

DIREITO ECOLÓGICO E O DEVER DE PROGRESSIVIDADE NA APP ECOLOGICAL LAW AND THE PROGRESSIVITY DUTY IN APP

Marcelo de Souza Fermino

Orientador Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

RESUMO

Em um contexto de maior consciência da vulnerabilidade ambiental, o direito ecológico manifesta expressão de todo um processo histórico social de desenvolvimento humano que se reflete nos regramentos, nos mecanismos de acionamento jurídico e no teor democrático material. Nesse contexto, as Áreas de Preservação Permanente (APP) representam um avanço angular no alicerce da defesa do meio ambiente, e promoção de uma cultura sustentável, essencial para a garantia de um mínimo vital/mínimo existencial ecológico para as gerações futuras. No tocante às APPs, podem ser analisados mecanismos de participação popular pouco explorados, que além de fomentar um efetivo processo democrático na esfera judiciária e materializar avanços conquistados com a Constituição de 1988, podem ser o caminho pelo qual a atividade judiciária pode nortear transformação social promotora de sustentabilidade e defensora da vida.

Palavras-chave: Direito Ecológico; Área de Preservação Permanente; Participação Judicial.

ABSTRACT

In a context of an increase in awareness of environmental vulnerability, ecological law manifests an entire historical social process of human development that is reflected in the rules, mechanisms of legal action and material democratic content. In this context, the Permanent Preservation Areas (APPs) represent an angular advance in the foundation of the defense of the environment, and the promotion of a sustainable culture, essential for the guarantee of a existential minimum for future generations. With regard to the APPs, underexplored mechanisms of popular participation can be analyzed, which, in addition to fostering an effective democratic process in the judiciary and materializing advances made with the 1988 Constitution, may be the path by which judicial activity can guide social transformation that promotes sustainability and life advocate.

Keywords: Ecological Law; Permanent Preservation Area; Judicial Participation.

INTRODUÇÃO

O irrefutável trato da sustentabilidade, enquanto respeito ao direito de as demais gerações receberem um meio ambiente minimamente equilibrado, e expressão mínima da racionalidade humana, evidencia o direito como basilar mecanismo de regulação das relações humanas, protagonista da estabilidade social, determinante do sistema democrático e agente na concretização de princípios em um contexto de análise entre a própria evolução do estado democrático relacionada

ao desenvolvimento do direito ecológico no escopo explícito¹ em documentos de expressão internacional, tais como a Carta da Terra.

Por ser necessidade imanente do ser humano, pelo próprio conceito calcado pela ONU, o termo sustentabilidade é aplicado em consonância com princípios constitucionais, e com Política Nacional do Meio Ambiente, instituída inicialmente na Lei 6.938/1981.

Com integral consideração aos inegáveis avanços na defesa da sustentabilidade e seus resultados, também não se pode negar a ineficiência desses avanços na conservação do meio ambiente, precipuamente na promoção de um desenvolvimento sustentável.

Desenvolver-se em uma cultura sustentável, exige ater-se à aplicação do Direito Ambiental observando minimamente alguns parâmetros essenciais para sua operacionalidade.

O primeiro, gerador de significância/consciência é a compreensão de que, no termo “sustentabilidade”, encontram-se a viabilidade econômica, social e cultural, além da ambiental.

O segundo, consiste em fortalecer a eficácia do fomento a um desenvolvimento sustentável pela difusão de conhecimentos sobre os instrumentos processuais de proteção ambiental e reparação de dano ambiental, frente às atividades antrópicas cotidianas. O terceiro, requer o questionamento a respeito das possíveis lacunas da execução da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída por meio da Lei 6.938/1981, entre demais legislações correlatas.

O quarto, e não menos importante que os demais, relacionado ao fato de o direito disciplinar relações interpessoais, sendo afetado e afetando o processo sócio cultural de desenvolvimento humano, consiste em difundir conhecimentos sobre a análise das regulações/omissões do processo legislativo nessa questão, um aprofundamento sobre a significância dessa análise na percepção de maturidade institucional da democracia contemporânea brasileira, e os instrumentos processuais alternativos para acionamento do judiciário na promoção de desenvolvimento sustentável.

Nos aspectos constitucionais da seara do Direito Ambiental Processual, denota-se uma das mais significantes inovações que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe, no tocante aos direitos difusos, que são definidos no art. 81 da lei 8.078/1990 como “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Tal inovação consiste no fato de que, mesmo tendo sido alguns destes direitos difusos previstos na constituição de 1967, se assegurava somente a apreciação de lesão a direito individual (art. 150, §4º), enquanto que no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 não se exclui apreciação

¹PADILHA, 2010, p. 432.

judiciária qualquer lesão ou ameaça a direito, sem a restrição da individualidade, e por consequência, com a abrangência dos direitos difusos, nos quais se encontra o direito ambiental.

Pautar a significativa apreciação de lesão ou ameaça a direito ambiental, presume debater a difusão de conhecimentos acerca do Direito Ambiental Processual, o modo como esta ocorre, a teoria jurídica abrangida, as possíveis inovações com advento de alterações na lei 4.771/65, e em suma, as questões relativas à profundidade da análise temática, e operabilidade processual alternativa. É esse debate que constitui o escopo desse trabalho, que enseja a atuação do judiciário frente à omissão legislativa, em especial, no estudo de caso das Áreas de Preservação Permanente.

1. DESENVOLVIMENTO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL

Ruy Rebello Pinho e Amaury Mascaro Nascimento², desde 1960, denotam que já se compreendia o quanto o conceito/compreensão e os limites da propriedade evidenciam o próprio desenvolvimento sócio democrático, uma vez que no direito romano a propriedade consistia no *jus utendi, fruendi e abutendi* (direito de usar, fruir e dispor), no feudalismo havia um tipo de copropriedade, na revolução francesa se denotava o individualismo da propriedade e no socialismo se denotava na propriedade um processo de socialização, nacionalização, democratização e humanização.

Na obra citada já se considerava na consideração de propriedade no regramento jurídico brasileiro a necessidade de aspectos não só objetivos, mas subjetivos, concernentes à função social da propriedade, que se consolidou na Carta Constitucional de 1988, após um amplo processo que:

- Considerou inicialmente na constituição do Império de 1824 a propriedade corpórea “em toda sua plenitude”;
- Limitou com a possibilidade de desapropriação na Constituição da República de 1891;
- Reforçou individualismo no Código Civil de 1916;
- Na inspiração da Constituição de Weimar, houve evolução de democracia liberal para democracia social, considerando possibilidade de posse sem agressão ao “interesse social ou coletivo”, na Constituição de 1934;
- Alterou na Constituição de 1937 o conceito de propriedade, retirando o “primado do interesse social e coletivo”, e na reforma de 1946, a devolvendo a sutil possibilidade de desapropriação não só pela utilidade pública, mas pelo interesse social.
- Retornou ao conceito de “função social da propriedade” na Constituição de 1967.

²1969, p. 250.

- Reiterou a propriedade na exercício de sua função social na Constituição de 1988, ainda vigente.

Essa evolução do próprio conceito de propriedade denota a consolidação do que, segundo Sarlet³ pode ser denominado abordados.

Siqueira e Amaral⁴ explanam que, por mais que tenham sido tutelados bens do direito ambiental nas constituições anteriores, foi na Constituição de 1988 que as normas foram ampliadas no sentido de proteção do meio ambiente físico (art. 225, §1º, incisos I, II e VII), meio ambiente artificial (arts. 21, XX e 182) e meio ambiente do trabalho (arts. 7, incisos XXII e XXIII, e 200 inciso VIII).

O processo evolutivo dos regramentos foi imanente à evolução da compreensão das diversas dimensões/gerações dos direitos, que foi esmiuçadamente tratado por Sarlet⁵, que considerou:

- Direitos de primeira dimensão: advindos do pensamento liberal burguês do séc. XVIII, de cunho individualista, negativo, com direitos do indivíduo perante o Estado, em suma, “À vida, liberdade, à propriedade e à igualdade perante a Lei”.
- Direitos de segunda dimensão: advindos do estado social, com direitos econômicos, sociais e culturais, promovendo posicionamento ativo do estado na consolidação de direitos, na promoção de igualdade não meramente formal, mas material.
- Direitos de terceira dimensão: provenientes da percepção e titularidade transindividual (ou metaindividual, coletiva ou difusa), direitos de fraternidade e solidariedade, como o direito à autodeterminação paz e desenvolvimento de uma nação, possível consideração dos direitos humanos, e o direito ao meio ambiente e qualidade de vida, que reside no escopo da análise desse trabalho.
- Ainda há adesão ao pensamento de Paulo Bonavides que considera direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo, como de quarta dimensão, ou ao pensamento de José de Alcebíades de Oliveira Júnior e Antônio Wolkmer, que consideram direitos relacionados à tecnologia e ciberespaço, como os de quinta geração.

Contudo, tais dimensões são um modo de academicamente organizar um processo histórico social de luta pela concretização de direitos.

Cabe ressaltar que os valores ecológicos constantes na terceira dimensão citada foram decorrentes de um movimento ambientalista, que, segundo Sarlet e Fensterseifer⁶, visa corrigir distorções que o estado e o mercado não conseguiram corrigir, frente a modelos de produção e

³(2017, p. 268)

⁴(2013, p. 473)

⁵(2017, p. 314)

⁶2019, p. 63.

governo que não são racionalmente sustentáveis, a não ser que em detrimento de espécies diversas, dentre as quais, a nossa espécie humana.

Esse movimento ambientalista busca materializar sua legitimidade político-comunitária, recorrendo ao Sistema de Justiça, majorando mecanismos de participação pública em matéria ambiental, denominados “direitos ambientais procedimentais”.

Uma evidência da preponderância de valores ecológicos ocorre na própria compreensão do que caracteriza a dignidade da pessoa humana, ou da compreensão de suas dimensões, sendo esta uma construção histórico social. A dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana presume que é necessário não só bem estar social, mas bem estar ecológico para “uma vida digna, saudável e segura”⁷.

A incorporação de valores ecológicos, que manifestam defesa ética e jurídica do ser humano contra qualquer processo de reificação, são expressões do pensamento de Immanuel Kant, e ocupa basilar espaço na formação do diálogo entre os demais princípios e regras e suas normas e axiomas, figurando juntamente com o respeito à vida, a maior hierarquia⁸ dos fundamentos da Constituição vigente, mas não exclusivo, haja vista que como já consagrado no caput do art. 225 da CF, temos um estado social democrático e ecológico de direito.

Outra manifestação clara da incorporação de valores ecológicos em nosso direito consiste na compreensão de uma dimensão ecológica do conceito de mínimo existencial, que contempla uma vida com dignidade material, e de fato, com qualidade ambiental, também designado mínimo vital. Essa dimensão também pode ser observada em declarações da ONU, com a de 26 de julho de 2010, que considerou o direito à água potável e ao saneamento básico como direitos humanos essenciais para usufruto dos demais direitos humanos.

2. A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A tutela dos direitos difusos recebeu, com o advento da Lei 7.347/1985, um marco decisório, pela consolidação do mecanismo Ação Civil Pública, tornando possível um processo que materialize a proteção ambiental gerada pela Lei 6.938/1981 que determinou a Política Nacional do Meio Ambiente, de forma não paternalista, ou seja, sem a tutela exclusiva do Ministério Público, foi a legitimação da ação social no processo para a defesa dos direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado.

⁷SARLET e FENSTERSEIFER, 2019, p. 77.

⁸Ibid., p. 123

A judicialização de demandas protetivas do meio ambiente presumem inicial consideração dos ganhos decorrentes dos regramentos vigentes, cujas competências estão expressas nos artigos 23 a 25 do texto constitucional, discernindo, consoante Padilha⁹, no âmbito legislativo uma concorrência que assegura à união a criação de normas gerais, e aos estados o papel suplementar, uma vez que havendo divergência será a norma estadual que terá sua eficácia suspensa.

Já no disposto no art. 23, denota-se que no âmbito administrativo, uma atuação conjunta para a defesa da proteção ambiental, diferindo na esfera do interesse (nacional, regional ou local).

Contudo, pelo fato de o meio ambiente se caracterizar pela indeterminabilidade de titular e indivisibilidade de objeto, se denota o caráter difuso, reiterando o dever conjunto das demais esferas do poder público na promoção da sustentabilidade, e evidenciando dever de cooperação entre as esferas administrativas, e o quanto a falta de clareza na divisão de competências específica (desde o art.225 da carta Magna, até art. 1º do Decreto 99.274/1990 regulamentador da Política Nacional do Meio Ambiente).

Nas sábias palavras do jurista Dr. Miguel Reale, acerca da experiência moral e da experiência jurídica, fica enaltecida a complementaridade entre o conhecimento da pesquisa científica jurídica e o conhecimento da pesquisa filosófica frente às necessidades inerentes a prática jurídica, por consequência, basais para a formação universitária do bacharel em Direito.

As perguntas do filósofo do direito não se situam numa esfera indiferente às perplexidades, alternativas e exigências existenciais inerentes à vida prática do advogado ou do juiz, ou nos quadrantes da ciência positiva do direito, pois a pesquisa filosófica e a científica devem se desdobrar segundo momentos complementares, os resultados de uma influenciando sobre a outra, quer suscitando problemas novos, quer abrindo novas soluções para velhos problemas¹⁰.

Sob essa luz vislumbro o quão profundo a questão da omissão das instituições democráticas frente à uma demanda eticamente basal da sociedade brasileira, se mostra.

No direito ambiental, a omissão frente à uma demanda explicitamente relevante, de impacto socioambiental e ético, evidencia um problema crônico da institucionalização democrática vigente, uma vez que abordamos a questão da definição de propriedade, de um “estado” enquanto “sociedade de homens constituída para conservar e promover somente os bens civis”¹¹ na deliberação de ônus ao pequeno proprietário de terras em relação à propriedade estatal de interesse público, e omissão frente à obrigação estatal de promover/minimamente fomentar a conservação de sua propriedade, com o aproveitamento de uma atuação decisória/legislativa extremamente parcial.

⁹ 2010, p. 206.

¹⁰ REALE, 1992, p. 264

¹¹ LOCK, apud BOBBIO, 1997, p. 188

Nesse universo de uma densa carga filosófica, se encontra a gestão do meio ambiente, promovido frente a valores ambientais, cuja tutela, na compreensão da regramento jurídico brasileiro, foi devidamente tratada por Fiorillo¹², que interpretou o trecho “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, do art. 225 da Carta Magna, em quatro partes.

A primeira versando a possível divergência da definição de “todos” na restrição do exercício da titularidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado no embate da universalidade ambiental e da soberania constitucional, considerando que os titulares seriam todos brasileiros e estrangeiros residentes no país, pelo fato de o art. 225 preceituar o bem ambiental como de uso comum, e pelo art. 5º considerar que a coletividade de pessoas abrange brasileiros e estrangeiro residentes no país.

A segunda se referindo ao conceito bem ambiental, que difere de bem público e de bem privado, que por uma inovação constitucional vigente, institui ao estado não a posse (por tratar de bem difuso), mas o gerenciamento.

A terceira sobre a finalidade “essencial à sadia qualidade de vida” explicitando a finalidade destinada ao ser humano.

A quarta, considerada de maior relevância, consta do conceito de bem ambiental, como resguardado pelo interesse público da geração atual e das futuras, se referindo de modo inédito à tutela de direito futuro.

Nota-se o quando a simples menção do direito ambiental na Constituição manifesta magnitude do direito ambiental na precípua missão jurídica de disciplinar as relações interpessoais.

Destarte, se conclui a fertilidade do campo de pesquisa que vise uma teoria jurídica ambiental, aplicada no campo de instituição e proteção das APPs, com a devida análise de materialidade, determinando meios processuais adequado para a sua material defesa.

A atuação do judiciário na determinação de ações nas quais o estado se omite na atuação legislativa, pelo arquivamento dos projetos de lei relativas, esbarra em uma questão muito delicada que é a do ativismo judicial (que arrisca a imparcialidade do ato decisório, e por consequência a independência dos poderes na consolidação de um estado democrático de direito).

Na visão do Dr. Glauco Salomão Leite, seria um equívoco a generalização do ativismo judicial enquanto sinônimo de “abuso, excesso ou arbítrio”, sendo necessário restrição da *selfrestraint*¹³ para uma atuação legítima em setores nos quais a atuação expansiva da jurisdição constitucional tem se mostrado crucial para a “proteção de valores caros”.

¹²FIORILLO, 2015, p. 47

¹³ YOUNG, 2002, p. 145

Mais que simplesmente abstrair a atuação jurídica na defesa de valores essenciais ao desenvolvimento social, manente ao desenvolvimento sustentável na ótica do art. 225 da Constituição Federal, necessário é que, para tornar aplicável/frutífero, haja uma análise dos mecanismos processuais já existentes, que apresentariam viabilidade na materialização do direito abordado.

Nesse sentido, tratando da participação judicial ambiental pelo processo civil, Mirra cita que desde o século XX nota-se a necessidade do que se *denomina acesso à justiça cívica*, enquanto participação dos cidadãos na gestão da coisa pública, que permite a conversão do acesso à justiça em acesso ao poder e igualdade social, e por consequência, foi favorecido pela previsão constitucional de mecanismos (capazes de propiciar a proteção do meio ambiente) como a ação popular, ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e ações direta de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade de leis e atos normativos. Contudo, há que se questionar o quanto esses instrumentos propiciam participação popular frente ao dano ou risco de dano ambiental e/ou leis e atos normativos, mas exigem muito mais para que sejam usados a fim de sanar lacunas que a tendenciosa omissão legislativa impuser à sociedade, visão sobre a qual se pretende analisar a área de preservação permanente.

2.1. Princípio da Intervenção Estatal Obrigatória

Apesar que não muito popular, tal princípio é basilar das demandas judiciais, uma vez que é o princípio da intervenção estatal obrigatória que fundamenta uma gama de arguições que presumem dever de indenização do estado¹⁴.

É expressão do aprimoramento do estado em um caráter ativo na consolidação de direitos, e por mais que esteja também presente no caput do art. 227 da Carta Constitucional de 1988, já estava prevista no item 17 da declaração de Estocolmo de 1972.

2.2. Princípio da Proibição de Retrocesso Ecológico

Há tenuidade no limite entre o não regredir e o dever de progredir? Não seria a ausência de progresso na defesa de um direito uma evidência de retrocesso? Seria. Portanto, a vedação de regressividade e o dever de progressividade¹⁵ são dimensões da proibição de retrocesso, uma vez que o aprimoramento de mecanismos que tornam o sistema jurídico um aliado á promoção da

¹⁴SIQUEIRA, 2013, p. 475.

¹⁵SARLET e FENSTERSEIFER, 2019, pp. 112, 396-401.

sustentabilidade como manifestação clara do aprimoramento humano em sua ética e em sua racionalidade.

São inúmeros os mecanismos internacionais que já não dissociam da defesa dos direitos humanos da defesa do meio ambiente, porque é uma questão logicamente simples. Analogamente, tão importante quanto a proteção do pouco que dispomos na defesa do meio ambiente, está o correlato dever de progressiva materialização desses direitos, ampliando a qualidade de vida na promoção de modo de vida sustentável, uma vez que promoção e conservação de equilíbrio ambiental, presume uso racional de recursos que são esgotáveis e implica na busca pelo fornecimento de um ambiente não mais degradado às futuras gerações.

A progressividade também é denotada no preâmbulo do Acordo de Paris (2015), que considera ‘a necessidade de uma resposta eficaz e progressiva à ameaça urgente da mudança do clima com base no melhor conhecimento científico disponível.

A proibição de retrocesso ecológico também pode ser denominado como princípio *in dubio pro natura*, e foi objeto do art. 3º, c, do Acordo Regional de Escazú sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em matéria ambiental, visando fomentar a interpretação mais favorável ao gozo e respeito dos direitos de acesso.

A vinculação desse princípio ao Legislativo está na base de um grande conjunto de questões polêmicas, tais como ser este princípio um limitador dos mecanismos de reforma constitucional, contraponto da EC 96/2017 (que trata da vaquejada) e limitação dos atos do executivo.

3. AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

No contexto apresentado, encontram-se inúmeras obras a respeito dos princípios e questões abrangidas pelo direito ambiental, contudo, na busca pela promoção da sustentabilidade, que presume mais que conservação ambiental, inegável é que há muito a se fazer para tornar o exercício desse direito algo material, operacional. Portanto, faz-se necessário investigar, analisar e difundir como o âmbito jurídico legislativo tem abordado ou se omitido perante a preservação material das APPs, e os instrumentos que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe para a defesa do meio ambiente e reparação do dano ambiental, além de difundir meios viáveis do direito processual para promoção da Sustentabilidade, em seu integral sentido.

Além da considerável contribuição que existe na difusão dos instrumentos atuais para materialização do direito ambiental na defesa do princípio da sustentabilidade, o direito processual tem ainda muito mais para contribuir com a operacionalidade deste, com a consolidação de um judiciário promotor de desenvolvimento sustentável, não como panaceia, mas como oposição à

omissão legislativa em demandas relativas? Quais os mecanismos de participação popular mais adequados para o ativismo ambiental cidadão?

Em suma, além de tratar de conhecimento necessário para a formação integral de um advogado (por versar processo legislativo, processual das ações coletivas e o direito ambiental), compreender e contribuir para fomento da Sustentabilidade e sua operacionalidade é um dever de todo cidadão, principalmente dos que almejam atuar como agentes do direito, conscientes do imenso poder que o direito possui na materialização de valores, promoção de justiça e do desenvolvimento social.

Tais questões ensejam investigação, análise e difusão dos instrumentos de defesa do meio ambiente e de reparação do dano ambiental, e principalmente analisado possível acirramento das relações entre o direito processual e o direito ambiental, para que os cidadãos e agentes do direito possam fazer da ação do judiciário um meio de promoção de uma sociedade, livre, justa e sustentável, de fato, pois é por meio desses mecanismos que o ativismo judicial pode defender reais interesses coletivos frente à uma tendenciosa e antidemocrática omissão legislativa, numa análise ética das instituições democráticas brasileiras.

A evolução jurídica presenciada nas últimas décadas, evidenciaram não somente gerações de direitos, mas compreensões das dimensões que os direitos possuem, e sua efetiva materialização, expondo diferenciais da ciência jurídica no âmbito das ciências sociais.

Uma determinação de proteção a alguma parte de vegetação ocorre desde o nosso primeiro Código Florestal (Decreto nº. 23.793/1934, revogado pelo Código Florestal recepcionado pelo texto constitucional, na Lei 4.771/1965, que por sua vez também foi revogado pela Lei 12.651/2012), limitando o uso econômico das propriedades rurais ante à sua função sócio ambiental, instituindo desde o Código Florestal de 1965, tanto a Reserva Legal (RL) quanto a Área de Preservação Permanente (APP), e isentando essas áreas de tributação territorial¹⁶.

Sua supressão somente possível em caráter de extrema exceção, consoante resolução 369 do Conama, ante utilidade pública ou de interesse social.

O direito de 3º geração, ao desenvolvimento e ao meio ambiente equilibrado, avançaram com a Política Nacional do Meio Ambiente na Lei 6.938/1981, e com a Lei 12.651/2012 na Proteção da Vegetação Nativa, e a regulação das Áreas de Preservação Permanentes, pelo impacto direto na crise hídrica e na prevenção ao seu agravamento para as gerações futuras, na qual temos:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
(...)

¹⁶Art. 104 da Lei 8.171/1991 que dispõe sobre a Política Agrícola.

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Lei 12.651/2012

A área de preservação permanente, no código Florestal de 1965, podia ser definida pelo poder público para fins que ficavam expressos no seu art. 3º, e com o advento da Lei 12.651, em seu art. 6º, houve restrição aos atos para áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação “declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo” consoante finalidades específicas:

- I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;
- II - proteger as restingas ou veredas;
- III - proteger várzeas;
- IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;
- V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;
- VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- VII - assegurar condições de bem-estar público;
- VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.
- IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional. [\(Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012\).](#)

Um segundo modo de determinação da APP é a própria previsão legal, que na Lei 12.651 ganhou limites precisos pelos artigos 4º e 5º, cujos dados estão organizados na tabela seguinte ou na citação direta que a sucede.

Considerando, em Marília, consoante dispões Incra, um módulo fiscal o equivalente à 14 hectares, com fulcro no art. 50, §2º da Lei 4.504/1964 (Estatuto da terra), as APPs, para a proteção dos recursos hídricos, ficam assim determinadas:

Área do Imóvel Rural	Faixa mínima a ser recomposta						
	Cursos d'água				Lagos e lagoas naturais (maiores que 1	Veredas	Nascentes e olhos d'água perenes.
	Largura até 10m	Largura de 10,1 até 60m	De 60,1 até 200m	Acima de 200m			
Acima de 10 módulos fiscais	30m		Metade da largura do curso d'água	100m	30m	50m	15m
De 4 a 10 módulos fiscais.	20m	30m					

De 2 a 4 módulos fiscais.	15m	30m	
De 1 a 2 módulos fiscais	8m		
Até 1 módulo fiscal	5m		

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

(...)

V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25º, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

(...)

§ 1º Não será exigida Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais de água que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais. [\(Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012\).](#)

Consoante Padilha (2010, p. 340), o STJ tem entendido que “a cobertura florestal em APP, por ser insuscetível de exploração econômica, não deve contar no cálculo de indenização por desapropriação, diferentemente, segundo THOME (2015, p. 323) da compreensão expressa nas decisões do STF, exceto Súmula 479 no tocante às margens dos rios navegáveis que são de domínio público.

Contudo, as alterações da lei 12.651 admitem alguma exploração econômica como o disposto no art. 5º, como por exemplo, com a admissão de plantio de culturas temporárias ou sazonais de ciclo curto nas faixas de vazantes de rios em pequenas propriedades de posse rural familiar, e como na viabilização da aquicultura.

Parte da coerção ao desrespeito ao caráter de permanente preservação dessas áreas foi disciplinada no Decreto 6.514/2008, que alterou a Lei de Crimes Ambientais, prevendo, especificamente em relação à APP, multas diversas nos artigos 43 a 48, e possível apreensão e animais prevista no art. 103, além de embargo à obra ou atividade não autorizada.

Contudo, a simples instituição e ou imputação de multa, não favorece real proteção dessas áreas, cuja tutela versa direito difuso, uma vez que há considerável custo para a manutenção dessas áreas, há plena certeza de que as águas são bens da união, mas de que os custos para sua preservação não são por ela arcados, nem em parte.

Nessa matéria, diversos projetos de lei buscaram descontar no Imposto de Renda do Agricultor parte dos custos com essa manutenção, e restaram arquivados pelo término de mandato de seus propositores.

3.1. Análise de caso da APP

Não é novidade o fato de que as águas são bens da união, tanto que seu uso depende de outorga estatal, e que são instituídos, por uma questão de proteção do meio ambiente para conservação do mínimo vital ou mínimo existencial ecológico, as áreas de preservação permanente em cursos d'água, por exemplo.

Contudo ações efetivas de conservação dessa área, com a manutenção de cercamentos devido reflorestamento, e realização de obras de conservação e minoração de assoreamentos, dependem valores que para a maioria dos proprietários rurais podem ser demasiado dispendiosos, e que acabam não sendo a prioridade em decorrência desse custo, acontecendo nas possibilidades que “restam”.

Fiscalizações garantem um cumprimento mínimo, muito aquém do cumprimento possível, quando ocorrem.

Visando fomentar essas ações, o art. 41, §1º, II prevê a possibilidade de os gastos com a recomposição dessas áreas de preservação permanentes sejam deduzidos da base de cálculo do Imposto de Renda:

Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação: [\(Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012\).](#)

I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente:

(...)

h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;

II - compensação pelas medidas de conservação ambiental necessárias para o cumprimento dos objetivos desta Lei, utilizando-se dos seguintes instrumentos, dentre outros:

(...)

§ 1º Para financiar as atividades necessárias à regularização ambiental das propriedades rurais, o programa poderá prever:

I - destinação de recursos para a pesquisa científica e tecnológica e a extensão rural relacionadas à melhoria da qualidade ambiental;

II - dedução da base de cálculo do imposto de renda do proprietário ou possuidor de imóvel rural, pessoa física ou jurídica, de parte dos gastos efetuados com a recomposição das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito cujo desmatamento seja anterior a 22 de julho de 2008;

Lei 12.651 – Código Florestal

Contudo, como a “parte” pasta com a recomposição é abtida somente na base de cálculo do Imposto de Renda, e a alíquota do Imposto de Renda pode ser de 0 a 27,5%, na legislação vigente em 2019, isso significa que parte remida ou restituída fica limitada à parte de 0 a 27,5%.

Contudo, o próprio art. 1.297, §1º da Lei 10.406/2002 institui “intervalos muros e cercas”, de qualquer prédio, urbano ou rural, que precisarem ser realizados ou renovados, devem ter gastos repartidos proporcionalmente, que no caso, seria de 50%.

Uma questão de legitimidade simples pressupõe que se as águas são da união, que no mínimo 50% dos valores gastos com a sua restituição sejam restituídos ou remidos dos valores gastos pelos proprietários dos imóveis rurais.

Seção VI

Dos Limites entre Prédios e do Direito de Tapagem

Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

§ 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

Lei 10.406/2002 – Código Civil

Quando o legislativo não compreende, percebe ou se omite frente a uma demanda justa, cabe à atuação do judiciário à defesa da justiça, principalmente quando se trata de uma demanda que repercute e muito na restituição de promoção de um meio ambiente minimamente equilibrado para as demais gerações, quando trata de ações cujas consequências podem ser irreversíveis e determinantes para um futuro acesso ao mínimo vital/mínimo existencial ecológico.

4. PARTICIPAÇÃO PÚBLICA AMBIENTAL

Para cumprir ideais de uma República Democrática Federativa, que prime pela solidariedade e desenvolvimento sustentável, e atender à demandas como as relacionadas com a defesa de direitos difusos, a Constituição Federal de 88 trouxe norma expressa que consagra a participação pública, respeito ao princípio Participativo, de forma expressa no art. 216, §1º e 225, promovendo a participação pública/colaboração da comunidade, na defesa ambiental.

A previsão não é expressa em relação à participação popular na tutela do direito ambiental, mas abre canal para participação popular em qualquer área, o que inclui a defesa do meio ambiente, e que, segundo o conjunto de incisos do art. 225, é, enquanto mecanismo de promoção de meio ambiente equilibrado, direito e dever de todos, ensejando mecanismos processuais que materializem a efetivação da participação popular.

Mirra¹⁷ descreveu o as diversas dimensões do direito ao meio ambiente decorrentes d a previsão constitucional, entre eles, a dimensão material enquanto premissa do acesso á uma vida digna, que se destina precipuamente ao gênero humano, a dimensão procedimental, enquanto institucionalização de mecanismos que assegurem o seu gozo, com o surgimento de direitos secundários tais como direito à participação pública ambiental (de modo imanente em analogia ao art. 23 da Constituição Belga), e dimensão como direito difuso, por serem direitos e interesses “transindividuais, de natureza indivisível que têm como titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato”¹⁸, reiterando a impossibilidade de tutela exclusiva do estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, resta ao judiciário questionar e não seria esta matéria sobre a qual deveria incidir nosso ativismo? Não seria esta omissão legislativa manifestação de descaso com o direito difuso a um meio ambiente equilibrado ao expor a proteção do meio ambiente à vulnerabilidade/volatilidade das ações do executivo? Não teríamos mecanismos que permitiriam à defensoria pública e aos advogados em ações públicas, tutelar o justo particionamento dos gastos de manutenção das APPs com quem a possui de fato? Não seria este o momento de evidenciar que é legítimo o ativismo jurídico quando o é explícito o descaso na omissão executiva/legislativa frente à justa demanda?

¹⁷2011, pp. 101-121.

¹⁸MIRRA, 211, p. 111.

Sim, é aqui, apesar do advento da Inteligência Artificial, que de fato postulamos atitudes que mobilizam um coletivo e afirmam com indubitável certeza de que no âmbito das ciências humanas, a advocacia é mais do que nunca, uma profissão do futuro.

A Medida provisória 870/2019, convertida na Lei 13.844/2019, tem muito a educar com relação ao direito ambiental, porque expõe o quão suscetível são as políticas públicas de defesa do meio ambiente às decisões governamentais. Após um processo eleitoral que expôs a defasagem educacional majoritária na incapacidade de promoção de diálogo e crítica às conquistas galgadas na defesa do meio ambiente, em um único ato, apesar de não extinguir o Ministério do Meio Ambiente, uma “reestruturação de suas atividades ceifou parte considerável de sua capacidade de proteger o meio ambiente, por meio de ações como:

- Transferência de serviço Florestal Brasileiro e do Cadastro Ambiental Rural para o Ministério da Agricultura;
- Transferência da Política de Recursos Hídricos, incluindo a Agência Nacional de Águas (ANA) para o Ministério do Desenvolvimento Regional.
- Extinção do tema “mudança climática” do rol de atividades do Ministério do Meio Ambiente.
- Extinção do Departamento de Educação Ambiental;
- Extinção da Secretaria de Extrativismo, desenvolvimento Regional e Combate à desertificação e transferência da agenda econômica extrativista para o Ministério da Agricultura.
- Extinção da Secretaria de Articulação Institucional e cidadania ambiental.

São medidas que distam do ideal da sociedade que prima pela participação social na defesa do meio ambiente.

Em um único ato muito se perdeu na implementação de políticas públicas do ideal de um estado social democrata e ecológico, deixou-se por indicar a coordenação da Política Nacional de Mudança do Clima (Lei 12.187/2009), que ficaria para o Ministério das Relações Exteriores que nega a existência de um aquecimento global.

Concomitante houve um grande empobrecimento do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) como o IBAMA e o ICMBio.

Ante tamanha vulnerabilidade das políticas ambientais que os governos executam, resta denotar que a atuação do Judiciário Brasileiro possui um papel de maior relevância na atuação estatal, e é na academia jurídica nacional que deve haver a defesa e a difusão de ideias que norteiem um Judiciário que em sua função, contribua para que a vivência das próximas gerações, caso haja, desfrutem de um meio ambiente minimamente equilibrado para o real conhecimento do que se

denomina dignidade humana, ou seja, o mínimo existência ecológico.

Como exemplo da atuação do judiciário na defesa do Meio Ambiente temos a decisão do STJ que determina a averbação na matrícula de imóvel se houver ação civil pública que questiona construção em área de preservação permanente¹⁹, potencializando mecanismo processual de fomento à participação popular, e a defesa do próprio meio ambiente.

Ante o contexto das Áreas de Preservação Permanentes, como expressão de tutela do direito difuso ao meio ambiente equilibrado, evidência de um amplo processo de aprimoramento dos sistemas jurídicos, de uma condição mínima de promoção de ações sustentáveis necessárias para futuro acesso ao mínimo vital, constituição de estabilidade mínima no âmbito de políticas públicas de promoção da sustentabilidade ante à vulnerabilidades nos sistemas de governo do poder executivo, protagonizam a possibilidade de atuação jurídica na defesa do que é justo.

As APPs ainda figura política de defesa de direito difuso, sob o qual se denota uma dos mais férteis mecanismos de promoção da participação popular no acionamento do judiciário.

Em suma, é no conhecimento do micro, de uma instituição legal de valores objetivos, se vislumbra toda uma subjetividade soba qual transparece o longo processo evolutivo das constituições como evidência da própria evolução do que se denomina humanidade, e é nessa subjetividade que o advogado pode perceber o quanto é a sua atividade que pode, de modo decisivo, contribuir para uma omissão social “como a passividade de um cordeiro no abate”, ou para um ativismo que responda às demandas dos sedentos de justiça e consolidado um estado de fato democrático social e ecológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BISPO, Roberney Pinto. Direito da personalidade e a tecnologia limpa como forma de sustentabilidade ao meio ambiente. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. AMARAL, Sérgio Tibiriça (Org.). **Sistema Constitucional de Garantias e seus mecanismos de proteção**. Birigui: Boreal Editora, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Lock e o direito natural**. Tradução de Sérgio bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. **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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

¹⁹THOMÉ, 2015, P. 321.

_____. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm> . Acesso em: 23 out. 2019.

_____. **Lei nº 12.651** de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF (2012a maio); Sec. 1: 1-11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FARINHA, Renato. **Direito Ambiental**. Leme-SP: CL EDIJUR, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994. 207 p.

KAZUO, Watanabe. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A dinâmica da Separação dos Poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>. Acesso em: 10/03/2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Instituições de direito público e privado**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1969.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental à luz do atual cenário de flexibilização da legislação ecológica brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. WSão Paulo: Inst. O direito por um planeta verde, 2017. E-Book. ISBN 978-85-63522-41-2. Disponível em: <<http://www.cj.ufpb.br/sda/contents/documentos/e-book-estado-de-direito-ecologico-prof-dr-jose-rubens-morato-leite.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 6. Ed. Ver. Atul. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo: saraiva, 2017.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

YOUNG, Ernest A. **Judicial activism and conservative politics**. University of Colorado Law Review, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 30 set. 2013.