; enquanto a compensação ecológica estaria alocada como segunda opção; e por fim, como última escolha ter-se-ia a compensação pecuniária.

Sabe-se que a preferência pela reparação do dano ambiental, ligada aos interesses difusos da sociedade, foge da lógica do direito tradicional, modelado de forma a atender interesses individuais. Mas cabe aos operadores do direito se adaptarem a esta nova realidade imposta pela Constituição Federal, em detrimento da aplicação da teoria do fato consumado.

Neste sentido, colhe-se julgado da Corte de Justiça Catarinense, no qual uma construção erigida em desconformidade com ato da administração pública, que visava proteger área de preservação permanente na margem de um rio, foi demolida pela predominância do direito coletivo sobre o particular:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DEMOLITÓRIA - OBRA CONSTRUÍDA SEM AUTORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO - DESRESPEITO AO EMBARGO ADMINISTRATIVO - DESOBEDIÊNCIA AO AFASTAMENTO MÍNIMO DA MARGEM DO RIO (ART. 2º, "A", 2, DA LEI 4.771/65) - ÁREA DE PRESERVAÇÃO COM USO LIMITADO - INEXISTÊNCIA DE ACESSO PÚBLICO OFICIAL - EDIFICAÇÃO QUE EXCEDE O GABARITO - IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO - PREPONDERÂNCIA DO DIREITO COLETIVO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO EM DETRIMENTO DO DIREITO À MORADIA - REFORMA DA SENTENÇA QUE

⁵² MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.337.

INDEFERIU O PLEITO DEMOLITÓRIO AJUIZADO PELO MUNICÍPIO - RECURSO PROVIDO⁵³.

Neste sentido, a demolição de obra em confronto com ditames ambientais e urbanísticos pode ser efetivada mediante ordem sumária do Poder Administrativo, em virtude do poder de polícia inerente ao administrador público. Quando a obra é impossível de ser regularizada, por ir de encontro às normas ambientais, não resta outra opção senão a demolição.

2.3 RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS

Os pressupostos contidos no art. 225 da Constituição Federal obrigam os operadores do direito a agir de forma preventiva, principalmente quando dentre os bens jurídicos tutelados está o meio-ambiente.

Neste sentido, o ente Estatal possui a tarefa constitucional de promover a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; tanto na forma de uma postura negativa de não interferência no bem ambiental, bem como através de medidas positivas no sentido de promover o direito ou protegê-lo de terceiros poluidores. Desta incumbência, extraída do caput do art. 225 da CF, existe uma vinculação expressa para os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como à instituições como o Ministério Público e Defensoria Pública de salvaguarda o bem ambiental⁵⁴.

Diante da omissão ou descaso do ente estatal em cumprir o que lhe é incumbido constitucionalmente, poderá o poder Judiciário coibir a ilegalidade decorrente da omissão no caso concreto, não se configurando neste caso uma invasão do Poder Judiciário no âmbito das funções típicas do Poder Executivo⁵⁵.

⁵³ SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 2008.071720-2, Relator Sérgio Roberto Baasch Luz, Data da decisão: 22/04/2009.

⁵⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 281.

⁵⁵ Ibidem, p. 287.

Neste sentido, omitindo-se a administração pública ou até mesmo permitindo a efetivação de fatos consumados pela falta de fiscalização, caberá ao Judiciário a tarefa de intervir quando provocado. Este órgão não poderá se escusar de julgar o caso concreto nessa hipótese, porquanto é sua função controlar os atos administrativos quanto manifestamente ilegais ou quando contrariarem princípios constitucionais.

2.3.1 Importância do zoneamento para a função social da propriedade

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), que estabelece as diretrizes da política urbana, expressa de forma clara a necessidade da propriedade cumprir sua função social. A legislação prescreve que as limitações acerca da propriedade urbana deverão ser impostas através do zoneamento ambiental feito por cada cidade através do seu Plano Diretor, conforme extrai-se dos artigos seguintes:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Tal legislação encontra respaldo no art. 182 da Carta Magna, que preceitua:

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

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

As normas de direito urbanístico visam propiciar melhores condições de vida à toda sociedade, através da organização eficiente dos espaços habitáveis, sendo que a coletividade é severamente prejudicada quando o seu direito de possuir uma cidade organizada encontra-se negligenciado.

As limitações urbanísticas são genuínas imposições da ordem pública, por atingirem indistintamente a todos, e têm como características serem imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis. E, por serem revestidas do *imperium*, vinculam os particulares e a própria administração ⁵⁶. Neste diapasão, Marcelo Lopes de Souza assevera que “o planejamento – algum tipo de planejamento- é algo que não se pode abdicar. Abrir mão disso equivaleria a saudar um caminho errático, incompatível com a vida social organizada” ⁵⁷.

Portanto, indubitável que a ninguém é permitido construir onde a lei proíbe, já que o ordenamento urbanístico e ambiental é de interesse coletivo, que deve prevalecer sobre o particular, em consonância com o princípio da supremacia do interesse público. O zoneamento ambiental é um tema que encontra estreita relação com este princípio, pois visa disciplinar de que forma será compatibilizado o desenvolvimento industrial, as zonas de conservação da vida silvestre e a própria habitação do homem, tendo em vista a manutenção do meio ambiente para às presentes a futuras gerações ⁵⁸.

No mesmo sentido assevera Paulo de Bessa Antunes ⁵⁹ que “o zoneamento é a tentativa de impedir a ocupação anárquica dos espaços territoriais, fazendo com que os mesmos se enquadrem em um determinado padrão de racionalidade”.

2.3.2 Competência constitucional dos municípios

56 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 374.

57 SOUZA, Marcelo Lopes de. Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 46.

58 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004 p 88.

59 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 185.

A Carta Magna dispõe competir aos Municípios a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. É o que se extrai do art. 30, I e VIII, da CF/88:

Art 30 – Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Da mesma forma, a Carta Magna impõe como incumbência do ente municipal zelar pela guarda do meio ambiente, combater à poluição e preservar as florestas, fauna e flora, conforme expresso no art. 23, incs. VI e VII.

Neste íterim, sabe-se que é proibido em matéria de competência legislativa norma municipal contrariar norma federal, já que a CF preceitua uma hierarquia entre as normas emanadas pelos entes federativos. Heline Silvini Ferreira afirma que o Município não poderia inovar, mas poderia complementar leis emanadas por outros entes federativos, no sentido de suprir lacunas existentes na lei federal ou estadual, ou mesmo complementar, ao especificar ou detalhar alguns conteúdos, sempre de forma mais restritiva em termos ambientais ⁶⁰.

A norma federal que determina quais são as áreas de preservação permanente - o Código Florestal - é clara ao expressar que a supressão de APP's só é possível com autorização do Poder Público Federal e para fins muito específicos, apenas de interesse público. Desta forma, é vedado pela legislação federal a inobservância dos Municípios acerca dos princípios e limites estabelecidos no art. 2º do Código Florestal.

Ademais, a própria Lei n º 4771/65 tratou de reforçar tal proibição ao determinar em seu art. 2º, parágrafo único que “*consideram-se de preservação*”

⁶⁰ FERREIRA, Heline Sivini. A biossegurança dos organismos transgênicos no Direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

permanente, pelo só efeito desta Lei[...]”, ou seja, tal lei é suficiente para vedar destinação diversa do que a prevista em seu texto para as áreas de preservação permanente.

Assim, mesmo que o Município aprove alguma obra em área de preservação permanente, tal permissão estará frontalmente em desacordo com legislação superior, além de ferir normas de competência previstas na Constituição Federal. Ora, se a nenhuma pessoa física é permitido se escusar de cumprir a lei alegando que a desconhece, o que se dirá de um ente público.

Ressalta-se que a Constituição Federal visa impedir a promulgação de legislação municipal ou estadual que venha permitir o uso do solo de seus territórios de forma menos restritiva que a então vigente, entretanto, o contrário é permitido. Não existe este confronto quando a lei municipal é mais restritiva que a hierarquicamente superior. Sobre o assunto, Paulo Afonso Leme Machado leciona: *"As normas estaduais e municipais também poderão planejar o uso e a ocupação desses bens, como expressamente prevê o art. 5º, § 2º, da Lei 7.661/88, prevalecendo sempre as disposições de natureza mais restritivas"*

⁶¹.

Este é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, decidindo sobre a questão carbonífera no Município de Siderópolis, neste Estado, assim se manifestou:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LEI MUNICIPAL. INTERESSE LOCAL. MINERAÇÃO CARBONÍFERA.

Cabe ao município legislar supletiva e concorrentemente sobre meio ambiente quando há interesse local específico com a preservação de determinada área, sem que isso importe em revogar ou restringir a proteção ambiental determinada por lei federal ou estadual. Está, pois, dentro da competência discricionária do município estabelecer em lei área que deseja proteger, assim como reduzir a proteção ambiental ⁶².

⁶¹ MACHADO. Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 638.

⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Apelação Civil 2001.04.01.021599-6/SC, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia. Data da Decisão: 27.08.2002.

Entretanto, destaca-se a inércia dos entes municipais, que corriqueiramente nada fazem para impedir a construção de edificações e a urbanização de área que deveria ser protegida ao longo dos anos, favorecendo a aplicação da teoria do fato consumado e a degradação ambiental.

Ademais, é corriqueira a prática comissiva de alguns Municípios – além de nada fazerem para impedir edificações ilegais em área que deveria ser protegida - em fornecer toda a infra-estrutura necessária para a urbanização do local, como postes de iluminação, distribuição de energia elétrica, abastecimento de água, coleta de lixo e até mesmo em efetuar a cobrança de Imposto Predial e Imposto Territorial; entre outras situações que confirmam sua convivência com a situação, além de fornecerem argumentos que embasam a boa-fé do indivíduo.

Obviamente que não se procura isentar o particular de sua responsabilidade objetiva na seara ambiental, entretanto, sabe-se que diversas ilegalidades poderiam ter sido evitadas desde o início se os Municípios cumprissem seu papel constitucional, efetivamente fiscalizando e evitando que diversos fatos consumados efetivamente se consumassem. Neste sentido é a lição do Ministro Antonio Herman Benjamim:

É desse modo que há de ser atendida a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos levem em consideração o meio ambiente em suas decisões, adicionando a cada uma das suas missões primárias – não por opção, mas por obrigação- a tutela ambiental. No Brasil, o desvio desse dever pode caracterizar improbidade administrativa e infrações a tipos penais e administrativos ⁶³.

Ressalta-se novamente que a Constituição Federal é clara ao especificar em seu art. 225 acerca das áreas ambientalmente protegidas que *“a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”*.

⁶³ BENJAMIM, Antonio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 75.

Assim, vê-se que para alterar ou suprimir uma área de preservação permanente, faz-se necessário a edição de uma lei. Nenhum órgão Municipal tem competência para expedir uma certidão ou um alvará autorizando a supressão de uma APP.

Nos casos de atos administrativos ilegais emanados pelos Municípios cabe a aplicação da Súmula 473 do STF, que pode ser utilizada para anular tais atos, mesmo com o decurso avançado do tempo. Afinal, ao contrário do que preceitua a teoria do fato consumado e conforme tal dispositivo, atos ilegais não originam direitos:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

2.3.3 Florianópolis e o caso Santa Mônica

A cidade de Florianópolis é um exemplo típico de vários fatos consumados, que se consolidaram através da conduta omissiva ou mesmo comissiva por parte do Poder Público.

Florianópolis vem passando por um caótico processo de ocupação desordenada há algum tempo, período no qual a cidade passou a ser alvo de especuladores imobiliários em busca do lucro a qualquer custo, causando um inegável prejuízo ao rico valor ambiental da Ilha. Acerca desse assunto, destacam-se as palavras de Antonio Carlos Brasil Pinto:

Tamanha especulação vem atropelando impunemente a memória brasileira, em especial impondo o “inchaço” irracional das áreas urbanas e dilapidando traços culturais fundamentais na composição do patrimônio turístico. Ilustre-se neste vértice o exemplo da Capital Federal [...] O exemplo é significativo. Porém fica no ar a seguinte indagação: não merecia idêntica ou maior a indignação quando a especulação não atinge a

paisagem derivada da genialidade de Burle Marx, mas a dádiva da natureza, como a incomparável Lagoa da Conceição em Florianópolis? Não os projetos e palácios de Lúcio Costa e Niemeyer, mas as paisagens simples que denotam mais do que uma época, denotam um estilo de vida de qualidade indiscutível, como o notável acervo do Ribeirão da Ilha, também na capital catarinense?⁶⁴ (sem grifo no original).

Em 2007, foi realizada a Operação Moeda Verde pela Polícia Federal, que resultou no indiciamento de 54 pessoas acusadas de envolvimento em um suposto esquema de corrupção para favorecer a liberação de construções em áreas de preservação ambiental na Ilha de Santa Catarina.

A maioria dos indiciados eram servidores públicos municipais, que se utilizaram de sua função pública visando vantagens pessoais e envolveram-se em ações, omissões, conivências e subornos. Tal investigação teve ampla repercussão nacional e constitui um exemplo típico da ação do poder público em detrimento do bem ambiental.

Destaca-se o fato que é bastante provável que até o fim do processo este esteja prescrito. Mesmo que a sentença ratifique a acusação da fase policial, existe uma grande probabilidade de que os empreendimentos construídos sob o manto da ilegalidade continuarão onde estão, gerando polpidos lucros aos seus proprietários – um legítimo exemplo da aplicação da teoria do fato consumado.

Após as informações desta investigação virem à tona, reforçou-se ainda mais o sentimento coletivo nos moradores de Florianópolis de perda e destruição do bem ambiental ilhéu em virtude da corrupção do poder público municipal.

Um caso relacionado a este, que retrata a omissão do poder público municipal de Florianópolis em ordenar adequadamente o solo urbano é o chamado “Caso Santa Mônica”, no qual o Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental da UFSC prestou assistência jurídica para a associação Aliança Nativa - associação esta que figurou no pólo ativo de uma ação civil pública,

⁶⁴ PINTO, Antonio Carlos Brasil. Turismo e Meio Ambiente- Aspectos Jurídicos. São Paulo: Papirus, 1998. p. 100-1.

visando obstar a construção irregular de um luxuoso hospital de (Complexo Vitta), no bairro Santa Mônica.

Tal exemplo é bastante ilustrativo, pois o Complexo Vitta era uma das obras investigadas pela Operação Moeda Verde, que até o momento não obteve êxito em desfazer as outras construções irregulares constatadas.

No caso em questão, o município de Florianópolis através do seu Poder Legislativo editou a Lei Complementar n ° 250/06, que alterou todo o zoneamento do Bairro Santa Mônica em termos menos restritivos do que os originalmente consignados no Plano Diretor, sem o mínimo amparo técnico. Entretanto, o Plano Diretor de Florianópolis de 1997, em vigor na época dos fatos prescreve o seguinte:

Art. 239 - Esta Lei somente poderá ser alterada por iniciativa de um terço dos membros do Poder Legislativo ou mediante proposta do Chefe do Poder Executivo.

§ 5º - Qualquer revisão ou alteração desta Lei deverá envolver estudo global da respectiva Unidade Especial de Planejamento (UEP), e ser acompanhada de análise de seu impacto na infraestrutura urbana e comunitária.

§ 6º - Qualquer revisão ou alteração desta Lei deverá ser instruída com parecer técnico do Órgão Municipal de Planejamento.

O cerne da lide consistia no fato de que a Lei Municipal n ° 250/06, que possibilitaria a construção do Hospital Vitta, foi aprovada com base em Estudos de Impacto Ambiental efetuados isoladamente para cada empreendimento construído em Santa Mônica. Tais estudos ignoravam o fato de que todas essas construções isoladamente consideradas estavam sendo erigidas a poucos metros umas das outras. Em contrapartida, o dispositivo legal supracitado é cristalino em exigir que qualquer mudança do seu texto deve vir precedida de um estudo global de cada Unidade Especial de Planejamento

É premissa básica de direito ambiental no que concerne aos danos que estes são cumulativos e transfronteiriços, sendo que seus efeitos podem percorrer a distância de continentes e perdurar por anos, décadas e séculos. Neste ínterim, o que se dirá dos danos ambientais causados em um pequeno

espaço como um bairro, que vem passando por um intenso e desordenado adensamento urbano. Certamente, as análises realizadas isoladamente para cada empreendimento não espelharam com fidelidade a fragilidade ambiental do local.

O argumento utilizado na peça inicial da demanda seguiu este raciocínio. Foram utilizados os argumentos de que a construção de um novo megaempreendimento no bairro Santa Mônica, como o Complexo Vitta, exigia um estudo global sobre toda a conjuntura ambiental do bairro com uma análise dos efeitos cumulativos e a longo prazo.

Na resolução da demanda, foi homologado um acordo entre a ONG Aliança Nativa e o município de Florianópolis, na qual o Magistrado ordenou que: *"não serão mais concedidas licenças, autorizações e alvarás para construção, reforma ou ampliação de edificações no Bairro Santa Mônica"*. Neste acordo, a Prefeitura de Florianópolis foi obrigada a cumprir as restrições impostas pelo Plano Diretor de 1997, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500 mil em caso de descumprimento.

O caso em tela é bastante ilustrativo do assunto em estudo, já que apenas um outro empreendimento que estava sendo investigado na Operação Moeda Verde não foi finalizado, além do Hospital Vitta. Todos os outros continuam se mantendo e funcionando normalmente.

Entretanto, no caso Santa Mônica, foi ajuizada a ação civil pública de forma preventiva, antes mesmo da construção do Complexo Vita, impedindo a edificação da obra e tornando inviável a aplicação da teoria do fato consumado. Todavia, o "Caso Santa Mônica" constitui uma exceção em Florianópolis, onde as ilegalidades em desfavor de bem ambiental persistem.

Inclusive, o problema das construções irregulares é comum em toda a Santa Catarina, não somente na capital, sendo que tais discussões são recorrentes no Tribunal de Justiça de Santa Catarina há mais de uma década, conforme exemplifica o seguinte acórdão, de 1994:

Sem dúvida alguma que o respeito ao plano de uma cidade deve constituir uma das grandes prioridades, sobretudo nesta

quadra da vida nacional, quando a migração desordenada, o abandono do campo, o frêmito das construções, enfim, a tendência do inchaço, têm sido fatores, juntamente com a ausência de vontade política, do crescimento desordenado das cidades e da ocupação das áreas que não podem ser desviadas de sua função natural. Alias, em Santa Catarina, especialmente na ilha, o desrespeito à lei é fato palpável, visualizável⁶⁵.

Outro exemplo semelhante ao que vem ocorrendo em Santa Catarina aconteceu na cidade de Brasília, na orla do lago Paranoá. Neste local, foram erigidas diversas edificações com respaldo em normas moldadas por interesses particulares, e novamente observou-se a privatização do espaço público com a cumplicidade do Estado⁶⁶. Assim, consumou-se o avanço de residências particulares sobre áreas públicas em volta do lago Paranoá com a conivência do poder público, causando, além da subtração do espaço coletivo, um evidente dano ambiental. As palavras do autor para o que ocorreu em Brasília servem perfeitamente para a capital catarinense:

Prevaleceu a teoria do fato consumado e, agora, as correções tornaram-se mais difíceis. Aposta-se no poder político e econômico para manter tudo como está, mesmo que os desvios beneficiem uma minoria em detrimento do direito e do interesse majoritários da coletividade⁶⁷.

Registra-se que o questionamento feito por Gilberto Amaral acerca da aplicação da teoria do fato consumado para remediar tamanha aberração jurídica é a crítica que deve ser feita para todas as degradações ambientais semelhantes. Indaga o autor: *“de que vale rever as regras se não houver retroatividade das decisões, quando grande parte da orla do Lago Paranoá tem a sua ocupação deturpada?”*.

⁶⁵ SANTA CATARINA. Apelação Civil n. 43.009/94, da Capital, Relator Napoleão Amarente. Data da decisão: 16/06/94.

⁶⁶ AMARAL, Gilberto. Retroagir as Correções. Jornal do Brasil online. Brasília: 23/12/2004. Disponível em: <<http://quest1.jb.com.br/jb/papel/brasil/2004/12/22/jorbrs20041222012.html>>. Acesso em 03.09.2008.

⁶⁷ Ibidem.

Para qualquer estudioso de direito ambiental, a resposta é desanimadora.

CAP. 3 - CONSEQÜÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL

3.1 VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1.1 Princípios da legalidade e isonomia

O licenciamento ambiental é o procedimento necessário para a posterior obtenção da licença ambiental. Ademais, de acordo com o art. 9 ° da Lei nº 6.938/81, tal procedimento é um instrumento para a efetivação da Política Nacional do Meio Ambiente.

Segundo Juarez de Freitas, a licença para edificação de imóveis configura-se em um exemplo de ato administrativo vinculado, portanto, se verificados os pressupostos legais para sua concessão, deverá o administrador público concedê-la, sem julgamentos acerca da conveniência do ato ⁶⁸. Entretanto, caso os requisitos necessários para a concessão da licença inexistam ou forem deficientes, esta deve ser indeferida e a construção não poderá ser edificada. Ou seja, se o licenciamento não foi efetivado de maneira correta, não deverá ser concedida a licença para o empreendimento, pois aquele é pressuposto indispensável desta.

O licenciamento da construção é requisito mínimo que assegura o controle do poder público sobre os particulares, que tem por objetivo a segurança da prevalência do interesse público sobre o particular em matéria de direito ambiental e urbanístico. Sobre este princípio, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que: "*o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos [...]*"⁶⁹

⁶⁸ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. p. 211.

⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996.

A ausência do licenciamento e da posterior licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas, urbanísticas e ambientais ⁷⁰.

Neste sentido, apenas a ausência de licenciamento em empreendimentos que se mantêm com base na teoria do fato consumado já seria motivo suficiente para demolição de tais obras, em virtude da importância do licenciamento prévio para o controle ambiental e urbanístico.

Além disso, com a aplicação da teoria do fato consumado, além dos problemas ambientais e sociais, observa-se uma afronta direta ao princípio da legalidade por tal conduta ignorar a disposição expressa da lei que exige o licenciamento ambiental. Acerca da importância do princípio da legalidade, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que “*é princípio essencial, específico e informador do Estado de Direito, que o qualifica e lhe dá identidade*” ⁷¹. O autor continua:

[...]o princípio da legalidade é o *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei ⁷² (sem grifo no original).

Acrescenta-se que permitir a permanência destes empreendimentos irregulares enquanto outros obedecem às normas pode causar um forte sentimento coletivo de injustiça, ou até mesmo fomentar outras condutas ilegais. A indignação de um autor anônimo em uma denúncia recebida pelo Ministério Público, ao referir-se a uma pousada construída ilegalmente e

70 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 166.

71 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996, p. 56.

72 *Ibidem*.

funcionando normalmente no bairro de Jurerê, em Florianópolis, retrata de certa forma as conseqüências sociais da aplicação da teoria do fato consumado, conforme observa-se a seguir:

A construção e funcionamento desta edificação, à margem das Normas e Leis é um verdadeiro deboche àqueles que, cumpridores da Lei, são obrigados a enfrentar o penoso caminho das aprovações, alvarás, licenças, habite-ses, INSS, etc, para ter uma obra legalizada⁷³.

Registra-se novamente o óbvio: a ninguém é lícito construir onde a lei proíbe. Aceitar que particulares consigam manter seus empreendimentos apenas pelo fato de já estarem construídos no momento do julgamento da lide, em clara desconformidade com a lei, seria beneficiá-lo por ter conseguido concluir a obra de forma ilegal. Ademais, admitir tal argumento seria equivalente a instaurar o caos e abrir precedente para várias outras obras eivadas de ilegalidade, pois, segundo o *caput* do art. 5 da Carta Magna todos são iguais perante a lei. Neste sentido, extrai-se parte de um julgado do TJSC:

A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução da liminar demolitória, novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a comunidade⁷⁴.

Quando a construção irregular é construída em área ambientalmente protegida, tal conduta é também considerada criminosa, de acordo com a Lei 9605/98, que prescreve os crimes ambientais, conforme o exposto no seu art. 64:

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

⁷³ SANTA CATARINA. Apelações Cíveis Conexas 2008.040446-0 e 2008.040447-7.

⁷⁴ SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento 96.001089-0, Relator Eder Graf.

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

As leis ambientais são claras e objetivas em proibir a construção em área de proteção ambiental, inclusive punindo criminalmente quem pratica tal conduta. Entretanto, tais normas vêm sendo reiteradamente ignoradas para benefício de poucos em detrimento da coletividade.

Sobre a importância dos limites impostos por lei para o direito de construir, Julio Cesar de Sá Rocha assevera que *“as normas urbanísticas e ambientais mantêm entre si estreito relacionamento com vistas a garantir qualidade de vida dos habitantes da cidade, diante dos impactos ao meio ambiente e crescimento dos adensamentos urbanos”*⁷⁵.

Deste modo, inadmissível premiar o sujeito por sua conduta ilegal, apenas porque conseguiu manter imóvel irregular ao longo do tempo. A teoria do fato consumado apenas fomenta a ilegalidade, ao permitir que alguns tenham o benefício da não aplicação da lei, e estimulando outros a agirem da mesma forma. É o verdadeiro retrato da irresponsabilidade organizada, no qual Estado e sociedade em nada tomam para si a responsabilidade para as situações ambientais de risco⁷⁶.

3.1.2 Princípios da precaução e prevenção

Devido à provável irreversibilidade dos danos ambientais, muitas vezes é preferível que estes não ocorram, mesmo que o ato danoso possa trazer outros benefícios para a sociedade.

Neste ínterim, a legislação ambiental dispõe de instrumentos para avaliar a potencialidade danosa de certos empreendimentos humanos, com o fim de não se ultrapassar o limite do tolerável. Em suma, esse é o

⁷⁵ ROCHA, Julio César de Sá. Fundação Ambiental da Cidade, Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, 1 ed, Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 1

⁷⁶ BECK, Ulrich. A ciência é causa dos principais problemas da sociedade industrial. Disponível em: <<http://www.sj.univali.br/agenda21/contribuicoes-externas/ciencia-e-causa-dos-principais-problemas.html>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

embasamento da existência dos princípios basilares de Direito Ambiental da prevenção e precaução.

Para assegurar a efetividade do direito fundamental insculpido no art. 225 da Constituição Federal, incumbe ao poder público exigir o estudo de impacto ambiental para certas atividades. Conforme o §1º, IV do artigo citado, é necessário: *“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”*.

O princípio da prevenção refere-se às hipóteses em que se pode vislumbrar um perigo concreto através do conhecimento científico humano. De acordo com José Rubens Morato Leite: *“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”*⁷⁷.

Já a aplicação do princípio da precaução deve ocorrer no caso de perigo abstrato, nas hipóteses em que o conhecimento humano ainda não tem como elucidar as conseqüências de determinado ato. Este princípio atua nas hipóteses do chamado risco potencial, quando existe inconclusão científica acerca das conseqüências para o meio ambiente de determinada conduta⁷⁸. Paulo Afonso Leme Machado acrescenta que :

Ao aplicar o princípio da precaução, os governos encarregam-se de organizar a repartição da carga dos riscos tecnológicos, tanto no espaço como no tempo. Numa sociedade moderna, o Estado será julgado pela sua capacidade de gerir os riscos⁷⁹.

77 LEITE, José Rubens Morato. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 63.

78 Idem, ibidem.

79 MACHADO. Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

Por sua vez, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 afirma que no caso de dúvida quando à potencialidade poluidora de determinado empreendimento, esta incerteza não pode ser utilizada como justificativa para a construção. O princípio da precaução deve ser utilizado a favor do bem ambiental, e nunca contra ele, conforme se observa no seguinte dispositivo:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas necessidades, assim, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Assim, deve ser interpretado o princípio da precaução em virtude de exigência de cautela com o dano ambiental, já que este tem como característica ser irreversível. Uma vez consumada a degradação ambiental, sua reparação é medida complexa, quando não impossível. Sobre o tema, ensina Álvaro Luiz Valery Mirra:

A partir do momento em que se começou a discutir a respeito da tutela jurisdicional do meio ambiente, logo se advertiu para a evidência de serem as agressões ao meio ambiente, em regra, de difícil reparação. Uma vez consumada uma degradação ambiental, a sua reparação invariavelmente aparece como medida complexa e, normalmente, custosa, pondo em destaque a relevância do caráter preventivo que deveria assumir a prestação jurisdicional, a fim de poder ser evitada a ocorrência da lesão⁸⁰.

Para preservação dos princípios citados, existe a obrigatoriedade da avaliação prévia em obras potencialmente danosas ao meio ambiente. Caso o futuro dano não seja avaliável, de acordo com o princípio da precaução, a atividade deverá ser proibida. Se, ao contrário, for possível estabelecer as

80 MIRRA, Álvaro Luiz Mirra. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 127.

conseqüências para o bem ambiental de determinada atividade, deve-se analisar se os riscos do empreendimento não comprometem de forma excessiva o bem ambiental.

Para Reinaldo Pereira e Silva, os princípios da precaução e da prevenção tratam na verdade de um princípio apenas, que o autor denominou de princípio da não-maleficência (não causar o mal), sujeito a diferentes graus de existência⁸¹. O princípio da precaução exigiria uma prudência redobrada em relação ao princípio da prevenção, já que naquele caso o risco é incerto e *“diferentemente do modelo de decisão fundado na segurança, o princípio da precaução se vale do modelo de decisão de decisão fundado na gestão de riscos”*⁸².

O mesmo autor ressalta que a aplicação do princípio da precaução exige na mesma medida a participação da sociedade e dos especialistas. Isso porque, nesta situação, os especialistas em mensurar o risco potencial para o bem ambiental estão praticamente no mesmo estado de ignorância da sociedade. Assim, valida-se a condição igualitária entre especialistas e não-especialistas, já que estes sabem tanto quando aqueles e todos sofrerão os efeitos da decisão⁸³.

Neste contexto, demonstra-se outra contradição com a aplicação da teoria do fato consumado, pois, enquanto esta defende a permanência de uma situação contrária aos ditames ambientais e, portanto, potencialmente perigosa e irreversível para o bem ambiental; os princípios da precaução e prevenção pressupõem uma atitude preventiva, que prefere o adiamento das atividades possivelmente agressivas ao meio ambiente.

Os princípios citados alertam para as situações que tratam de causas envolvendo possível lesão ao meio ambiente e incorporam com perfeição a peculiaridade do bem ambiental, já que o passar dos anos intensifica os danos ambientais praticados reiteradamente. Quanto mais o tempo passa sem a

81 SILVA, Reinaldo Pereira e. O direito fundamental ao ambiente natural. In: Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (Organizadores), Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 18.

82 Ibidem.

83 Ibidem. p. 19.

supressão ou reparação do ato causador do dano mais comprometido ficará o bem ambiental. Infelizmente, registra-se que é inerente da teoria do fato consumado fortalecer essa irreversibilidade.

Nesta esfera, o Poder Público deveria agir com base no princípio da precaução e o brocardo "*in dubio pro ambiente*", que exigem a preferência pela preservação do bem ambiental sempre que houver dúvida, o que impossibilitaria a aplicação da teoria do fato consumado. Sobre tal assunto, leciona o ministro Antônio Herman Benjamin:

O Poder Judiciário deve reconhecer o "princípio in dubio pro ambiente", como medida de solução às questões reparatorias. A dúvida obriga, por prudência, a aplicação do princípio da Precaução, que dá à Administração o poder de policia necessário para fazer cessar a atividade danosa ao meio ambiente ⁸⁴.

Acerca da obrigatoriedade do poder público na aplicação dos aludidos princípio, o art. 54, § 3º da Lei 9.605/98 impõe ao gestor público a adoção de medidas precaucionais, sob pena deste ser responsabilizado pelo crime de poluição. Assim expressa o mencionado dispositivo legal:

Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado afirma que deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, ocasionando prejuízos pelos quais será responsável ⁸⁵.

84 MACHADO. Paulo Affonso Leme. O dano ambiental e sua reparação. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/O_dano_ambiental_e_sua_reparacao.html>. Acesso em 24 jul 2008 às 11:04 hs.

85 MACHADO. Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.

Assim, a aplicação da teoria do fato consumado no âmbito do Direito Ambiental repercute no agravamento da irreversibilidade do dano, bem como contraria frontalmente os princípios básicos desta área, quais sejam, o princípio da precaução e o da prevenção.

3.2 RETROCESSO ECOLÓGICO E VIOLAÇÃO DO DIREITO INTERGERACIONAL

O caminho da humanidade é sempre no sentido de ampliar os direitos humanos já existentes, a fim de concretizar o máximo potencial humano. Este processo histórico percorrido resultou na consagração dos novos direitos fundamentais de terceira dimensão, inserindo o direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado entre os mais recentes direitos fundamentais conquistados. Acerca desse assunto Tiago Fensterseifer leciona:

Cada dimensão de direitos fundamentais representa a fotografia constitucional de um dado momento e contexto histórico, considerando-se que o registro fotográfico e a revelação de novas 'fotos' devem ser constantes a fim de acompanhar os novos enfrentamentos constitucionais formulados permanentemente diante da busca de uma salvaguarda plena da dignidade humana a cada etapa evolutiva e dialética da História humana [...]. Da mesma forma como ocorre com os modelos de Estado de Direito, as dimensões ou gerações de direitos fundamentais não se eliminam mutuamente, mas, pelo contrário, compõem de forma integrada uma mesma unidade normativa para a salvaguarda da dignidade humana ⁸⁶.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas ao reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais, mesmo estando situado fora do Título II do texto constitucional. Conforme Fensterseifer, este direito é considerado fundamental por um critério material, que visa analisar o conteúdo e a sua

86 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.144.

importância na composição dos valores constitucionais fundamentais, bem como pela sua vinculação em elevado grau com a dignidade humana. Tal decisão foi tomada pelo legislador brasileiro quando afirmou ser o meio ambiente “essencial á sadia qualidade de vida” ⁸⁷. O autor reforça seu posicionamento:

[...] pode-se afirmar que o direito ao ambiente, portanto, carrega na sua essência a fundamentalidade material necessária para inseri-lo no destacado rol dos direitos fundamentais, tanto é de nós desconhecida qualquer oposição doutrinária à posição referida, já tendo sido inclusive consolidado tal entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, embora não elencado de forma expressa no rol dos direitos e garantias da Constituição de 1988, o direito ao ambiente passa a integrar necessariamente tal campo constitucional, em virtude de estar inserido, indiscutivelmente, ante a sua importância de índole existencial para o ser humano, no núcleo protetivo de direito à vida humana digna e saudável ⁸⁸.

Assim, conforme justificado, o direito ao meio ecologicamente equilibrado expresso no art. 225 da CF é um direito tão fundamental quanto os insculpidos no art. 5º, merecendo a mesma proteção diferenciada. Portanto, constituem-se em cláusulas pétreas constitucionais, não sendo passíveis de modificação nem por emenda constitucional, conforme denota-se do art. 60, § 4º, inc. IV da Carta Magna.

Entretanto, verifica-se em casos concretos a colisão entre diferentes direitos fundamentais. Apesar disso, tais direitos devem ser considerados como um conjunto interdependente e unitário. Não devem ser considerados um ao lado do outro nem um à frente do outro, pois assim se estaria admitindo que são incomunicáveis ou substituíveis ⁸⁹. A interpretação integrativa desses direitos, de acordo com Pereira e Silva:

87 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.167

88 Ibidem . p.168 -9.

89 SILVA. Reinaldo Pereira e. O direito fundamental ao ambiente natural. In:Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (Organizadores). Direitos Fundamentais e Biotecnologia . São Paulo: Editora Método, 2008. p. 9

[...] compõem um método de interpretação dos direitos fundamentais, de resultados bem mais objetivos do que os do método de ponderação de princípios. Muito embora tenham em comum o ponto de partida, os resultados do método de ponderação de princípios são orientados pela gramática da exclusão e os resultados da metódica da unidade e interdependência são orientados pela gramática da inclusão⁹⁰.

Assim, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser compreendido como integrado a todos os outros anteriormente conquistados; e não como um instrumento restritivo de direitos individuais, principalmente em relação ao direito de propriedade.

Reinaldo Pereira e Silva cita um exemplo desta interpretação unificadora dos direitos fundamentais de liberdade e o de moradia: o direito de ir, vir e permanecer (liberdade) não pode ser concebido sem o direito de moradia, pois, para quem não possui um lar, o direito de ir e vir torna-se uma obrigatoriedade e o direito de permanecer não existe, pois consiste em uma constante proibição⁹¹.

Da mesma forma, o direito ao “ambiente natural” (expressão utilizada por Pereira e Silva) delinea seus contornos na relação de reciprocidade com os outros direitos. Ao mesmo tempo em que este assume sua dimensão sócio-cultural, os outros direitos fundamentais assumem sua condicionalidade ambiental⁹².

Além disso, o direito fundamental insculpido no art. 225 pode ser considerado pressuposto para todos os outros direitos fundamentais já que:

o reconhecimento da fundamentalidade do ambiente natural para o resguardo e promoção da dignidade decorre da própria condição humana de não poder desenvolver-se nas nuvens. O desenvolvimento humano ocorre ambientalmente⁹³.

90 SILVA, Reinaldo Pereira e. O direito fundamental ao ambiente natural. In: Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (Organizadores). Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 10.

91 Ibidem. p. 10.

92 Ibidem. p. 14.

93 Ibidem. p. 19.

Partindo desta premissa, se os homens não podem se desenvolver nas nuvens e necessitam do meio ambiente ecologicamente equilibrado para sua existência, não há de se falar em colisão de princípios, já que este direito fundamental é pressuposto para todos os outros. Ora, sem prévia existência do ser humano, não existe propósito em se discutir acerca da existência de direitos fundamentais, pois estes são destinados essencialmente ao ser humano.

Sabe-se que, em se tratando de direitos fundamentais, não se admite em hipótese alguma a supressão desses direitos de modo a invadir o seu núcleo essencial. Através deste raciocínio simples, portanto, resta configurada a proibição do retrocesso ecológico, princípio amplamente ignorado quando se aplica a teoria do fato consumado em colisão com as normas de Direito Ambiental.

Assim, o princípio da proibição do retrocesso ambiental (ou ecológico) prescreve que a tutela normativa ambiental deve operar de modo progressivo nas relações jurídicas, nunca retrocedendo a um nível de proteção inferior ao observado atualmente. Tiago Fensterseifer detalhe este princípio:

A proibição do retrocesso ambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição do retrocesso social, está relacionada ao princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança ou mesmo de previsibilidade no enquadramento normativo das relações jurídicas (as garantias constitucionais de direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como os limites materiais à reforma constitucional são expressão do princípio constitucional da segurança jurídica), o que se apresenta como um traço característico da conformação do Estado de Direito⁹⁴.

O princípio de proibição do retrocesso ecológico tem especial importância, pois, além de resguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente geração, também o assegura para as próximas.

94 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 258.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das futuras gerações está previsto na parte final do art. 225 da Constituição Federal ao estabelecer que:

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

Ora, não seria moralmente nem juridicamente justo que as futuras gerações venham a sofrer restrições ao seu direito fundamental ao ambiente natural em virtude da irresponsabilidade das gerações atuais. Deste modo, denota-se que a proibição do retrocesso ecológico engloba também a função de preservar o direito ambiental intergeracional, uma vez que a maioria dos recursos naturais existentes não são renováveis.

Em contrapartida, a teoria do fato consumado subestima o direito das futuras gerações, pois visa à solução mais fácil conforme o fato no momento do julgamento da lide, ignorando as conseqüências de tal solução em longo prazo.

Ressalta-se que o princípio constitucional da proibição do retrocesso ambiental busca primeiramente estabelecer um patamar mínimo de proteção ambiental; e, ao longo prazo, tem como fim ampliar de forma progressiva a qualidade ambiental e salvaguarda da dignidade humana, atentando para a responsabilidade com as gerações vindouras.

Tiago Fensterseifer afirma que é possível cogitar a existência de um direito das futuras gerações de não receberem o planeta e os recursos ambientais em condições piores do que as recebidas pelas gerações anteriores, e desta maneira se proíbe o retrocesso em termos de qualidade ambiental. Assim, a existência do princípio da solidariedade intergeracional gera uma carga de responsabilidades na geração presente ⁹⁵. Pode-se concluir que é proibido para a atual geração deixar uma herança ambiental

⁹⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 119.

mais pobre do que a atual, mas o contrário, obviamente, é permitido e até mesmo desejado.

Neste contexto, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado surge como um dos direitos de terceira dimensão, que trazem desafios mais complexos à humanidade, por defenderem especialmente a solidariedade entre todos os seres humanos. Entre estes novos e complexos direitos se inserem o direito à autodeterminação, o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito a um ambiente saudável e sustentável, o direito à paz e ao desenvolvimento. Os direitos fundamentais de terceira geração se diferem dos outros por serem de titularidade transindividual, tendo como conteúdo a preservar um bem humanista, universal, além de preservar o homem individualmente⁹⁶.

O direito intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é algo de difícil compreensão justamente por quebrar com a idéia tradicional de que cada dever corresponde a um direito. Ora, para esta geração, que irá se privar de certos confortos que a utilização descontrolada dos recursos naturais pode fornecer, não existirá nenhum direito correspondente, nenhuma compensação pelo sacrifício, apenas a confiança de que apenas as gerações futuras irão usufruir do bem ambiental com a mesma qualidade.

Entretanto, Hans Jonas afirma que temos que cumprir o nosso dever de ter uma posteridade e acrescenta que :

Aquilo que temos que exigir para o nosso princípio não pode ser obtido pela idéia tradicional de direitos e deveres – pela idéia baseada na reciprocidade - , segundo qual o meu dever é a imagem refletida do dever alheio [...] ⁹⁷.

Contudo, mesmo que não seja possível observar a imagem refletida no espelho, deve-se atentar para o fato de que as gerações anteriores também

96 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 147 -9

97 JONAS, Hans. O Princípio da Responsabilidade. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006. P. 89.

nos deixaram um bem ambiental, e assim o princípio da solidariedade intergeracional deverá operar continuamente para a continuidade da espécie humana. A geração presente deve se sacrificar para os próximos, porque assim outros também o fizeram.

A nova relação entre o homem e o mundo que o cerca, anteriormente marcada pelo poder da natureza sobre o homem e agora o contrário, fez surgir um novo pensar sobre a real possibilidade de destruição total do bem ambiental, o que resultaria também no aniquilamento da raça humana. Poder-se-ia questionar se este não é um direito dos atuais habitantes do planeta, de utilizar todos os seus recursos até esgotá-la. Entretanto, conforme ensinamento de Hans Jonas, os atuais habitantes da Terra só podem decidir sobre suas vidas individualmente:

Mas o novo imperativo diz que podemos arriscar a nossa própria vida, mas não a da humanidade; que Aquiles tinha, sim, o direito de escolher para si uma vida breve, cheia de atos gloriosos, em vez de uma vida longa em uma segurança sem glórias (sob o pressuposto tácito de que haveria uma posteridade que saberia contar os seus feitos); mas que nós não temos o direito de escolher a não-existência de futuras gerações em função da existência da atual, ou mesmo de as colocar em risco⁹⁸.

Jonas continua, afirmando que sempre se deve dar preferência ao prognóstico do desastre do que o da felicidade em questões irreversíveis, mesmo que este seja mais provável do que aquele. Isto porque o que se pode perder é infinitamente maior do que um possível ganho. Além disso, justifica de forma simples e incontestável as bases do nosso dever para com as futuras gerações: *“Aquilo que não existe não faz reivindicações, e nem por isso pode ter seus direitos lesados”*⁹⁹.

Isso porque, apesar de todo o conhecimento humano adquirido, todos somos reféns em diferentes graus das condições ambientais, na medida em que a teia da vida de Capra determina a conexão de todos os ecossistemas

98 JONAS, Hans. O Princípio da Responsabilidade. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006. p. 48.

99 Idem. P. 89.

mundiais ¹⁰⁰. Conforme afirmado anteriormente, os efeitos dos danos ambientais interagem entre si e também se acumulam, gerando algo muito maior e fora do controle da previsão humana. Assim, a peculiaridade observada no campo do Direito Ambiental é a constatação de que o ambiente é uno, *“não se restringindo a realidades estanques diversas conforme fronteiras geográficas”* ¹⁰¹.

Acerca da impotência humana frente aos efeitos ambientais dos seus próprios atos, por ser impossível precisar com exatidão as suas conseqüências, Jonas afirma que se aplica aqui o provérbio de que temos liberdade para dar o primeiro passo, mas nos tornamos escravos dos seguintes. E continua, em oportuna citação referente ao assunto em estudo: *“Aquilo que já foi iniciado rouba das nossas mãos as rédeas da ação, e os fatos consumados, criados por aquele início, se acumulam, tornando-se a lei de sua continuação”* ¹⁰².

Neste sentido, por serem os efeitos das decisões ambientais inevitavelmente imprevisíveis, há de existir a idéia de solidariedade entre todos, já que as conseqüências de seus atos irão repercutir em tempos e espaços incalculáveis. Segundo Fensterseifer, o aquecimento global é o exemplo mais ilustrativo desta situação, na qual não se sabe sua causa exata em virtude da cumulatividade dos danos e todos são vítimas dos seus efeitos, independentemente do local em se que vive ¹⁰³.

Assim, deve-se buscar o desenvolvimento sustentável como meio de proibição do retrocesso ecológico da sociedade, que tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo uma relação satisfatória entre os homens e entre homem

100 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.

101 LEITE, José Rubens Morato ; CANOTILHO, José Joaquim Gomes . Sociedade de Risco e Estado. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

102 JONAS, Hans. O Princípio da Responsabilidade. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006. p. 78

103 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.

e ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição ¹⁰⁴.

Sendo o meio ambiente um bem no qual a vida desta e das futuras gerações são dependentes, certamente pode ser considerado como um dos bens contidos no “núcleo”, e qualquer melhora hipotética que possa trazer algum risco relevante de destruição deveria ser descartada. Jonas assevera:

Para esse fenômeno central, cuja integridade se deve manter a qualquer preço e que não deveria sofrer nenhum aperfeiçoamento no futuro, pois sua essência já é completa, deveria ser mais decisivo o prognóstico do desastre, desde que suficientemente plausível, do que um prognóstico alternativo de felicidade, ainda que este seja tão ou mais plausível que o anterior, pois se situa em um nível essencialmente inferior ¹⁰⁵.

Notadamente, tal entendimento é diametralmente oposto ao que apregoa a teoria do fato consumado. Na aplicação desta teoria, ignoram-se completamente os direitos daquilo que não existe, invadindo o que Jonas considera como centro ou núcleo, que seria uma esfera de bens tão importantes que nunca deveriam ser arriscados.

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli afirma que não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido contra alguns direitos fundamentais. Não existe o suposto direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio habitat do ser humano. E o autor indaga, em tom de crítica: *“Como admitir a formação de direito adquirido e coisa julgada em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?”*¹⁰⁶ Obviamente, deve-se reconhecer o descabimento de institutos próprios de direitos individuais para o Direito Ambiental, com o fim de preservar as características que lhe dão forma, com destaque para intergeracionalidade.

104 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25

105 JONAS, Hans. O Princípio da Responsabilidade. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006. p. 80 e 81.

¹⁰⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 10 ed. São Paulo: Saraiva. p. 171-2.

Para rebater os argumentos da teoria do fato consumado, ressalta-se os argumentos do ministro Moreira Alves:

Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido - por fundamento jurídico que não sei qual seja - a denominada 'teoria do fato consumado', desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa.[...]Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda evidência ¹⁰⁷

Tal posicionamento dispensa maiores explicações, pois foi cristalino ao explicar o motivo da inaplicabilidade da teoria do fato consumado: não existe direito adquirido por uma simples circunstância de fato que se perpetuou no tempo. Direitos existem quando estão em conformidade com a lei, e a teoria do fato consumado só se justifica para manter a ilicitude do fato que se consolidou no tempo. Observa-se que a invocação desta teoria não faz sentido quando assiste razão ao proprietário, pois quem tem a legalidade a seu favor não precisa valer-se da deste instrumento para conseguir a vitória.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 120.893. Diário da Justiça, 11 dez. 1987, p. 28.277.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do exposto, não resta dúvida de que a proteção ambiental encontra-se amplamente consolidada em legislações diversas, com destaque na Constituição Federal. Inclusive, a Constituição brasileira é considerada uma das mais avançadas no mundo neste sentido, por consolidar como direito fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, imputando a todos o dever de protegê-lo.

Enfim, existem inúmeras leis que foram elaboradas de acordo com as peculiaridades do complexo ramo do Direito Ambiental, respeitando as características únicas do seu dano como a imprescritibilidade, imprevisibilidade e intergeracionalidade.

Portanto, se tais normas existem e estão à disposição dos julgadores, não existe razão para aplicação de uma teoria que tem embasamento legal principalmente no direito de propriedade. Sabe-se que a teoria do fato consumado encontra sua razão de existência para a resolução de questões civis e administrativas, conforme observado no primeiro capítulo. Assim, a aplicação deste instrumento em questões ambientais imprime notadamente uma visão civilista ao Direito Ambiental, ignorando todas as suas particularidades.

O objetivo deste trabalho foi demonstrar a inaplicabilidade da teoria do fato consumado para questões que englobem o Direito Ambiental, mormente porque não surgiu para este ramo do direito e com ele não é compatível. Ora, entre Direito Civil e Direito Ambiental existe um abismo de diferenças que devem ser reconhecidas, sendo que tal aplicação simplista gerará danos irreversíveis para esta geração e especialmente para as próximas.

A principal disparidade observada na aplicação da teoria do fato consumado é não considerar o intergeracionalidade do bem ambiental. Neste sentido observa-se a diferença do tratamento dado ao proprietário – enquanto, em regra, no Direito Civil ele possui os direitos de utilizar seu imóvel como bem quiser; para o Direito Ambiental o proprietário é um usufrutuário do bem

comum, devendo preservar o mínimo ecológico necessário para as futuras gerações.

Usar, gozar e dispor da propriedade como bem quiser não é compatível com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e com a nova ordem constitucional, que abarca os direitos de terceira geração conquistados pela humanidade.

Em relação a uma possível analogia com o Direito Administrativo, ressalta-se que, conforme observado no primeiro capítulo, a opinião dos doutrinadores é uníssona em afirmar que é necessária a boa-fé do sujeito para ter direito adquirido pelo decurso do tempo. Entretanto, é notório que a grande maioria dos empreendedores que lucram em detrimento do bem ambiental possui total consciência da ilegalidade dos seus atos.

Ademais, não se pode utilizar como argumento a favor da teoria do fato consumado que após a construção não há mais nada a ser protegido. Sabe-se que o dano ambiental é irreversível, mas na maioria dos casos a reparação é possível em certo grau, desde que se cesse a atividade lesiva. O que não se pode permitir é que a eventual recomposição do bem ambiental seja definitivamente impossibilitada com “o fato consumado”. A degradação já existente não deve servir como justificativa para que o Poder Público, com ênfase no Poder Judiciário, chancelasse novas agressões.

Hans Jonas indaga em sua obra se o dever que a natureza exige na atualidade limita-se à prudência humana de não matar a galinha dos ovos de ouro ou que não se serre o galho no qual se está sentado. Procurou-se demonstrar que a aplicação da teoria do fato consumado equivale ao corte do galho em que se está sentado, pois o ser humano está desrespeitando o que ele mesmo instituiu através de leis e colocando em risco sua própria existência ao destruir algo do qual é visceralmente dependente.

Somente após situações calamitosas, como a forte enxurrada que ocorreu em todo o litoral catarinense em novembro de 2008, a sociedade passa a se preocupar com o bem ambiental e seus efeitos. Entretanto, o que causou a tragédia não pode ser compreendido por um nexos causal simples, como nunca é em matéria ambiental. Assim, é inadmissível simplificar o que é por

natureza complexo, já que não se tem controle sobre as conseqüências e estas podem ser catastróficas.

E, como foi demonstrado factualmente através de tragédias e desespero há apenas um ano; o que homem considera um fato consumado, consolidado e imutável, pode em poucos segundos vir abaixo. Por isso deve-se ter o cuidado de não desafiar a natureza, pois ela é infinitamente mais poderosa e pode talvez discordar de determinado “fato consumado”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto. **Retroagir as Correções**. Jornal do Brasil online. Brasília: 23/12/2004. Disponível em: <<http://quest1.jb.com.br/jb/papel/brasil/2004/12/22/jorbrs20041222012.html>>. Acesso em 03.09.2008.

ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ÁVILA. Marcelo Roque Anderson Maciel. **A garantia dos direitos fundamentais frente às emendas constitucionais**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, v. 780, out. 2000, p. 29-46.

BECK, Ulrich. **A ciência é causa dos principais problemas da sociedade industrial**. Disponível em: <<http://www.sj.univali.br/agenda21/contribuicoes-externas/ciencia-e-causa-dos-principais-problemas.html>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

BENJAMIM, Antonio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

_____. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em <http://www.mma.gov.br/index.cfm?id_estrutura=18&id_conteudo=576>. Acesso em 14 mar 2009.

_____. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm>. Acesso em 24 abr 2008.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Ministério da Ciência e Tecnologia**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 18 abr 2008.

_____. 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. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9605.htm>>. Acesso em 14 out 2008.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Ministério do**

Orçamento e Gestão. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9784.htm>>. Acesso em 18 jul 2008.

_____. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Ministério da Justiça.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 5 jul 2008.

_____. 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. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; MINISTÉRIO DA DEFESA; MINISTÉRIO DA FAZENDA; MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO; INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR; MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO; ORÇAMENTO E GESTÃO ; MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE; GABINETE DA SEGURANÇA INSTITUCIONAL.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 30 jul 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

CREA. **Criação do Código Ambiental Catarinense: enchentes e deslizamentos.** Disponível em: <<http://www.crea-sc.org.br/portal/index.php?cmd=artigos-detalle&id=76>>. Acesso em 22 jul. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FABRÍCIO. Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil.** 8 ed. São Paulo: Forense, 2001.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

_____. **Competências Ambientais.** In: Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Odím Brandão. **Fato Consumado. História e crítica de uma orientação da jurisprudência federal.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FLORIANÓPOLIS. Lei Complementar n ° 250, de 14 de setembro de 2006. Altera zoneamento aprovados pela lei complementar n 001 de 1997 e dá outras providências. **Câmara Municipal de Florianópolis**. Disponível em <http://sistemas.sc.gov.br/cmfm/pesquisa/docs/2006/lcpmf/leicom250_06.doc>. Acesso em 04 ago 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. p. 255-259.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda. p. 267-268.

JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Sociedade de Risco e Estado**. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LIMA, Juraci Barbosa. **As situações consolidadas**. Revista De Jure- Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais. jan/jun 2006, n ° 6.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **O dano ambiental e sua reparação**. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/O_dano_ambiental_e_sua_reparacao.html>. Acesso em 24 jul 2008.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 12ª ed., 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 14 ed, Editora Saraiva, 2004.

MELARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRRA, Álvaro Luiz Mirra. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

REALE. Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Nulidade e Temporalidade. p. 67-95.

ROCHA, Julio César de Sá. **Fundação Ambiental da Cidade, Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**, 1 ed, Editora Juarez de Oliveira, 1999.

SANTOS, Emani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 54.

SILVA. Reinaldo Pereira e. **O direito fundamental ao ambiente natural**. In: Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomão Leite (Organizadores), **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Método, 2008.

SOUZA. Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 46.

TESSLER. Marga Inge Barth. **O Fato Consumado e a Demora na prestação jurisprudencial**. Revista CEJ- Conselho de Justiça Federal, Brasília: Conselho da Justiça Federal. v. 27, out/dez. 2004. p. 95-101.