

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E AS ÁREAS URBANAS
CONSOLIDADAS: ENTRE A DESCARACTERIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE
E A RESTAURAÇÃO

*THE UNCONSTITUCIONAL STATE OF THINGS AND URBAN-
CONSOLIDATED AREAS: BETWEEN ENVIRONMENTAL DISCHARGE AND
RESTORATION*

Luiz Fernando Rossetti Borges¹

Henrique da Rosa Ziesemer²

Resumo: O trabalho vertente objetiva examinar o estado de coisas inconstitucional, que recentemente vem sendo incorporado em discussões jurídicas no País. Amplamente aplicado em outros países latinoamericanos, tais como Colômbia, Argentina e Peru, o instituto ora estudado será objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347, que pretende (i) seja declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; e (ii) seja determinado à União que elabore e encaminhe à Suprema Corte um plano nacional que objetive a superação da situação carcerária no país. O que se pretende investigar é a possibilidade da declaração do estado de coisas inconstitucional sobre a questão ambiental em seu aspecto artificial ou urbanístico, calcado na persistência dos desastres ambientais que grassam cotidianamente, provocados pela (i)legal ocupação em áreas urbanas. Tratar-se-á das críticas que vêm sido tecidas, mormente do indisfarçável ativismo judicial que a declaração do estado de coisas inconstitucional demanda. Poderá ser constatado que esse mecanismo não será deletério se pautado pela concretização do mínimo existencial, tomando-se diversas precauções, principalmente de modo a evitar que o Supremo Tribunal Federal seja o único intérprete da Constituição. Ademais, a consolidação urbanística vai de encontro à necessidade de restauração dos processos ecológicos, tal como preconizado pela Constituição, se não houver efetivo melhoramento ou recuperação ambientais. Para tanto, impende ressaltar a importância do diagnóstico ambiental para constatação das áreas que poderão ser regularizadas e daquelas que deverão ser desocupadas. Por fim, algumas medidas poderiam ser tomadas com fundamento no instituto do estado de coisas inconstitucional, notadamente para instar aos outros Poderes medidas efetivas para a restauração dos processos ecológicos, em especial para o Legislativo, que sofistiquem a legislação pertinente à matéria, para que assegure a segurança aos ocupantes e a qualidade

¹ Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

² Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (2013), especialista em Direito Processual Penal pela UNIVALI (2008), e Direito Administrativo pela CESUSC (2004). Atualmente é doutorando em Ciência Jurídica.

do meio ambiente, bem como ao Executivo, que tome medidas administrativas aptas a constatar inconsistências urbanísticas e ambientais. Utilizar-se-á o método dedutivo, buscando elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-Chave: direito ambiental e urbanístico, estado de coisas inconstitucional, áreas urbanas consolidadas.

Abstract: Widely applied in other Latin American countries, such as Colombia, Argentina and Peru, the institute studied here will be the subject of a judgment by the Federal Supreme Court, On the allegation of breach of fundamental precept n. 347, which seeks to (i) declare the unconstitutional state of affairs of the Brazilian prison system; And (ii) it is determined that the Union should draw up and submit to the Supreme Court a national plan aimed at overcoming the prison situation in the country. What we want to investigate is the possibility of declaring the unconstitutional state of affairs on the environmental issue in its artificial or urban aspect, based on the persistence of daily environmental disasters caused by (i) legal occupation in urban areas. It will be the critics that have been woven, especially of the undisguised judicial activism that the declaration of the unconstitutional state of affairs demands. It can be verified that this mechanism will not be deleterious if it is guided by the realization of the existential minimum, taking several precautions, mainly in order to avoid that the Supreme Federal Court is the only interpreter of the Constitution. In addition, urban consolidation meets the need to restore ecological processes, as recommended by the Constitution, if there is no effective environmental improvement or recovery. Therefore, it is important to emphasize the importance of the environmental diagnosis to verify the areas that can be regularized and those that should be vacated. Finally, some measures could be taken on the basis of the institute of the unconstitutional state of affairs, in particular to urge the other Powers to take effective measures to restore ecological processes, especially to the Legislative, to soften the pertinent legislation in order to ensure The safety of the occupants and the quality of the environment, as well as the Executive, who take administrative measures able to verify urban and environmental inconsistencies. The deductive method will be used, seeking legal, doctrinal and jurisprudential elements.

Keywords: environmental and urbanistic law, unconstitutional state of things, urban-consolidated areas.

INTRODUÇÃO

Tem o presente artigo a finalidade de reafirmar a necessária ligação entre o direito constitucional, o direito ambiental e o direito urbanístico, propondo uma releitura deste à luz de seus princípios gerais e da construção jurídica do estado de coisas inconstitucional.

Assim, visa-se analisar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu aspecto artificial, em que observadas reiteradas situações de lesão ambiental, tidas por consolidadas pela legislação infraconstitucional, mormente pela nova Lei de Regularização

Fundiária Urbana (Lei n. 13.465/17) e pelo Código Florestal (Lei n. 12.651/12). Não se alcança o desiderato de efetivação do cumprimento da norma constitucional que, além de determinar a proteção, inclui a necessidade de restauração dos processos ecológicos.

Em vista dessa problemática, discutir-se-á a possibilidade de decretação do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente em relação ao meio ambiente urbano.

Não se desconhece os empecilhos de ordem financeira, orçamentária e estrutural, em que os órgãos que atuam em ações que envolvem o meio ambiente sofrem limitações em suas funções, contribuindo para a ineficiência da fiscalização, punição e da recomposição ambiental em caso de dano. O estado de coisas inconstitucional ambiental abre-se para a ineficácia sistêmica e continuada do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Imprescindível notar a virada epistemológica consistente em lançar os olhos para as inovações trazidas por países latinoamericanos, de forma a direcionar os debates do mundo jurídico no País, às vezes tão dependente da doutrina americana, inglesa, alemã etc.

1. ESCORÇO HISTÓRICO E PRINCIPAIS DELINEAMENTOS SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Trata o estado de coisas inconstitucional de uma construção no campo da hermenêutica jurídica, revelada pelo descumprimento sistemático de direitos e garantias inseridos no texto constitucional, apta a indicar, com brevidade, a adoção de medidas tendentes a eliminar os fatores que geram um estado de coisas que resulta inconstitucional.

Esse instituto jurídico foi incorporado definitivamente em discussões jurídicas a partir de 1997, quando a Suprema Corte Constitucional colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional na "Sentencia de Unificación 559" (COLOMBIA, 1997). O caso retratava a situação de docentes das localidades de María la Baja e de Zambrano, que, apesar de vinculados laboralmente aos municípios demandados, não tiveram seus direitos previdenciários reconhecidos pelas municipalidades, vulnerando os princípios fundamentais da vida, saúde, seguridade social e trabalho.

Constatou-se, ademais, que os problemas descritos pelos 45 professores não somente a eles atingiam, mas afetavam número significativo de docentes no país e cujas

causas se relacionavam com a desordenada e irracional execução da política educacional. Ao final, advertiu a Corte Suprema às autoridades competentes que o estado de coisas inconstitucional educacional deveria ser corrigido em tempo razoável.

Importante também registrar julgado proveniente da Corte Suprema colombiana, na "Sentencia de Tutela" n. 153/98 (COLOMBIA, 1998), que objetivava a declaração do estado de coisas inconstitucional sobre o sistema carcerário, do qual se deduziam flagrantes violações a direitos fundamentais dos apenados nos centros penitenciários nacionais.

Esse importante precedente fixou o alcance do instituto do estado de coisas inconstitucional, mediante o qual se pode buscar remédio para situações de violação dos direitos fundamentais, que são de natureza geral - pois afetam muitas pessoas - e cujas causas são de natureza estrutural - isto é, como regra, não se originam exclusivamente de uma única autoridade e, portanto, sua solução exigirá esforços conjuntos de diferentes entidades.

Posteriormente, em 2004, na "Sentencia de Tutela" 025/2014 (COLOMBIA, 2014), ocasião em que declarado o estado de coisas inconstitucional relativo à situação os "desplazados", que seriam aqueles indivíduos desalojados de suas casas em razão de conflitos sociais.

Nesse julgado, a Suprema Corte colombiana fixou os requisitos para declaração do estado de coisas inconstitucional: (i) as maciças e generalizadas violações de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (ii) falha prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantir os direitos; (ii) a adoção de práticas inconstitucionais, incorporando a tutela como parte do processo para garantir o direito violado; (iii) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais para evitar a violação de direitos; (iv) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exige a adoção de ações complexas e coordenadas e requer um esforço orçamentário adicional substancial; (v) se todos os afetados pelo mesmo problema procurarem a tutela jurisdicional para a proteção de seus direitos, maior congestionamento judicial iria ocorrer.

A experiência da Argentina sobre o tema, por sua vez, teve inicial guarida em recurso interposto em habeas corpus pelo "Centro de Estudios Legales e Sociales": "em amparo de todas as pessoas privadas de sua liberdade na jurisdição da Província de Buenos Aires, detidas em estabelecimentos policiais superlotados" (CELS, 2005, tradução nossa).

Ante a situação, solicitou a referida entidade que o Tribunal Constitucional se pronunciasse especificamente sobre a ilegitimidade, constitucional e legal, da situação dos encarcerados.

O julgado, datado de 3 de maio de 2005, determinava:

(i) que as regras mínimas que devem respeitar a política penitenciária são as aprovadas pelas Nações Unidas para o tratamento de apenados, cujo descumprimento provocaria responsabilidade internacional; (ii) que a Suprema Corte de Buenos Aires e os juízes dos tribunais inferiores devem fazer cessar de maneira urgente a situação de ilegalidade de detenção; (iii) que o Poder Executivo da província deve informar detalhadamente as cortes da situação penitenciária de cada apenado, para que elas tomem as disposições necessárias para diminuir sua gravidade; (iv) a liberdade imediata dos apenados em delegacias de polícia que sejam menores de idade ou doentes; (v) que o governo provincial informe a cada 60 dias sobre as medidas adotadas para adequar a situação dos apenados a estes princípios; (vi) instar o governador e o legislativo da província para reformar a lei de lançamentos, a legislação penal e penitenciária; e (vii) instruiu o governo provincial sobre estas questões, organizar um diálogo com CELS e outras organizações nacionais. (DELGADO, 2005, tradução nossa).

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional do Peru, em 2010, no EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC (PERU, 2010), declarou o estado de coisas inconstitucional sobre a falta de uma política de tratamento e reabilitação de saúde mental de pessoas que se encontram sujeitas a medida de segurança. Para tanto, foi ordenado ao Ministro de Economia e Finanças que incremente gradualmente o orçamento para o Ministério da Saúde, especialmente sobre os hospitais psiquiátricos; ao Judiciário determinou que fossem adotadas medidas corretivas para todos os juízes do país para emitir decisão oportuna sobre os relatórios médicos que lhes são apresentados pelas autoridades de saúde, recomendando o encerramento da medida de internamento de segurança.

Ademais, instou ao Congresso a prosseguir com a adoção de uma lei que regule o tratamento, supervisão, procedimento, execução e cessação de medidas de segurança na modalidade de hospitalização; bem como ordenou o Poder Executivo a tomar as medidas necessárias destinadas a superar rápida e eficazmente as situações de fato que dão origem a uma violação da Constituição.

Também lastreado nas decisões da Corte Constitucional colombiana, Carlos de Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 187) define o estado de coisas inconstitucional como:

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos

fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (AZEVEDO, 2016, p. 187).

No Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em voto-vista na questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF (BRASIL, 2013), em *obiter dictum*, sustentou a existência do estado de coisas inconstitucional sobre a problemática do pagamento de precatórios por Estados e Municípios, que, desde a promulgação da Constituição de 1988, insistem em deixar de cumprir o mandamento insculpido no artigo 100.

Tramita no Supremo Tribunal Federal a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347, a qual objetiva (i) seja declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; e (ii) seja determinado à União que elabore e encaminhe à Suprema Corte um plano nacional que objetive a superação da situação carcerária no país.

O plenário da Suprema Corte, em 9 de setembro de 2015, deferiu medida cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Outrossim, deferiu a medida cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

2. OBSTÁCULOS A SEREM ENFRENTADOS: O ATIVISMO E SEUS LIMITES

Verifica-se, por evidente, que a declaração do estado de coisas inconstitucional demanda intenso ativismo judicial, porquanto envolve a Suprema Corte a determinar uma série de medidas ao Poder Executivo e instar o Poder Legislativo a outras.

Lênio Streck (2015) tece severa crítica ao recente julgado em medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal, sustentando, dentre outros fundamentos, haver um ativismo judicial camuflado:

O STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo ad hoc. (STRECK, 2015).

Mais do que latente, o estado de coisas inconstitucional se revela, de fato, em ativismo judicial, o que, em si, não é contrário à sistemática constitucional em se tratando de implantação de direitos fundamentais e medidas normativas.

Para Campos (2016, p. 225), "na declaração do ECI, as cortes avançam a dimensão de direitos do ativismo judicial nas medidas regulatórias e em políticas públicas em favor da garantia de direitos básicos e, principalmente, do mínimo existencial".

Assim sendo, não será infecunda a declaração do estado de coisas inconstitucional na consecução da garantia de um mínimo existencial, cuja atuação judicial torna-se imprescindível, de forma que coordene as medidas a serem tomadas para um ajuste em matéria ambiental. Nessa perspectiva, não se pode arguir a tese da reserva do possível quando se tratar da garantia do núcleo duro do princípio da dignidade humana, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 745745, na relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 02 de dezembro de 2014 (BRASIL, 2014a).

Ainda, pode ser conferido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 790767/MG, em que decidido pela imprescindibilidade da demonstração da insuficiência de recursos pelo Poder Público, "não sendo admitido que a tese [da reserva do possível] seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social" (BRASIL, 2015a).

Importante ressaltar que não pode o operador do direito ludibriar-se de que uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário em relação às políticas públicas possa resolver todos os problemas, sem tender a desequilibrar a separação de poderes - como bem observa Lucas Pessôa Moreira (201-?, p. 28) -, em uma perspectiva de que "o agigantamento do Poder Judiciário ameaça violar as competências dos poderes Executivo e Legislativo".

Para que não haja uma efetiva instabilidade na separação de poderes, para Campos (2016, p. 225/226) há que se evitar uma dimensão antidialógica, isto é, que afirme uma posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo. Neste caso, estar-se-ia diante de um ativismo judicial extremamente pernicioso.

Ademais, deve-se ter em vista outros dois aspectos que podem ser considerados na conveniência da declaração do estado de coisas inconstitucional: violação às competências dos outros poderes e déficit de legitimidade democrática da decisão. Em contrapartida, destaca-se que caso os demais Poderes Constituídos não exerçam seu papel a contento, o Judiciário, certamente tende a ocupar este espaço, mormente porque no plano da vida real as demandas necessitam de soluções, não podendo o Estado – por qualquer de seus segmentos – ficar alheio aos problemas existentes, e suas consequências.

A temática do ativismo judicial vem ganhando corpo, tanto no plano acadêmico, quanto no plano material, à medida que a sociedade evolui. Contudo, deve-se levar em conta o papel do Poder Judiciário, que mesmo em postura proativa, o que se defende, deve se limitar a seu espaço. Nos dizeres de Henrique da Rosa Ziesemer e João Batista Ocampo Cunha More (2013):

Evidentemente que o objetivo não é transformar o Juiz num ditador de normas, ou num Judiciário Terceiro Gigante, mas sim num instrumento pelo qual os cidadãos e a Sociedade organizada possam se mobilizar para fazer valer os seus direitos, seja na órbita ambiental ou nas mais diversas searas do Direito. (ZIESMER, MORE, 2013).

Pode-se afirmar também que o estado de coisas inconstitucional ambiental vai além da norma e sua aplicação, mesmo em sede constitucional. Trata-se de um valor especialmente vivo, em que a ciência jurídica se vale das ciências biológicas para mapear sua atuação. Isso significa dizer que por mais que surjam leis e que sejam aplicadas dentro de parâmetros e princípios corretamente balizados, de nada valerá se não houver a proteção do meio ambiente nos exatos moldes que outro ramo do conhecimento humano diferentes do direito.

É o apreço da norma e o desprezo da vida isso que faz o estado de coisas inconstitucional ambiental. Nesse viés, colaciona-se, novamente, a doutrina de Henrique da Rosa Ziesemer e João Batista da Cunha Ocampo More (idem):

Especificamente em relação ao direito ambiental, erigido que foi à categoria constitucional, dada a sua importância crucial à preservação do planeta e o risco da extinção deste, é evidenciada ainda mais a superação do aludido modelo hermético legalista, na medida em que não atende mais às demandas da sociedade que está em constante ebulição e em choque entre o desenvolvimento econômico irreversível e a necessidade de manter o equilíbrio ecológico do planeta para as presentes e futuras gerações. (ZIESEMER, MORE, idem).

É possível observar que a discussão sobre o estado de coisas inconstitucional vem ganhando corpo neste País, oxigenado pelas experiências de outras cortes constitucionais latino-americanas. Em face da recente apresentação de arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal que pretende ver declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, haverá de ser enfrentado o tema e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL

A Constituição de 1988 possui uma miríade de dispositivos que visam a assegurar e a promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado – seja em seu aspecto natural, artificial ou cultural –, o qual é adensado por tratados e convenções ratificados pelo País, bem como pela legislação infraconstitucional. O meio ambiente ecologicamente equilibrado grassa no ordenamento jurídico pátrio, quiçá apontando um dos objetivos últimos de desenvolvimento da República, no denominado desenvolvimento sustentável.

O artigo 225 da Constituição prevê as medidas e providências impostas ao Poder Público e à coletividade, aptas a assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Destacam-se as palavras de Édis Milaré (2000, p. 96) sobre a amplitude deste direito:

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver. (MILARÉ, 2000, p. 96).

Por mais importante, o inciso I do referido dispositivo constitucional enuncia a obrigatoriedade de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

A previsão constitucional de defesa do meio ambiente estatui um direito público subjetivo oponível ao Estado, permitindo a todos os legitimados a demandar contra este para que atue na proteção ambiental. Vale frisar a previsão de restauração do bem jurídico meio ambiente, o que demanda atuação positiva do Poder Público e da coletividade, objetivando a reparação dos processos ecológicos essenciais.

Acerca do tema, Paulo de Bessa Antunes (2009, p. 75) traz importante lição que merece ser transcrita: “existe uma obrigação de, na medida do possível, ripristinar as realidades anteriores. O Estado deve se empenhar em estabelecer processos que permitam a recuperação de ecossistemas degradados [...]”.

Nesse prisma, pode-se asseverar que a Constituição da República se preocupa não apenas com a conservação, mas com a restauração dos processos ecológicos, seja o dano proveniente de ato lícito, seja oriundo de fato ilícito, na medida em que não foi estabelecida qualquer distinção.

Observam-se habitualmente várias situações de ilegalidade e de impropriedade ambiental já solidificadas (e não consolidadas juridicamente) ao longo do tempo. Nesse ponto, impende ressaltar o histórico surgimento das cidades brasileiras às margens de cursos hídricos, muito embora configurem locais ambientalmente protegidos. Ao se deparar com essa situação, as instâncias do Ministério Público e do Poder Judiciário são chamadas a se pronunciar.

Não raras vezes se permite a permanência de afrontas ao meio ambiente com sustentação na "situação consolidada", já alicerçadas indevidamente na Lei do “Programa Minha Casa, Minha Vida” (Lei n. 11.977/09), e hoje na Lei de Regularização Fundiária Urbana (Lei n. 13.465/17) e no Código Florestal (Lei n. 12.651/12), que disciplinam as áreas urbana e rural consolidadas.

Contudo, no tocante ao estado de coisas inconstitucional ambiental, às normas jurídicas e à sua aplicação pelo Poder Judiciário, muito embora essas situações solidificadas reflitam suposta expressão do Estado Democrático de Direito, a bem da verdade estar-se-á autorizando uma contínua violação à Constituição da República, mormente infringindo o mandamento de restauração dos processos ecológicos.

A cada norma que se flexibiliza a proteção ambiental em descompasso com a Constituição da República, está-se a perpetuar o estado de coisas inconstitucional ambiental. Os interesses econômicos ditam a pauta ambiental, que cada vez mais fica em

segundo plano. A atividade econômica sustentável, ante a implementação de conceitos de governança, perde espaço para atos normativos que caminham na contramão da Constituição e da agenda ambiental. A leniência da legislação brasileira permite com que infratores ambientais de grande porte sejam compelidos apenas à recomposição dos danos ou à adoção de medidas alternativas, autorizando a atividade originariamente ilegal.

Impende ressaltar que não se deseja a estagnação ou a paralisação do crescimento econômico, mas destacar que este não pode se dar às custas do ataque ao bem jurídico meio ambiente, que é, em última análise, o que protege a todos.

Outro fator que contribui para a continuidade do estado de coisas inconstitucional ambiental é a problemática orçamentária. Sem o devido aparelhamento dos órgãos de fiscalização, em quantidade e qualidade, pouco ou nada adiantam a correção dos rumos legislativos.

Com efeito, o estado de coisas inconstitucional ambiental vem se ampliando, mesmo amparado na lei, inclusive nas omissões. Pode-se disfarçar um dano ao meio ambiente de atividade lícita, inclusive reconhecendo haver graves prejuízos, mas ponderando o meio ambiente equilibrado como valor a ser mitigado.

4. PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Não por acaso o Constituinte de 1988 teve especial preocupação com o meio ambiente, inserindo-o em capítulo próprio, no texto constitucional, como dito alhures. Foi além, pois instituiu, desde o texto original, a responsabilidade de quem o utiliza e de quem o danifica:

Art. 225 [...]

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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. (CRFB, 1988).

No campo dos princípios, a tratar do tema, Édis Milaré (2014, p. 270) traz a baila dois princípios em sede ambiental, quais sejam, os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Segundo o autor, no primeiro:

Busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico, abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. (MILARÉ, 2014, p. 270).

Sobre o usuário-pagador, o mesmo autor aduz:

Funda-se este princípio no fato de os bens ambientais - particularmente os recursos naturais - constituírem patrimônio da coletividade, mesmo que, em alguns casos, possa incidir sobre eles um justo título de propriedade privada. (idem, p. 271)

É evidente que referidos tópicos não objetivam perpetuar ou exaurir o bom, ou o mau uso do meio ambiente, mas sim limitá-los. É justamente o ponto central do presente artigo, quando este uso se torna, perpetuamente "inconstitucional".

A questão do princípio do poluidor-pagador se insere no tema do estado de coisas inconstitucional ambiental, por exemplo, a partir da constatação de que as atividades potencialmente poluidoras são insuficientemente fiscalizadas pelo poder público, trazendo perpétuo descompasso entre os valores ambientais e a norma jurídica. Caso também latente é a questão sanitária urbana, em que há reconhecida deficiência dos organismos municipais, o que, inegavelmente, gera desequilíbrio ambiental pela excessiva emissão de poluentes.

Com efeito, apesar das normas jurídicas existentes, prazos muito elásticos são concedidos aos responsáveis, cujos trabalhos não conseguem dar conta da demanda existente, o que, na prática, desprotege o comando inserto no art. 225 da Constituição, havendo, de fato, expressiva poluição, ora permitida, ora tolerada.

O princípio do poluidor-pagador e a teoria do risco integral têm grande importância para o que será discutido, mormente porque decorrem desses postulados a responsabilidade de reparação por ato lícito e ilícito.

A esse respeito, verifica-se que é irrelevante ser o ato lícito ou ilícito. Não importa, para a análise se, no caso específico, o ato foi devidamente autorizado ou licenciado pela autoridade competente, mas, por mais importante, se este causou ou não dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em julgado exarado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015b), em que foram discutidos os danos ambientais à *ictiofauna* decorrentes da instalação de usina hidroelétrica, consignou-se que, alicerçada na teoria do risco e do princípio do poluidor-

pagador, “é objetiva a responsabilidade civil por danos ambientais, entre os quais se inclui a degradação proveniente de atos lícitos que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas ou afetem desfavoravelmente a biota”.

Evidencia-se, assim, que existem instrumentos, notadamente aqueles presentes ou decorrentes de dispositivos constitucionais, que traduzem axiológica ou normativamente a responsabilidade por danos ao meio ambiente, conformando um equilíbrio entre os princípios, sejam relativos aos direitos fundamentais, sejam relacionados aos princípios gerais da ordem econômica, mormente da livre-iniciativa e do respeito ao meio ambiente.

5. NÚCLEOS URBANOS INFORMAIS CONSOLIDADOS

Faceta do direito ambiental artificial (SILVA, 2011, p. 316), o direito urbanístico desenvolve-se continuamente com o intuito de ordenar a ocupação cidadina, por decorrência dos problemas relacionados à urbanização, que deteriora o ambiente urbano; provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico; modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana (SILVA, 1995, p. 21).

Os núcleos urbanos informais consolidados perfazem parcela da região antropizada da cidade, que são aqueles de “difícil reversão, considerados o tempo de sua ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município”, conforme enuncia o art. 11, inciso III, da Lei n. 13.465/17.

Extraí-se da inteligência do referido diploma que os procedimentos de regularização fundiária, os quais podem identificar as áreas consolidadas, obrigarão o interessado a elaborar laudo ou estudo que identifique ou não essas características, sob pena de não elucidar corretamente as condições urbanísticas presentes. A necessidade da correta identificação das áreas consolidadas faz parte de mecanismos criados para proporcionar a regularização fundiária de assentamentos urbanos, cuja consolidação urbanística é pressuposto para sua esmerada execução.

Não é de todo incomum, por outro lado, deparar-se com situações urbanísticas consolidadas desrespeitadoras das legislações ambiental e de ordenamento territorial,

notadamente ao longo dos cursos d'água e encostas de morros, revelando evidente violação a uma série de preceitos constitucionais.

É nesse contexto que se insere o estado de coisas inconstitucional: a autorização legal de continuidade da ocupação antrópica por meio dos institutos do “núcleo urbano informal consolidado” e da “consolidação urbanística” sem melhorias ou recuperações ambientais vão de encontro à Constituição da República, que obriga não apenas a preservação ambiental, mas também a restauração dos processos ecológicos.

Não há que se considerar se a ocupação foi promovida lícita ou ilícitamente, pouco importando se o crescimento urbano ocorreu dentro dos parâmetros constitucionais pretéritos ou legais, mas se há afronta ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, insculpido no art. 225 da Constituição da República, que aduz sobre a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais.

Exsurge assim a importância da regularização fundiária: se a ocupação das áreas protegidas foi efetivada com infringência das regras e princípios ambientais, especialmente de áreas de preservação permanente, estudo técnico deverá comprovar a melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade, bem como de recuperação de áreas degradadas (art. 11, parágrafos 2º e 3º, da Lei n. 13.465/17). Essa recuperação e esse melhoramento não de ser substanciais, efetivos, de forma que cumpra o disposto na Constituição da República.

Não pode subsistir o entendimento segundo o qual a descaracterização dos componentes ambientais ou a suposta perda da função ambiental - argumento este que é bastante difundido nos repositórios jurisprudenciais do País - desobrigam os responsáveis pela restauração dos processos ecológicos, sob pena de mal ferimento da Constituição.

Além da responsabilidade do executor da regularização fundiária, que é subsidiária, deverá o atual proprietário de imóvel urbano devolver o equilíbrio ao meio ambiente, adotando as medidas necessárias para a restauração dos processos ecológicos, seja da reserva legal, seja da área de preservação permanente, haja vista a reparação do dano ambiental ser obrigação *propter rem*, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013).

Ademais, o parágrafo 3º do art. 225 da Constituição da República dispõe que: “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”, formulando, assim, um dever geral de responsabilização daqueles que causarem danos ambientais.

Não por outros motivos que a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4901 contra dispositivos do Código Florestal (Lei n. 12.651/12), questionando, dentre outros, a consolidação de áreas desmatadas antes das modificações dos percentuais de reserva legal. Ainda que a referida norma maculada por inconstitucionalidade trate de áreas rurais, pode-se utilizar do argumento exposto para também apontar a inconstitucionalidade da previsão de consolidação urbanística sem melhoramentos e recuperações, visto que ambas possuem o mesmo pressuposto de consolidação da situação existente. O julgamento desta ação constitucional, ocorrido em 28 de fevereiro de 2018, declarou a constitucionalidade dos dispositivos contestados que perpetuam o desmatamento em reserva legal.

Verifica-se, portanto, que a atual situação de violação à normativa constitucional de proteção ambiental é generalizada, seja decorrente de normas infraconstitucionais em contrariedade à Constituição, seja em razão de legislações permissivas que ocasionaram a ocupação desordenada e afrontadora ao meio ambiente equilibrado.

Somente restaurando-se ao *status quo* ante que poderá ser removido o estado de coisas inconstitucional em áreas urbanas consolidadas.

6. MECANISMOS DE RESTAURAÇÃO AMBIENTAL

Constatado o estado de coisas inconstitucional em áreas urbano-consolidadas, visualizado pelos graves e constantes desastres ambientais que se difunde no País, quer por inundações, quer por deslizamentos de terras, e não havendo contraposição legislativa e executiva capazes de modificar o status quo, defende-se que a pretensão pode ser apresentada em juízo para a tomada de medidas judiciais.

Nesse contexto, alicerçando-se nas ideias de Júlia Karolline Vieira Duarte e Júlio Gomes Duarte Neto (2016), necessário considerar que:

Somente um remédio estrutural será suficiente para possibilitar a efetividade de direitos fundamentais, cuja tamanha afronta impossibilita sua solução pela atuação de um ou outro órgão, necessitando, para tanto, da atividade conjunta de várias autoridades públicas para ver-se contemplada a tutela prevista na Lei Maior. (DUARTE, NETO, 2016).

Tendo em vista essa conjugação de esforços, a primeira medida possível e necessária à restauração do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direcionada ao Poder Judiciário (o qual não se vincula às suas decisões anteriores), é a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos que consolidam, em áreas urbanas, os danos ambientais, notadamente aqueles inseridos no Código Florestal (Lei n. 12.651/12) e na Lei de Regularização Fundiária Urbana (Lei n. 13.465/17), sem que haja a promoção de concretos melhoramentos e recuperações ambientais.

Nessa mesma esteira, poder-se-ia instar o Poder Legislativo para que atuasse no sentido de conformar a legislação ordinária à Constituição, sofisticando mecanismos de restauração ambiental em áreas consolidadas, notadamente obrigando a Administração Pública (União, estados, Distrito Federal e Municípios) e aqueles que irregular ou clandestinamente degradaram o meio ambiente, a regularizar a situação, mediante, inclusive, reassentamentos.

Ao Poder Executivo poderia competir a obrigatoriedade de diagnosticar as áreas passíveis de regularização, apontando as carências ambientais e urbanísticas do Município, estabelecendo-se prazos para a execução de planos de recuperação de áreas.

Outro ponto importante é o fortalecimento das instituições, órgãos de fiscalização, assim como a diminuição de benefícios a quem infringe a legislação ambiental. Não se está aqui defendendo a criminalização ou aumento de pena em excesso, mas sim a adoção de medidas que desestimulem economicamente o infrator, o que terá um efeito impactante e direto nas atividades de quem pratica ilícitos ambientais, ou principalmente daquele que foi beneficiado pela deletéria consolidação urbanística.

CONCLUSÃO

São variados os exemplos de má utilização do meio ambiente, conforme se observa cotidianamente. É para isto que se chama atenção o estado de inconstitucionalidade. As normas ambientais, seguramente desde a edição da Constituição, vêm sendo cada vez mais permissivas, ao passo que os mecanismos de controle e de punição esbarram, via de regra, em entraves processuais, na complexidade do sistema jurídico, e, sobretudo, da ainda falta compreensão sobre as graves consequências do mau uso do meio ambiente, o que traz

penalidades baixas, e sobretudo, uma grande tolerância de natureza pessoal aos infratores ambientais.

Note-se que o Estado está submetido à Constituição, dele devendo guardar obediência. O Estado de Direito deve se submeter às normas por ele criadas, respeitando os direitos e garantias individuais, políticos, sociais e coletivos.

As chamadas áreas consolidadas são situações fáticas instaladas no meio ambiente artificial, para uso e gozo do homem, em afronta à legislação e aos valores ambientais, mas por estarem inseridas no contexto real há tanto tempo, que sua reversão acaba sendo usada de argumento para a perpetuação da afronta, ou mesmo, para seu incentivo.

O Supremo Tribunal Federal, retirado de sua inerente inércia processual, sob o fundamento do estado de coisas inconstitucional, poderá harmonizar os trabalhos contra a massiva violação do direito ambiental, em sua faceta artificial, buscando as correções que se fizerem necessárias para restauração do meio ambiente.

A necessidade de concretização dos direitos fundamentais força o Poder Judiciário a tomar medidas contra majoritárias, as quais são inerentes ao regime democrático, em contraposição a decisões que vulneram o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, evidencia-se com o presente estudo que é imperiosa a decretação do estado de coisas inconstitucional frente às áreas urbanas consolidadas, compelindo o Poder Público a tomar as medidas para reversão da situação ambiental em área antropizada e objetivando o auxílio aos demais poderes constituídos na tomada de decisão em relação a políticas públicas e iniciativas legislativas. Sendo assim, o que se alerta ao mundo jurídico é a necessidade da realização e concretização da Constituição, tornando-a eficaz, inclusive sob o aspecto do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.425/DF, Min. AYRES BRITTO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 12/03/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg o AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 117.202/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 30/11/2015.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Recurso de hecho. Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus. Disponível em <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/recurso-de-hecho-verbitsky-csfn.pdf>>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

COLOMBIA. Tribunal Constitucional. Sentencia T-153/98. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>> Acesso em 22 de abril de 2016.

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia T-025/04. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> Acesso em 22 de abril de 2016.

DELGADO, Sara Esteban. *La corte suprema argentina se pronuncia sobre situación penitenciaria*. Disponível em <<http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2005/05mayo/19/nota17.htm>> Acesso em 2 de dezembro de 2016.

DUARTE, Júlia Karolline Vieira; NETO, Júlio Gomes Duarte. *O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): o remédio estrutural para a efetivação dos direitos fundamentais perante um diálogo entre os Poderes da União*. Revista da Esmal, n. 1, 2016; Disponível em <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/25/11>> Acesso em 16 de novembro de 2016.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Lucas Pessoa Moreira. *O estado de coisas inconstitucional e seus perigos*. Disponível em <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf> Acesso em 28 de novembro de 2016.

PERU. Tribunal Constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03426-2008-PHC/TC. Disponível em <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>> Acesso em 22 de abril de 2016.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;
STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em 22 de abril de 2016.

ZIESEMER, H.R.; MORE, J. B. C. O. *O papel do juiz na defesa do meio ambiente*. In: Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu; Márcio Ricardo Staffen; Paulo Márcio Cruz; Pedro Manoel Abreu. (Org.). *Direito, Processo e Política: Aportes Hermenêuticos*. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.