

A evolução da jurisprudência ambiental

Ricardo Cintra Torres de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Introdução

A consciência ambiental vem crescendo e domina a pauta dos governos, das políticas públicas e da busca da sustentabilidade dos empreendimentos; mas é consenso hoje que a atividade legislativa, educativa e as iniciativas de governo não bastam. É preciso que tais regras sejam reforçadas e feitas cumprir por um Judiciário independente e forte, preparado para interferir quando necessário; e aí avulta a compreensão da jurisprudência.

A questão ambiental se desenvolve, conforme o consenso mundial, em torno do desenvolvimento sustentável, aquele que atende às vertentes econômica, social e ambiental permitindo às futuras gerações um desfrute do planeta em condições pelo menos assemelhadas, se não melhores, às que temos hoje. Como coordenar as três vertentes, sempre em tensão? É preciso ter em mente o seguinte: primeiro, o ponto central do desenvolvimento sustentável está nas futuras gerações, pois a sustentabilidade não é exatamente um problema para hoje ou para nós que logo não estaremos mais aqui nem suportaremos as consequências do que fizemos hoje; segundo, a preocupação com as futuras gerações implica em uma perspectiva temporal ampla que ultrapassa anos ou décadas; terceiro, as três vertentes não devem ser vistas como três colunas, mas como um triângulo em que a base influenciará os outros dois lados, e não o contrário; e quarto, a base deve ser necessariamente a vertente ambiental, pois apenas essa apresenta a perspectiva temporal de longo prazo e apenas essa configura a *conditio sine qua non* das outras duas. Em outras palavras, o ambiente sobrevive sem as demais, mas nenhuma das outras sobrevive sem um ambiente saudável.

A jurisprudência ambiental reflete essa tensão; compreende a predominância da vertente ambiental sem menosprezar as vertentes social e econômica e olha para o futuro enquanto cuida de problemas concretos que exigem uma solução hoje. O estudo da jurisprudência ambiental envolve a compreensão de alguns fatores: (a) a complexidade das normas produzidas nos três níveis de governo, nem sempre coerentes entre si, a dificultar a definição da norma aplicável a cada caso. São pelo menos cinco órgãos geradores de normas ambientais: a União e suas agências (CONAMA e IBAMA), os estados e suas agências (SMA e CETESB) e os municípios (plano diretor, leis esparsas e seus regulamentos). A rápida sucessão e alteração das leis e regulamentos nesses três níveis criam um complexo conflito das leis no tempo; (b) o crescimento e a urbanização da população ao mesmo tempo em que se fortalecia a consciência e a legislação ambiental, de modo que sua aplicação encontrou inúmeras situações consolidadas, de difícil reversão; (c) a necessidade de adequar o instrumental jurídico existente às peculiaridades da proteção ambiental, dando margem a uma lenta, mas constante definição de novos institutos; (d) a peculiaridade de cada caso concreto, a exigir a análise particularizada de cada processo e suas circunstâncias; e (e) a dificuldade de execução das decisões proferidas ante a alteração da situação de fato ou da legislação promulgada no período. A aparente,

às vezes real, incoerência dos julgados pode ser compreendida à luz desses fatores, da complexidade dos casos em si e de estarmos em uma fase de aprendizado e de evolução doutrinária e jurisprudencial.

Trabalhamos no direito ambiental com os princípios da precaução e da prevenção (que compõem o conhecido *in dubio pro natura*), do poluidor-pagador e da ampla responsabilidade civil e administrativa no contexto maior do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável, o coração da preocupação ambiental, envolve na aprovação dos empreendimentos a consideração dos aspectos ambiental, econômico e social; de uma forma simples, é o uso do planeta que não prejudique as futuras gerações. Tais preocupações refletem na norma constitucional: o art. 3º indica o desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social (inciso III) como objetivos fundamentais da República; o art. 170 VI indica a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica e o art. 225 descreve o dever de todos de proteger e recompor o meio ambiente. O desenvolvimento sustentável, no entanto e apesar do papel central na sociedade moderna e no direito ambiental, é uma noção conflituosa cuja difícil aplicação reflete na jurisprudência a seguir delineada e nos demais momentos de estudo: exige um compromisso ou, como se diz hoje, uma ponderação que os juízes vêm tentando fazer: compor a realidade de que viver polui e de que o crescimento da população implica no uso sempre maior dos recursos naturais, uma população que precisa dormir, trabalhar, comer e se divertir em um mundo cada vez menor.

2. A centralidade do direito ambiental

Tal dificuldade foi analisada na ADI nº 3.540-DF, Pleno, 1-9-2005, Rel. Celso de Mello, que versava a possibilidade de uso de área de proteção permanente em caso de utilidade pública ou interesse social (a redação dada ao art. 4º da LF nº 4.771/65 pela MP nº 2.166-67/01), que assentou que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito de todos e um direito fundamental, a ser implantado pelas três esferas de governo e por todos nós; e anota em *obiter dicta* que “a própria Constituição Federal autoriza a interferência humana no meio ambiente com propósitos empresariais voltados à exploração econômica de recursos minerais, desde que adotadas medidas de restauração ou recomposição do ambiente”, no art. 225 § 2º [o receio da PGR era a aprovação pelo CONAMA de projetos de mineração]. A proibição da interferência em APP pode causar dano maior ao ambiente, conforme a razão dela. Segundo o relator, “atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e necessidade de preservação do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional [cita CELSO FIORILLO, Curso, 2005, pág. 27/30] [...] [desde que] a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta o direito à preservação do meio ambiente”.

3. A adequação dos conceitos jurídicos

A adequação dos conceitos jurídicos tradicionais à realidade ambiental foi feita, entre outros, pelo Ministro Herman Benjamin em prolífica produção doutrinária e em acórdãos relevantes no STJ. Eu citaria alguns aspectos: **(a)** a nova conformação do direito de propriedade, em que a adequação ambiental se apresenta como uma obrigação integrante do próprio domínio, um dos aspectos da função social mencionada nos art. 5º XXIII, 170 III e 182 § 2º da Constituição Federal; **(b)** a natureza propter rem da obrigação ambiental, que integra a propriedade e se transmite ao adquirente, de que decorre a preservação e a recomposição do ambiente por quem detenha a propriedade; **(c)** a responsabilidade civil ampla, objetiva, do degradador direto e indireto, pela recomposição do ambiente degradado e pela indenização do dano irreversível. Como dito então, responde quem faz, quem deixa fazer, quem lucra com o malfeito e quem financia o degradador; **(d)** a responsabilidade da administração em seus diversos níveis pela ação ou omissão, isto é, pelo descumprimento do dever de proteger o ambiente e evitar a degradação.

Alado desses conceitos de larga aceitação, há outros arguidos, mas que vêm tendo aplicação controversa: **(e)** a indenização do chamado dano intermediário, aquele que medeia a degradação e a recomposição, que a doutrina e alguns juízes entendem que deva ser indenizado, e outros, entre eles as duas Câmaras Ambientais do nosso tribunal, vêm aplicando em raras hipóteses; **(f)** o princípio do não retrocesso hoje em voga e que implica na não aplicação de leis que reduzam a proteção ambiental, mas de difícil mensuração pelo necessário respeito ao Legislativo e suas opções políticas e pela nem sempre fácil definição do que seja “retrocesso”; **(g)** a necessidade de uma nova formulação, mais afeita à realidade ambiental e sua mutação constante, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

4. A evolução da jurisprudência das Câmaras Ambientais

As Câmaras Ambientais foram criadas no final de 2005 e, com o passar dos anos, focaram sua atuação no meio ambiente natural; deixaram de analisar o meio ambiente urbano (direito urbanístico, posturas municipais), o meio ambiente cultural, a saúde pública, que por vezes vinham às nossas mãos, exceto quando de algum modo vinculados à legislação ambiental propriamente dita. Não é uma separação fácil e os casos de interpenetração são resolvidos conforme suas características.

É uma litigância que varia no tempo e que pode ser separada em alguns grupos, com as respectivas dificuldades:

- (a)** aterros sanitários e saneamento básico (lançamento de efluentes não tratados em curso d'água), movidas contra a administração por ação ou omissão, hoje em menor quantidade. Não são ações difíceis em si, mas complexas pela interferência judicial em políticas públicas e na administração do sempre insuficiente orçamento; salvo algumas exceções, determinamos à administração o licenciamento e a correta operação dos aterros, enfrentando depois uma lenta execução. A dificuldade está na dependência de atos de terceiro (o financiamento e o licenciamento da obra), na lentidão às vezes justificada

- da administração e na fixação e cobrança da multa cominatória, que tem sido pouco eficaz nesses casos;
- (b) parcelamento irregular envolvendo direito urbanístico e direito ambiental. Tais ações eram movidas contra o empreendedor e contra a administração, mas não contra os adquirentes, com base no efeito erga omnes da decisão e no pedido de indenização de quem fosse prejudicado; mas, recentemente, o STJ reviu a questão e vem determinando a citação dos que tiverem degradado por mão própria (usualmente quem construiu), trazendo a oscilação que hoje se vê: há quem anule a sentença para correção do polo passivo, a posição que vem prevalecendo, e quem apenas ressalve a ineficácia contra os não citados, se arguida em embargos de terceiro. A condenação do empreendedor é problemática, pois os lotes foram vendidos e não tem ele como regularizar o loteamento (se envolver a alteração física dos lotes) sem o auxílio da administração, e nem sempre tem dinheiro para cumprir a sentença (regularização física e jurídica, implantação da infraestrutura);
 - (c) intervenção em área de preservação permanente pela administração e pelo particular na forma de obras públicas, ocupações por grupos humanos ou construção em loteamentos legalizados. São sempre ações difíceis. Não se admite a intervenção em área de preservação, salvo se licenciada pela administração (referendada na ADI nº 3.540-DF, já vista); isso resolve boa parte da feitura de obra pública. A construção em APP em loteamentos ou em propriedades legalizadas é mais complexa; parte da jurisprudência determina a demolição e recomposição da área, parte, como as nossas Câmaras Ambientais, permite caso a caso a sobrevivência da construção se licenciada no prazo que concedemos, uma vez que a compensação determinada pelo órgão ambiental pode ser mais vantajosa para o ambiente que a demolição e abandono da área. As ocupações ou invasões são mais complicadas, não pela questão técnica, mas pela questão humana; envolvem grande número de pessoas de baixa renda cuja remoção e dificuldade de alocação causa um problema social, sem que se possa exigir da administração moradia para essas pessoas; são execuções conturbadas, lentas, que às vezes adormecem;
 - (d) recomposição das áreas de preservação permanente e da reserva legal na zona rural, que compõem a maior parte da nossa litigância, atualmente em redução. As duas questões já não são controvertidas: a lei determina e hoje os réus admitem a importância e a necessidade da recomposição do ambiente. As áreas de preservação permanente envolvem a dificuldade de sua simples caracterização como nos casos de topo de morro, de restinga, de reservatórios naturais e artificiais, da largura da APP a depender dessa própria caracterização e da natureza urbana ou rural da área. A reserva legal envolve basicamente a compensação com a APP, hoje prevista na lei, mas discutida em ADI por infração ao princípio do não retrocesso. Ambas dão origem a uma demorada execução, pois além da inércia de muitos réus, a recomposição é trabalhosa e demorada em si, ficando difícil às vezes diferenciar a dificuldade natural (que não enseja sanção) da inércia, que configura descumprimento;
 - (e) a queima da palha da cana-de-açúcar, com centenas de ações trabalhosas no Estado todo, ainda que reduzidas ultimamente. Esta queima originou dois grupos de ações. Um, as ações movidas pelo Ministério Público visando à proibição da

- queima em si e à indenização do dano ambiental; a Câmara Ambiental entendeu que a queima não podia ser proibida, se autorizada pelo órgão ambiental, dividindo-se quanto à indenização: parte indefere o pedido por entender que a atividade lícita não gera indenização, e que mesmo a queima não autorizada, pois nessa parte indiferenciada da outra não implica nesse pagamento (é suficiente a pesada multa administrativa); e parte manda indenizar, às vezes com base na produção estimada do canavial, às vezes com base no valor do carbono expelido. Outro, as ações anulatórias e as execuções das multas administrativas impostas pela CETESB em que se discute a natureza objetiva ou subjetiva da multa, ainda controvertida nas Câmaras e que envolvem a análise do nexa entre a conduta e o dano; a aplicação das excludentes do fato de terceiro, do caso fortuito ou da força maior, que surge nas áreas próximas à zona urbana ou às rodovias, assunto igualmente não pacificado; e a autuação, não por queimar, mas por beneficiar-se da infração, sempre aplicada às usinas, em que as Câmaras de modo majoritário mantêm a sanção;
- (f) aplicação da legislação ambiental na zona urbana, que traz uma dificuldade própria teórica e prática. A dificuldade teórica reside na sensação, mais que uma certeza, de que o Código Florestal tem por paradigma a zona rural com seus espaços abertos, áreas grandes e a riqueza de atributos mencionados na lei, reforçada pela leitura conjunta dos art. 182, que cuida da política urbana e remete a proteção ambiental ao plano diretor, e 225, que fala em um equilíbrio ecológico e uma preservação de espécies de difícil obtenção no meio ambiente artificial; e na observação de que o humano desgarrou-se por completo da natureza, com ela não interage e construiu um ambiente próprio para si, a justificar um olhar diferente na questão. A dificuldade prática reside na conformação mesma das cidades, que se manifesta de duas formas distintas: uma, a ocupação dos espaços por parcelamentos regulares ou irregulares e a apropriação das áreas de preservação, em especial ao longo dos cursos d'água, por numerosa população, tornando difícil a remoção das pessoas ou a demolição de construções e avenidas para a recomposição ambiental; outra, que decorre daquela, é a discussão sobre a sobrevivência dessas áreas ou, como chamamos nos acórdãos, a perda da função ambiental a extinguir, em decorrência dessa mesma perda, a área de proteção. Dois exemplos práticos, dentre muitos: a construção de um conjunto de prédios a menos de trinta metros de um pequeno curso d'água, contaminado e parte encanado, em que a demolição implicaria na quase inviável recomposição ambiental apenas daquele trecho pequeno; a retificação e o envelopamento de um córrego, a construção de uma avenida dos dois lados e a demolição tão somente de uma faixa de três a quatro metros (pois até onde chegava a faixa ciliar) depois da avenida e da calçada, que permaneceriam.

5. A execução ambiental

Esses anos nos mostraram as dificuldades da execução dos termos de ajuste de conduta e das decisões judiciais; quase todas decorrem de algumas peculiaridades dessas ações, que resumo a seguir: **(a)** são execuções de obrigação de fazer às quais não estamos habituados. Nestas, precisamos da atividade do réu, porque apenas ele pode cumprir a

sentença; no entanto, fazemos a execução sem ouvi-lo em audiência, sem dar atenção às suas dificuldades, sem adequar o prazo de cumprimento à realidade de cada um, sem convencê-lo (e o juiz pode muito, nessa parte) nem envolvê-lo propriamente na execução; **(b)** são execuções naturalmente demoradas que dependem da apresentação de um projeto, da aprovação do órgão ambiental, do plantio em época própria, do cuidado das mudas e da substituição das que morreram; **(c)** como a natureza nunca dorme e não espera, a lentidão do processo faz com que a realidade existente na execução já não corresponda, em muitos casos, à realidade que levou à condenação; a execução pode estar exaurida, pode necessitar de outro modelo ou pode ter-se impossibilitado pela mudança ocorrida no local; **(d)** em decorrência dessa mesma demora, altera-se também a questão de direito, levando à complexa solução do conflito da lei no tempo. Esse conflito leva a uma visão diferente do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que exige a adequação às execuções que se prolongam no tempo, conforme o STF tem reconhecido em diversas situações; **(e)** assim como a natureza, também a vida não espera; as propriedades são vendidas, parceladas, desmembradas, criando uma situação nova no polo passivo de difícil acomodação na noção tradicional de solidariedade, que não se amolda bem à obrigação de fazer: como obrigar alguém a interferir na propriedade que não é mais sua? É uma questão ainda não resolvida; tem prevalecido a noção tradicional, mas há acórdãos afastando a responsabilidade do alienante e exigindo o cumprimento pelo adquirente; e **(f)** discutimos hoje em todas as sessões, em inúmeros processos, a aplicação da lei nova aos TAC e às decisões transitadas em julgado; as câmaras se dividem entre as duas posições, parte afastando a lei nova, parte mandando aplicá-la.

Em um resumo do que expus, a maior parte dos casos analisados pelas Câmaras Ambientais não se refere a intervenção nova, mas a intervenções mais antigas e ou em áreas consolidadas ou em áreas urbanas; e algumas situações se apresentam: **(a)** intervenção de baixo impacto, antigas, em APP de curso d'água e topo de morro (a maioria, sempre residências) na zona rural: temos determinado a demolição e a recomposição, mas concedendo prazo para que o interessado licencie a obra junto ao órgão ambiental, se isso for possível; **(b)** intervenção em APP em zona urbana, usualmente em margem de córrego. Temos considerado vários aspectos: (i) a perda da função ambiental, como ocorre em cursos d'água retificados, envelopados, canalizados, em meio ou ao lado de avenidas ou ruas, quando entendemos suficiente a metragem de 15 metros da LF nº 6.766/79; (ii) a perda da função ambiental quando parte está canalizada, parte passa ao fundo de construções em zonas consolidadas e se torna impossível recompor a APP em seu curso todo, ou em parte dele, ou restaurar a qualidade e a função das águas; (iii) a existência de legislação municipal, parcelamento do solo aprovado, possível compensação ambiental, a situação concreta do parcelamento e das construções, com o possível aproveitamento da faixa de 15 metros; e (iv) as APP objeto de invasão e ocupação desordenada, como ocorre com as margens de córregos e de represas, como no caso de São Paulo. Como indicado na ADI nº 3.540, fazemos essa ponderação em cada caso concreto, às vezes determinando a demolição e recomposição, às vezes concedendo prazo para eventual licenciamento, às vezes permitindo a permanência da intervenção; e temos considerado o resultado concreto da intervenção, uma vez que diversos casos demonstraram uma melhoria das condições ambientais da região. Fora desses casos, a regra é a condenação do réu a cessar a intervenção e recompor a área protegida, como ocorre nas áreas rurais em geral.

O STF concluiu que a tensão entre o desenvolvimento nacional e a preservação do meio ambiente deve ser superada por uma ponderação concreta, em cada caso, dos

interesses e direitos postos em conflito; permitida assim a intervenção em APP, cabe ao órgão ambiental (e, em última instância, ao juiz) analisar a sua pertinência, realizar a mesma ponderação e estabelecer, se for o caso, as medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas pelo empreendedor. Tal intervenção foi regulamentada pela Resolução CONAMA nº 369/06 de 28-3-2006, que entre outras disposições delimitou os casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto; tais situações foram novamente definidas pelo art. 2º incisos VIII, IX e X da LF nº 12.651/12 que ampliou as hipóteses de intervenção em supressão em casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto, dispensando para quase todas elas a inexistência de alternativa técnica e locacional.

A jurisprudência ambiental é uma obra em evolução; há peculiaridades que explicam as diferentes decisões para casos parecidos, mas que não são iguais. Esse panorama singelo ajuda a entender, ao menos em parte, de que maneira e com qual dificuldade as Câmaras Ambientais de São Paulo vêm analisando as questões que lhe são submetidas.