

JARBAS SOARES JÚNIOR
MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA
SHEILA CAVALCANTE PITOMBEIRA

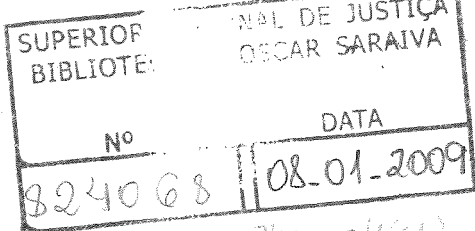


EFETIVIDADE DA TUTELA AMBIENTAL

TEXTOS EXTRAÍDOS DAS PALESTRAS PROFERIDAS
DURANTE O VII CONGRESSO BRASILEIRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEIO AMBIENTE



Belo Horizonte
2008



Copyright © 2008 Editora Del Rey Ltda.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.
Impresso no Brasil | Printed in Brazil

EDITORA DEL REY LTDA.
www.delreyonline.com.br

Editor: Arnaldo Oliveira

Editor Adjunto: Ricardo A. Malheiros Fiuza

Editora Assistente: Waneska Diniz

Coordenação Editorial: Letícia Neves

Editoração: Lucila Pangrácio Azevedo

Revisão: Alessandra Alves

Capa: Gíria Design

Editora / MG

Av. Contorno, 4355 – Funcionários
Belo Horizonte-MG – CEP 30110-027
Telefax: (31) 3284-5845
editora@delreyonline.com.br

Editora / SP

Rua Humaitá, 569 – Bela Vista
São Paulo-SP – CEP 01321-010
Telefax: (11) 3101-9775
editorasp@delreyonline.com.br

Conselho Editorial:

Alice de Souza Birchall
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antonio Augusto Junho Anastasia
Ariosvaldo de Campos Pires (*In memoriam*)
Aroldo Plínio Gonçalves
Carlos Alberto Penna R. de Carvalho
Celso de Magalhães Pinto
Dalmar Pimenta
Edelberto Augusto Gomes Lima
Edésio Fernandes
Eugênio Pacelli de Oliveira
Fernando Gonzaga Jayme
Hermes Vilchez Guerrero
José Adércio Leite Sampaio
José Edgard Penna Amorim Pereira
Misabel Abreu Machado Derzi
Plínio Salgado
Rénan Kfuri Lopes
Rodrigo da Cunha Pereira
Sérgio Lellis Santiago
Wille Duarte Costa

Efetividade da tutela ambiental / Jarbas Soares

E27 Júnior, Marcos Paulo de Souza Miranda e
Sheila Cavalcante Pitombeira, coordenadores. –

Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

352 p.

ISBN 978-85-7308-990-5

1. Direito Ambiental. 2. Meio Ambiente – Aspectos jurídicos. I. Soares Júnior, Jarbas. II. Miranda, Marcos Paulo de Souza. III. Pitombeira, Sheila Cavalcante.

CDD: 341.347

CDU: 34:577.4

Bibliotecária responsável: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

RESERVA LEGAL, ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E CONTROLE AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

1221039

ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN

Quero iniciar agradecendo à Abrampa pelo convite, pelo Ministério Público do Estado do Ceará, Dr. Manuel, por ser o anfitrião deste Encontro extraordinário, pela lembrança do nosso Procurador-Geral e Presidente da Abrampa, Dr. Jarbas Soares, da Dra. Sílvia Capelli, em nome de nós três, Ministros do STJ, para estarmos aqui presentes, mas especialmente, pela felicidade do convite feito, ao Ministro José Delgado, e ao Ministro César, aos dois, Dr. Jarbas e Dra. Sílvia Capelli, meu agradecimento pessoal.

Permitam-me saudar também, o meu sempre Procurador-Geral do Estado, que me adotou, Estado de São Paulo, Rodrigo Pinho, amigo de muito tempo, desde a época que ingressei, em 1982, naquele Ministério Público, que me deu tudo e que me permitiu em primeiro lugar, mais do que tudo, me dedicar as causas que já me preocupavam àquela época.

E finalmente, a minha colega Sandra Curau, também amiga muito querida e que aqui representa, o Ministério Público Federal.

Por conta do adiantado da hora e também, pelo fato de que estamos todos ansiosos para ouvir a aula magna do nosso convidado de honra, que é o Ministro César Asfor, vou reduzir pela metade o tempo que eu havia planejado, para me dedicar a esses dois temas, que são complexos, no campo ambiental. Eu tinha planejado começar a nossa conversa de hoje, sobre os fundamentos éticos, não de Direito Ambiental, mas desses dois institutos que aí estão. Aliás, não apenas fundamentos éticos, mas fundamentos históricos. Falando da origem de tudo, e depois, passando ao tratamento mesmo das Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal.

Quando falamos de preservação permanente e de reserva legal, nós estamos diante de dois institutos, que embora sejam recentes no ordenamento jurídico brasileiro, aparecem com o Código Florestal 65, eles encontram uma origem histórica muito antiga, não como instituto jurídico, mas como preocupação de natureza científica.

Gostaria de recordar, que a bem da verdade, esses dois institutos remontam nas suas preocupações científicas, ao Século XVII e ao Século XVIII, quando naquele período, especialmente, na Universidade de Coimbra, por influência de um italiano chamado Vandell, professor, os alunos entre os quais alguns brasileiros passaram a se preocupar com a teoria do dessecamento. Essa teoria, Ministro César Asfor, nós que somos nordestinos, está muito próximo da nossa realidade, porque nós, eu que sou da caatinga de Catolé do Rocha, e o Ministro José Delgado também, a metrópole onde ele nasceu consegue bater Catolé do Rocha, não por ser maior, mas por ser menor; nós todos sabemos, e o sertanejo melhor do que ninguém, que o desmatamento leva a perda da umidade, ao ressecamento, ao desaparecimento das nascentes. Então, em todos esses institutos, os principais que aqui estamos tratando, a Área de Preservação Permanente e reserva legal, é lá atrás, que vamos encontrar

sua origem. E é exatamente, porque Vandele foi à Coimbra lecionar, e lecionou para brasileiros, que nós só encontramos a reserva legal, no Brasil e não em outro País. Porque se Vandele tivesse ido para a Espanha, talvez outros países, talvez outros países da América Latina, também tivesse alguma coisa assemelhada à reserva legal.

É essa a tese que defendo, diante da análise histórica que fazemos, diante desse passado. O aluno especial de José Vandele, foi José Vieira de Couto, que depois escreveu, Memória sobre a Capitania de Minas Gerais. Esse livro, a memória manuscrita está hoje na Biblioteca Nacional, mas há uma republicação, meu caro Jarbas, em Minas Gerais, de uns 10, 15 anos atrás e aí já não mais manuscrita, onde José Vieira Couto, que era mineralogista, combatia de forma veemente o desmatamento, mas combatia o desmatamento, não na perspectiva que nós fazemos hoje, mas porque ele via no desmatamento, uma competição da agricultura degradadora, como ele chamava, com a atividade de mineração, já que a madeira era necessária para o próprio sucesso de mineração. Mas, são páginas preciosas, essas de José Vieira Couto. E tudo isso, acaba refletindo no Código Florestal de 1934, a partir daí, em seguida, em 1935.

Nós vemos essas chamadas florestas, protetoras do antigo Código Florestal de 34, se refletirem, se reformar no código de 1965, nas chamadas áreas de preservação permanente.

As áreas de preservação permanente, hoje, estão definidas no ordenamento jurídico brasileiro e no Código Florestal de 1965, isso não ocorria. Por isso, cabia ao jurista e ao aplicador da lei, fazer uma interpretação das funções que essas áreas de preservação permanente, que na época eram chamadas de florestas de preservação permanente, tinham tanto na aplicação do Código Florestal quanto de outros institutos próprios do Direito Ambiental.

Eu chamo atenção nessa definição, que hoje fala-se especificamente, em função ambiental, das áreas de pre-

servação permanente. Isso é fundamental a meu juízo, na interpretação, que o Tribunal de Justiça vem dando a essa matéria, especialmente, após a edição da Medida Provisória, que alterou o Código Penal de 1965.

Em relação à indenização das áreas de preservação permanente, eu queria lembrar, que existem várias teses. Mas, a tese predominante hoje no STJ, liderada pelo nosso Ministro José Delgado, produziu uma transformação extraordinária na jurisprudência brasileira, é de que, primeiro, cabe ao proprietário provar o uso econômico, por exemplo, no respe que menciono lá, da lavra do Eminent Ministro Luiz Fuques, só que nós sabemos, que como se trata de Área de Preservação Permanente, não é possível o uso econômico. E se não é possível o uso econômico, evidentemente, não vai ser possível também, a indenização.

A segunda tese, é da impossibilidade absoluta de indenização e essa tese que ainda hoje predomina no Tribunal Superior de Justiça, inclusive, mesmo, com votos do próprio Ministro Luiz Fuques e me refiro ao respe, que aí está citado, da lavra do eminente Ministro João Otávio Noronha. Ou seja, já não se discute prova, existência de prova ou ausência de prova de uso econômico, mas já se aceita de forma preambular, que não é possível a indenização das áreas de preservação permanente. Existem várias formas de classificação das áreas de preservação permanente. Não vou tratar delas, apenas gostaria de chamar atenção para o fato de que essas classificações hoje têm impacto nas interpretações que se venha a dar no sistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro. E tem repercussão também nos regimes jurídicos, que eventualmente se apliquem a uma ou outra modalidade, como, por exemplo, as APPs rurais, as APPs urbanas, as APPs em áreas urbanas consolidadas ou no entorno de reservatórios.

Passemos a reserva legal. Esse tipo de reserva em primeiro lugar encontra fundamento, como bem o disse o Mi-

nistro José Delgado, na Constituição Federal. E é interessante, que há decisões do Superior Tribunal de Justiça, onde esse fundamento constitucional, para minha surpresa, foi apontado de forma expressa. Por exemplo, nos embargos de declaração no RESPE 6.498/76, de São Paulo, o Ministro Luiz Fuques, identifica no art. 225, § 1º, e creio que o Ministro quis dizer inciso III, mas não o disse, o fundamento constitucional para as áreas de preservação permanente, isso vai ter várias repercussões, tanto no plano indenizatório como, também, no rigor do regime jurídico em questão. A natureza política da reserva legal também já foi tratada no Superior de Justiça, há um RESPE 2.376/90, do Mato Grosso do Sul, em que o Ministro Medina, afirma expressamente, que não se trata de servidão. E se não se trata de servidão, nós estamos diante apenas, de uma limitação de Direito Administrativo, em favor das gerações futuras. Quais as obrigações inerentes à reserva legal? Aqui, antes de entrar nessas obrigações, cabem duas considerações de natureza ou de caráter preambular. A primeira consideração é de que o Poder Público não pode, nem mesmo o juiz, no exercício de sua atribuição administrativa, dispensar essas obrigações que estão previstas no Código Florestal. E há um acórdão extremamente interessante no recurso de mandado de segurança da lavra do Ministro Noronha, que ataca de novidade, uma portaria baixada por um juiz do estado de Minas Gerais, que dispensava aos cartórios de exigir a averbação da reserva legal. E vem o Ministro Noronha e diz: "Esse ato é absolutamente nulo, porque o Poder Público não pode tentar aquilo que é exigido pela norma Federal." Havia ainda um último item preambular. E qual seria o fundamento para essas obrigações, especialmente, a obrigação de recuperar a reserva legal? Uma primeira tese sustenta que se trata de responsabilidade objetiva. É um respe do Paraná, por exemplo. A outra é nesse caso também da lavra do Ministro Noronha. Mas, a tese predominante hoje surgiu no Ministé-

rio Público de São Paulo, recorde-me quando assumi a área do meio ambiente, vários colegas que já eram promotores ambientais a essa época e eu apresentei uma nota técnica aos colegas, defendendo que estávamos diante de obrigação. *Propter rem*. Pois bem, hoje a tese preponderante do STJ é de que essas obrigações inerentes à reserva legal são obrigações *Propter rem*, e, portanto, se transmitem, aderem o título, como se hipoteca a força e são transmissíveis em conjunto com a própria propriedade. Cito apenas um acórdão, esse do Paraná, da lavra do Ministro Noronha.

Quais são essas obrigações específicas? Primeiro, a obrigação de averbação; segundo, a obrigação de recuperação e terceiro, a obrigação de conservação. O grande problema que se deu hoje, é que o Ministério Público ingressa com Ações Civis Públicas, pedindo apenas, a averbação. É importante, que essas Ações Civis Públicas sejam propostas, pedindo a um só tempo, averbação recuperação, conservação, porque do contrário, novas Ações Civis Públicas teriam que ser propostas, não obstante, tratar-se de uma obrigação genericamente, poder-se-ia chamar de única.

Aqui é interessante notar que, no que tange a conservação e o direito de exploração sustentável, há um acórdão do Ministro Franciuly negando na reserva legal a possibilidade de se utilizar essa reserva legal para outros fins econômicos que não seja a extração sustentada de madeira. Nesse acórdão, o falecido Ministro Franciuly determinou ou deu pela ilegalidade da exploração por passagem de uma reserva legal.

Para terminar, algumas questões complexas na reserva legal. Primeiro, a questão da natureza jurídica da averbação. Nós já fizemos alguns comentários. E aí há outros temas complexos, que eu não vou analisar, por falta de tempo. Mas, queria tratar apenas de um último ponto, que é da aplicação da reserva legal, ou da exigência da reserva legal, na propriedade que era rural e se transforma em propriedade urbana.

Quer me parecer nesse ponto que na medida em que se trata de obrigação *Propter rem*, essa obrigação é transferida, e juntamente adere de uma forma permanente e definitiva à propriedade que precisaria de decisão judicial para, eventualmente, desconstituir essa reserva legal.

Quais os desafios que temos pela frente, em termos de APP e de reserva legal? Penso que o grande desafio, como muito bem o disse o Ministro José Delgado, é aquele da aplicação da lei. Porque não basta o Brasil se orgulhar de ter a melhor ou uma das melhores legislações ambientais do mundo, se essa legislação ambiental não é cumprida, ou se tem cumprimento muitas vezes, circunstancial, esporádico, fragmentário, nesse imenso território do nosso país.

O segundo desafio, penso eu, é de caráter legislativo. Porque sem aprovação da Medida Provisória do Código Florestal, nós não teremos segurança jurídica, especialmente, os proprietários que quiserem utilizar as servidões ambientais e as compensações ambientais, não terão a segurança jurídica para assim proceder, porque se uma lei é provisória na sua essência, significa dizer que ninguém vai fazer investimento para 20, para 30 anos, investimento que todos nós sabemos que significa dispêndio de recursos e ninguém joga dinheiro fora e muito menos o proprietário rural.

O derradeiro, penso que o desafio maior para nós juízes e para os membros do Ministério Público, é o da formação. Porque o juiz, ele para bem decidir, necessita do conhecimento e os juízes que estão hoje aí, a começar do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, das cortes intermediárias, os juízes federais e os juízes estaduais, todos nós aplicamos o Direito ambiental como autodidata. Não tivemos na Faculdade de Direito a possibilidade de estudar de uma maneira sistemática o Direito Ambiental. Estudamos o Direito Ambiental diante de um problema isolado colocado, um caso concreto, diante de nós. E ao aplicar o Direito Ambiental ao caso isolado, nós corremos o risco e às vezes

ocorre de perder a idéia, a noção, o apelo do sistema a que nos cerca, enxergamos a árvore, mas deixamos de enxergar as florestas.

Exatamente, esse trabalho de formação exige despreendimento, exige liderança, acompanhamento, e, por isso, termino fazendo homenagem a dois magistrados, que quando pouco se falava de Direito Ambiental na Magistratura, se preocuparam com a formação e deram especificamente a mim e ao Desembargador Eládio Lecey, a possibilidade de falar tantas vezes para os juízes brasileiros. Refiro-me, na Justiça Federal, ao nosso colega Vladimir Freitas, mas me refiro também na Justiça Estadual, ao nosso colega, amigo e hoje Ministro, Paulo Galotti, que era Presidente da Associação de Magistrados Brasileiros. A esses dois ministros, aliás, a esses dois juristas, um deles Ministro, o Brasil deve muito, e eu, pessoalmente, como cidadão e como alguém preocupado com a proteção do meio ambiente, devo muito mais. Muito obrigado a todos.

Bem, coube-me agora fazer a apresentação, se necessária, do Ministro César Asfor Rocha. Eu não faço uma apresentação, faço uma lembrança, vamos relembrar juntos esse jurista e Ministro, que conclui os nossos trabalhos.

O Ministro César Asfor vem de uma carreira vitoriosa na advocacia e no magistério. Desde cedo se preocupou com o Direito, na perspectiva dogmática; professor de teoria geral do Direito, de Direito civil; mas se preocupou principalmente na óptica da sua implementação. O tema, nós tratamos hoje aqui. E por isso escreveu como dissertação de mestrado uma obra chamada a luta pela efetividade da jurisdição.

Levado ao STJ, o Ministro César Asfor logo se destacou, pelo seu raciocínio lógico, pela clareza de seus votos, que estão aí, pelo tom humanístico de suas decisões, com a implementação, no seu cotidiano, da idéia de que para se fazer justiça verdadeira não se pode fechar os olhos às

vulnerabilidades pessoais, sejam de indivíduos, sejam de coletividades.

Hoje, César Asfor Rocha lidera, na Magistratura nacional, o movimento de reforma legislativa do Judiciário, e não apenas do Judiciário Federal, mas do Judiciário brasileiro, para lidar – e uso a expressão da sua dissertação de mestrado – “efetividade de jurisdição”.

No TSE, até ontem, transformou paradigmas; no STJ, hoje, e ainda por muito tempo, transformou também paradigmas e especialmente dá lição a todos nós, de como deve ser um bom juiz.

Dele recebi a seguinte frase, quando ingressei e cheguei ao STJ: em breve você estará sabendo distinguir “decidir de julgar”. Fiz de conta que entendi e fui para casa. Até pensei em fazer uma indagação discreta em uma outra oportunidade, mas não precisei mais de uma semana para entender o sentido dessa frase do Ministro César Asfor. O que ele quis dizer, penso, foi que lá, como na Magistratura brasileira, nós queremos julgar, e especialmente no Direito Ambiental, mas pelo acúmulo de serviço já nos damos por felizes se pudermos decidir os casos que estão diante de nós.

Prestação jurisdicional tardia, retiro dessa frase do Ministro César Asfor, não serve ao Direito Ambiental, porque viola a sua natureza preventiva e precatória.

Então, mesmo que César Asfor quisesse mais dizer é que o juiz que se contenta, mesmo que cercado por milhares de processos em apenas decidir, e não ter a esperança de um dia, efetivamente julgar, é um juiz incompleto, é um juiz que não conseguiu trazer a si a inteireza da missão jurisdicional.

Sobre esses temas e outros tantos, vamos ouvir as lições de vida e de Direito, do Ministro, mas antes de tudo, do jurista, César Asfor.