

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANDERLEI CONCI

**A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL COMO DIREITO  
FUNDAMENTAL DIFUSO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

Chapecó (SC), 2012.

VANDERLEI CONCI

**A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL COMO DIREITO  
FUNDAMENTAL DIFUSO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,  
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção  
do título de bacharel em Direito, sob a orientação do  
Prof. Me. Reginaldo Pereira

Chapecó (SC), junho 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL COMO DIREITO  
FUNDAMENTAL DIFUSO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

VANDERLEI CONCI

---

Prof. Me. Reginaldo Pereira  
Professor Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Laura Cristina de Quadros  
Coordenadora do Curso de Direito

---

Prof. Me. Robson Fernando dos Santos  
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), junho 2012.

VANDERLEI CONCI

**A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL COMO DIREITO  
FUNDAMENTAL DIFUSO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

---

Prof. Me. Reginaldo Pereira – Presidente

---

Prof. Rodrigo da Costa Vasconcelos – Membro

---

Membro

Chapecó (SC), junho 2012.

Ao meu filho, Vincenzo Emanuel, com meu desejo e empenho para que a sua geração  
receba da minha um planeta melhor.

## AGRADECIMENTOS

À Kassiana, pela parceria, cumplicidade e o amor. E pelo presente que, com a benção de Deus, me deu: Vincenzo Emanuel.

À Vovó Zélia, pela assessoria e apoio.

Ao Alisson, pela mão amiga.

À minha família: Pai, Mãe, Gi, Luiz, Thiago, Emília, Emiliano, Noi, Marine e Hiago, pela alegria da convivência.

Ao Reginaldo, pelo privilégio da orientação e o prazer da amizade.

Ao Rodrigo, pela amizade.

Aos colegas do Curso, pelo companheirismo.

Aos meus professores da Unochapecó, pela formação acadêmica, ética e moral.

*“O homem só envelhece quando os lamentos  
substituem seus sonhos.”*

(Autor desconhecido)

## RESUMO

Título. A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL. Vanderlei Conci.

Reginaldo Pereira (ORIENTADOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) O meio ambiente equilibrado e saudável para as presentes e futuras gerações tem sido uma grande preocupação de toda sociedade. O direito, por ser a principal das ciências que deve estar presente em todas as demais, não poderia silenciar ou deixar de regulamentar as ações humanas voltadas à utilização ou preservação ambiental. (OBJETIVOS) O trabalho tem como objetivos analisar o direito ambiental sob vários aspectos, desde sua importância dentro das teorias de direito, onde o percebemos como direito humano fundamental, as complexidades que envolvem um Estado de Direito Ambiental, as competências legislativas em sua matéria e por fim, a análise de institutos jurídicos que interferem cotidianamente nas ações do Estado e da sociedade, tais como a Lei Complementar 140/11 e o Estatuto das Cidades. (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa vincula-se ao Eixo Temático do Curso de Direito da Unochapecó denominado Direito Fundiário e Ambiental. (METODOLOGIA) O aprofundamento teórico do estudo baseou-se na pesquisa bibliográfica, consistindo na análise de legislação e doutrinas, utilizando-se o método de abordagem dedutivo durante todo o seu desenvolvimento. (CONCLUSÃO) Conclui-se do presente trabalho que um enorme caminho deve ser percorrido até a efetiva preservação ambiental em nossa sociedade. O direito, por sua vez, não pode eximir-se da sua cota de responsabilidade, por ser o legitimador das ações e da tomada de decisões humanas. Os institutos jurídicos que se destinam a tutela ambiental vêm sendo aprimorados, introduzindo novos paradigmas de seu alcance. A sociedade, por sua vez, parece estar acordando para a necessidade de ações conscientes e responsáveis, a fim de alcançar o objetivo da preservação ou o que for mais perto disso. Não basta saber que meio ambiente temos, as ações devem voltar-se para o meio ambiente que queremos ter e que deixaremos para nossos filhos, netos, etc. (PALAVRAS-CHAVE) Meio Ambiente, Estado de Direito Ambiental, Direito Fundamental, Competência Legislativa, Lei Complementar, Estatuto das Cidades.

## ABSTRACT

Title. THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT ARTIFICIAL AS A DIFFUSE FUNDAMENTAL RIGHT IN THE STATE OF ENVIRONMENTAL LAW. Vanderlei Conci.  
Reginaldo Pereira (ADVISOR). (Chapecó Region Community University – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUCTION) The balanced and healthy environment for present and future generations has been a major concern of all society. The right to be the main science that must be present in all the others, could not silence or failure to regulate human actions directed to the use or environmental preservation. (OBJECTIVES) The research aims to analyze the environmental law in several respects, from its importance in the law theories, where it is perceived as a fundamental human right, the complexities involving a State of Environmental Law, the legislative competence in its area and finally, the analysis of legal institutions that interfere in the daily actions of the State and society, such as the Complementary Law 140/11 and the Statute of the City. (THEMATIC AXIS) The research is linked to the thematic axis of Law School at Unochapecó called the Land and Environmental Law. (METHODOLOGY) The theoretical study was based on the bibliographic search, consisting in the analysis of laws and doctrines, using the deductive method throughout its development. (CONCLUSION) We conclude from this work that a long route must be followed to effective environmental protection in our society. The law, in turn, can not evade its share of responsibility, for being the actions and human decisions making legitimator. The legal institutions aimed at environmental protection have been improved, introducing new paradigms of their reach. The society, in turn, seems to be awakening to the need for awareness and responsible action, in order to achieve the goal of preserving or what is closer to that. It is not enough to know what kind of environment we have, the actions must turn to the environment that we want to have and we will leave to our children, grandchildren, etc. (KEYWORDS) Environment, State of Environmental Law, Fundamental Right, Legislative Competence, Complementary Law, Statute of the City.

**LISTA DE ABREVIATURAS**

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DH – Direitos Humanos

EDA – Estado de Direito Ambiental

EDD – Estado Democrático de Direito

LC – Lei Complementar

**LISTA DE APÊNDICES**

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA .....	71
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA .....	73

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>CAPÍTULO I</b> .....	16
<b>1 MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DE TERCEIRA DIMENSÃO, ESTADO DE DIREITO, E ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL</b> .....	16
1.10 DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS BRASILEIRO.....	16
1.1.1 Primeira Dimensão de Direitos.....	21
1.1.2 Segunda Dimensão de Direitos.....	22
1.1.3 Terceira Dimensão de Direitos.....	25
1.2 ESTADO DE DIREITO .....	29
1.2.1 Estado de Direito - experiências formadoras de um modelo geral.....	30
1.2.1.1 O Rechtsstaat.....	30
1.2.1.2 O Rule of Law Inglês .....	31
1.2.1.3 O O Rule of Law Norte-Americano.....	32
1.2.1.4 O L'État de droit .....	32
1.2.1.5 Os perfis distintos das experiências de Estado de Direito – uma teoria coerente e unitária.....	33
1.3 ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL .....	36
1.3.1 O Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro.....	37
1.3.2 Princípio da Precaução e Princípio da Prevenção.....	38
<b>CAPÍTULO II</b> .....	42

<b>2.COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL, LEIS DECORRENTES, A CIDADE COMO BEM AMBIENTAL E SUA SUSTENTABILIDADE.....</b>	<b>42</b>
2.1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL .....	42
2.2 A LEI COMPLEMENTAR 140/11 COMO INSTRUMENTADORA DA COOPERAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS .....	47
2.3 DIREITO DAS CIDADES SUSTENTÁVEIS NO ÂMBITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL.....	53
2.3.1 A cidade como bem ambiental .....	53
2.3.2 A tutela constitucional da cidade no âmbito do Meio Ambiente Artificial .....	57
2.3.3 O Estatuto da Cidade como mais importante norma regulamentadora do Meio Ambiente Artificial .....	58
2.3.4 A garantia do direito às cidades sustentáveis como diretriz geral vinculada aos objetivos da Política Urbana .....	60
2.3.4.1 Direito à Terra Urbana .....	60
2.3.4.2 Direito à Moradia .....	60
2.3.4.3 Direito à Saneamento Ambiental .....	61
2.3.4.4 Direito à Infra-Estrutura Urbana .....	61
2.3.4.5 Direito ao Transporte .....	61
2.3.4.6 Direito aos Serviços Públicos .....	62
2.3.4.7 Direito ao Trabalho .....	62
2.3.4.8 Direito ao Lazer .....	62
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>
<b>APÊNDICES.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

A crescente preocupação com a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, o papel do Estado frente esse direito, que é também obrigação de todos, a posição de direito fundamental a que fora elevado o meio ambiente na Constituição Federal de 1988 e legislação infra, as competências legislativas em matéria ambiental e os institutos jurídicos que tutelam esse direito e legitimam as ações e tomadas de decisões humanas. Todas essas questões são objeto do presente trabalho, que dividido em dois capítulos, busca um apanhado histórico e conceitual, esclarecendo dúvidas e provocando um (re) pensar.

A Constituição Federal de 1988 prevê que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Tem-se, a partir dessa ordem constitucional, que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito elevado ao status de direito fundamental. A obediência à referida norma constitucional, impõe tanto ao indivíduo quanto ao agente público, a obrigatoriedade de um agir pautado na sua preservação e proteção.

No entanto, na prática, a ordem constitucional por vezes entra em conflito com outros interesses e deixa de ser observada, gerando inúmeras dificuldades de aplicabilidade dos institutos jurídicos voltados à sua tutela. Por mais complexo que seja o tema, não é possível refutar-se à sua análise e discussão, pois delas derivam a efetividade dos institutos jurídicos positivados e, como consequência, a preservação ambiental pela tomada de decisões, não só dos agentes públicos, mas também da coletividade.

Nesse contexto, o primeiro capítulo aborda questões históricas, conceituais e jurídicas concernentes ao Estado de Direito (e a opção brasileira pelo Estado Democrático de Direito), ao Estado de Direito Ambiental e, por fim, apresenta uma análise dos Direitos Humanos, abordando o direito ao meio ambiente como direito de terceira dimensão.

O segundo capítulo analisa as competências constitucionais em matéria ambiental, a Lei Complementar 140/11 e o Estatuto da Cidade, que enquadra a cidade como bem ambiental e direciona as ações públicas na busca das cidades sustentáveis.

O presente trabalho enquadra-se no eixo temático de Direito Fundiário e Ambiental do Curso de Direito da Unochapecó. A pesquisa foi desenvolvida através da pesquisa bibliográfica e obedeceu ao método dedutivo, que se trata de técnica argumentativa, partindo do geral para o específico.

## **CAPÍTULO I**

### **I MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA DIMENSÃO, ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

No presente capítulo serão abordados aspectos conceituais, históricos e jurídicos de institutos e expressões que se mostram essenciais ao desenvolvimento do presente trabalho, tais como: Direito Ambiental como Direito Humano de Terceira Dimensão, Estado de Direito e, finalmente, o Estado de Direito Ambiental.

#### **1.1 O DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

O aparecimento, desenvolvimento e evolução dos direitos ao longo dos tempos é tema que enseja inúmeras e infundáveis discussões jurídicas, morais, éticas, comportamentais e também científicas. As ideias da filosofia iluminista inspiraram as declarações de direitos do século XVIII, que constituem um marco quando nos referirmos aos direitos humanos.

A doutrina jusnaturalista desenvolveu-se através das teorias contratualistas da origem (contratual) do Estado<sup>1</sup>. O jusnaturalismo é referência para a existência de direitos fundamentais inerentes ao homem, manifestados por meio da razão e que devem ser garantidos pelo direito positivo do Estado (direito natural laico). E, constituiu-se na doutrina de base das declarações desta época, que afrontaram o regime absolutista<sup>2</sup> e manifestaram de modo solene os direitos fundamentais dos indivíduos.

A primeira declaração de direitos deu-se na América do Norte, na ainda colônia de Virgínia, a “Declaração do Bom Povo de Virgínia em 1776 (antes da “Declaração de Independência dos Estados Unidos” que ocorreu naquele mesmo ano). Em seguida e não menos importante a “*Bill of Rights*” (Declaração de Direitos) de 1791<sup>3</sup>.

A mais famosa das declarações é a francesa, de 26 de Agosto de 1789, que embora tenha sido precedida pela Norte-Americana, trouxe consigo os princípios que serviram de fonte de inspiração ideal aos povos que lutavam por liberdade (BOBBIO, 1992, p. 129). A “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, está em vigor na França, integrando o chamado “*bloc de constitutionnalité*”<sup>4</sup>, em face ao qual opera o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional (FILHO, 1998, p. 19). Durante um século e meio ela foi, por excelência, o modelo para as demais declarações, merecendo ainda hoje respeito daqueles que se preocupam com os direitos do homem e do cidadão.

Esta declaração trouxe ao mundo uma nova concepção de direitos humanos, onde o homem passa a ter capacidade de agir, de acordo com sua vontade, e a ter o dever de assumir as consequências de seus atos. Marca o início de uma longa caminhada que inicia no reconhecimento, passa pela fundamentação, proclamação, positivação, proteção e termina na efetiva realização desses direitos.

---

<sup>1</sup> A metáfora “contrato social” foi utilizada pelo inglês Thomas Hobbes, para explicar a origem “contratual” do Estado. Também por John Locke, inglês considerado contratualista que, trouxe, porém, ideias distintas das de Hobbes.

<sup>2</sup> Onde destacamos as contribuições de Jean-Jacques Rousseau, (na obra “Contrato Social”).

<sup>3</sup> Ratificada neste ano essa declaração já havia sido aprovada desde 1789, com dez emendas à Constituição Federal (Norte Americana) de 1967.

<sup>4</sup> A doutrina francesa contemporânea usa esta expressão para designar o conjunto de regras de “valor constitucional” aplicadas pelo Conselho Constitucional no controle dos projetos de lei a ele submetidos.

Nesse sentido, o maior avanço foi a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que aconteceu em 1948. Sem dúvida, o reconhecimento, a proteção e a ampliação dos direitos do homem indicaram a sociedade em transformação e caracterizou a passagem do homem, de súdito para cidadão, com a formação do Estado Moderno.

As referidas Declarações não tinham, nem poderiam ter em seu conteúdo, todos os direitos do homem. O que elas possuem, na verdade, são os direitos do homem histórico, tal como este era configurado na mente daqueles que as redigiram e proclamaram.

Assim sendo, fica latente que os direitos nela proclamados, na verdade, são direitos fruto das necessidades, liberdade e realidade de cada época.

Não precisamos nos esforçar para observar que o avanço social, científico e tecnológico trás consigo constantes mudanças e, conseqüentemente, novas necessidades, liberdades e poderes. Motivo mais do que suficiente para que não só as declarações, mas o próprio direito esteja em constante aperfeiçoamento. Este aperfeiçoamento só é possível com a articulação e atualização das normas jurídicas de modo a buscar fórmulas legais que possam suprir as demandas sociais.

Como ensina Bobbio,

além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. Causa espanto que, de modo geral, haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples (BOBBIO, 1992, p. 41).

Bobbio chama atenção para a necessidade de muito mais do que a fundamentação, promulgação ou proteção de direitos. Entende Bobbio que o problema da realização dos direitos fundamentais não é filosófico ou moral, mas sim dependente de um desenvolvimento a sociedade que “desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica” (BOBBIO, 1992, p. 45).

O problema não é recente, ele surgiu no início da era moderna, com as teorias jusnaturalistas, mas a verdade é que só depois da Segunda Guerra Mundial é que os direitos do homem passaram a ser discutidos internacionalmente.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trouxe algumas características especiais para os direitos nela elencados. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, estas características especiais, consistem em dizer que os direitos declarados são:

*Naturais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis, individuais e universais.* *Naturais* porque declaração pressupõe preexistência, justificativa para considerar os direitos declarados como derivados da natureza humana. *Abstratos* porque são vinculados à natureza do homem, e não apenas aos franceses, ingleses, brasileiros, etc. *Imprescritíveis* porque não se perdem com o passar do tempo, são sempre direitos do homem. São *inalienáveis* porque ninguém pode, nem quer, abrir mão da própria natureza. *Individuais*, porque cada homem é titular de seus direitos, podendo exercê-lo de forma individual. Por todas essas razões, são direitos *universais*, pertencendo a todos e devendo ser respeitados por todos (Grifos no original) (FERREIRA FILHO, 1998, p. 22).

Partindo dessas características novas, concedidas aos direitos humanos, cada povo, com suas particularidades passou a discutir seus direitos de forma mais efetiva. Essa discussão universal, que se estende até os dias atuais, proporciona que cada povo tenha o seu conceito, a sua moral sobre o que sejam e como se concretizam os direitos humanos. A moral sempre foi observada mais pelos deveres do que pelos direitos. Sempre foi considerado mais o ângulo da sociedade (coletividade) que o lado do cidadão (individualidade). As declarações de direitos estavam incumbidas da missão de inverter esta imagem. Com o passar do tempo, esta missão vem sendo cumprida não só pelas proclamações cada vez mais claras de direitos individuais, coletivos e difusos, como também pela implementação das políticas públicas que visam a proteção de direitos históricos (BOBBIO, 1992, p. 54-55).

Hoje, observada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, percebe-se que ela afirma ser o cidadão detentor de direitos fundamentais e que os Estados têm obrigação de garantir esses direitos.

O homem passa a ser reconhecido como sujeito de direito sobre as coisas e capaz de intercambiar bens com outros sujeitos econômicos, dotados da mesma capacidade. Essa essência do Estado de Direito, onde o cidadão passou a ter, em relação ao estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. É com o Estado de Direito que se torna possível um estudo sobre a evolução das sociedades e, conseqüentemente dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem abre espaço para uma discussão que está a cada dia mais atual, uma vez que coloca o indivíduo (e não só o Estado) como *sujeito singular* do direito internacional, tornando esse direito não de todas as *nações*, mas sim de todos os *indivíduos* (Grifos no original) (BOBBIO, 1992, p. 139).

Os direitos humanos, com o passar do tempo foram evoluindo e, para fins didáticos, classificados em gerações<sup>4</sup> ou dimensões. Com o intuito de contextualizar melhor essas gerações ou dimensões convém que se faça um breve histórico<sup>5</sup>.

### **1.1.1 Primeira dimensão de direitos**

Essa fase é caracterizada por classificar os direitos enunciados, em duas grandes categorias: as liberdades e os poderes, que podem ser traduzidos em Direitos Civis (ou de

---

<sup>4</sup> Bobbio, Norberto, utilizava a expressão “geração de direitos”, no entanto, atualmente, a maioria da doutrina considera que geração pode passar a ideia de sobreposição de uma à outra, quando na verdade os direitos são simultâneos. Nesse contexto, a expressão mais apropriada tem sido “dimensão de direitos”, adotada no presente trabalho.

<sup>5</sup> Autores, como Bobbio, classificam os direitos humanos em cinco dimensões. Sendo a quarta referente aos biodireitos e a quinta os direitos cibernéticos. Porém, pela conveniência do trabalho, e por ser doutrina dominante, adotaremos a divisão em três dimensões.

Liberdade) e Direitos Políticos. São os direitos que valorizam o homem singular, o homem das liberdades abstratas que compõe a sociedade civil, na linguagem jurídica mais usual.

A Declaração de 1789 proclamou estas liberdades como capacidade de agir, independentemente da intervenção do Estado, ou seja, agir de acordo com sua vontade. Esta liberdade só poderia ser restringida pela lei, desde que esta tivesse a finalidade de proteger direitos de outro cidadão.

Os poderes estão relacionados ao fato do homem poder participar no exercício do Poder Político, escolhendo seus representantes, podendo pedir prestação de contas do dinheiro público, etc. São alguns exemplos: escolher seus representantes, de consentir no imposto e controlar a aplicação do dinheiro público, pedir contas da atuação do agente público.

Nesse momento histórico, se teve um cuidado especial com o “papel da lei” e com o “princípio da isonomia”. A lei tinha o papel de instrumento coordenador do exercício dos direitos fundamentais por todos os homens, evitando os conflitos. Entendida como a expressão da vontade de todos, a lei não poderia, portanto, ser fruto arbitrário da vontade do legislador.

Outro elemento essencial desta Declaração é o *princípio da isonomia*, ou seja, o princípio da igualdade perante a lei. Com este princípio a declaração ratifica a abolição dos privilégios e estabelece a igualdade dos homens perante a aplicação do direito e da justiça. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “está nisto, sem dúvida, uma das principais revoluções da Revolução Francesa” (FERREIRA FILHO, 1998, p. 27).

Sob o aspecto do Estado, esses primeiros direitos reconhecidos foram chamados de “negativos”, ou direitos de liberdade negativa, justamente porque não exigiam uma atuação positiva do Estado, que se abstinha em favor da garantia de liberdade dos indivíduos com relação ao poder público. Ocorre que com um Estado não-intervencionista, limitado pelas garantias de liberdade, a própria igualdade foi, aos poucos, se tornando uma igualdade formal

perante a lei. Assim, nasceu a necessidade de se buscar formas de efetivar a liberdade e a igualdade, mas de maneira mais concreta.

### **1.1.2 Segunda dimensão de direitos**

Esta dimensão de direitos humanos é representada pelos *direitos econômicos e sociais*, que não excluem, nem negam as liberdades públicas, mas juntam-se a elas.

Para entender esta dimensão de direitos é necessário que se tenha em mente a caracterização da sociedade daquela época. Ao término da Primeira Guerra Mundial, simultaneamente ao desenvolvimento do liberalismo econômico, motivado pela livre iniciativa num mercado concorrencial, percebeu-se um acréscimo muito rápido de riquezas. Mas, esta riqueza ficou acumulada nas mãos de poucos grupos, enquanto grande parte da sociedade ficou desamparada e em condições de miséria. (BOBBIO, 1992, p. 87-88).

Com o desenvolvimento tecnológico, a mão-de-obra foi cada vez menos necessária, gerando uma grande massa de desempregados. Aqueles que conseguiam manter seu emprego tinham seus salários nada compensadores.

A jornada de trabalho era de 16 a 18 horas, não havia férias, nenhum tipo de benefício social, mulheres e crianças eram jogadas nas fábricas (porque eram mão de obra mais barata) os ambientes de trabalho sujos e desagradáveis (SAUWEN e HRYNIEWICZ, 1997, p.50).

A classe operária, cada vez mais marginalizada e à margem dos benefícios da sociedade, se revolta contra os ricos e poderosos. Tal situação era uma ameaça gravíssima a estabilidade das instituições liberais, portanto, à continuidade do processo de desenvolvimento econômico. Era urgente a necessidade de superar tal situação, e isso “suscitou uma batalha intelectual e política” (FERREIRA FILHO, 1998, p. 43).

Nesta fase, o sujeito passivo desses direitos é o Estado, pois é considerado o responsável pelo atendimento aos direitos sociais. Conceitos de ordem ética e social foram acrescidos às normas jurídicas, possibilitando que estas acompanhassem o ritmo da economia de mercado e a nova realidade do trabalhador, afim de que este possa se beneficiar desses novos direitos.

Pode-se afirmar com tranquilidade que esta dimensão ou geração de direitos vem marcada pela “questão social” que levava à necessária intervenção do Estado. Principalmente diante da situação vivida pelos trabalhadores e devido à ação dos sindicatos e partidos, tal contexto levou à difusão do pensar o Estado em um plano mais coletivo do que individual (e de direitos naturais). Sendo que o próprio regime capitalista sofria alterações nesta época com a formação de trustes e cartéis.

Frente essas mudanças os direitos humanos passaram a ser entendidos de modo mais coletivo e social e essa transformação sucedeu com a Revolução Mexicana (1910), a Constituição de Weimar (1919), o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1919), e, especialmente com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) que passou a considerar os direitos humanos como internacionais e norteadores das ações dos países membros.

O avanço nesta direção culminou com a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada por quarenta e oito Estados, no dia 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas.

Somente depois da Declaração universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. (BOBBIO, 1992, p. 28)

A partir daí, a criação do “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (1966)<sup>6</sup> que considerou o papel do Estado enquanto promovedor dos direitos e garantias passando a um caráter mais social do que individual ou coletivo.

---

<sup>6</sup> Que entrou em vigor em 1976. Também em 1966 o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.

O reconhecimento dos direitos sociais surge justamente devido às transformações sociais onde se revelaram novos sujeitos de direito reclamando, além da efetividade dos já reconhecidos, novos direitos que se faziam necessários a partir dessas transformações.

Isso aconteceu com uma mudança na estrutura do Estado, pois a ele era reclamada uma nova postura, agora ativa e intervencionista, para assegurar as condições que a realidade social da época, mais complexa, exigia. Assim emergiu a necessidade de prestações sociais por parte do Estado e, às liberdades negativas somou-se uma atuação positiva. A liberdade “perante” o Estado foi substituída pela liberdade “através” do Estado. (BOBBIO, 1992, p. 32-33).

Aos direitos individuais tradicionais que consistem em “liberdades” – nos quais o que se verifica é um não-agir do Estado e uma abstenção dos outros a determinados comportamentos e, por isso, chamados negativos – agregam-se, somam-se os direitos sociais, que consistem em “poderes”, visto que só podem realizar-se quando impõe-se a outros, inclusive ao poder público, determinadas obrigações positivas. (BOBBIO, 1992, p. 21).

O Estado Social, ou Estado Interventor, Estado-Providência, Estado do Bem-Estar Social, *Welfare-State*, previu esses direitos – ao trabalho, à saúde, à educação – que complementaram os de primeira dimensão à medida em que buscaram assegurar condições para o pleno exercício dos primeiros.

Por isso, os denominados direitos econômico-sociais e culturais, da segunda geração/dimensão, são chamados direitos de crédito, encarados como direitos que se tornam reais, direitos formais, consoante buscam garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo. (LAFER, 2010, 127).

Na Constituição Brasileira de 1988, isto está posto de forma clara e objetiva no texto dos seguintes artigos: no que diz respeito a “propiciar a proteção” à saúde- 196, à educação –

205, à cultura 215, dever do estado “fomentar” o desporto – 217, *caput*, e ao turismo – 180. Da mesma forma, no que diz respeito ao socorro da previdência social ao desempregado – art. 201, IV. Estes artigos proporcionam uma espécie de “prestação de serviços” feita pelo estado ao cidadão (como é o exemplo do serviço escolar, sanitário hospitalar, desportivos, etc.) e, na impossibilidade de prestação de serviços, satisfazer o direito por uma prestação indireta, uma contrapartida em dinheiro (seguro desemprego).

A filosofia desenvolvida por esta dimensão de direitos humanos é a necessidade de haver solidariedade, cooperação e apoio mútuo entre os membros da sociedade. A segunda dimensão foi marcada por uma tendência para a socialização do direito e, enquanto tal produziu o Direito do Trabalho e o Direito Tributário. (SAUWEN e HRYNIEWICZ, 1997, p. 53).

### **1.1.3 Terceira dimensão de direitos**

A consciência social, não no que se refere à vida, à liberdade ou aos direitos sociais, mas sim em relação à *qualidade de vida* e à *solidariedade*, fez com que nascesse a chamada terceira dimensão de direitos humanos.

Esse conceito de direito se desenvolveu a partir da década de 70 e chegou ao Brasil no fim dos anos 80, com o intuito de transformar o direito num instrumento de fato a serviço do bem-estar social do homem, protegendo os interesses e direitos “metaindividuais”<sup>7</sup>.

Os direitos de terceira dimensão são aqueles que, na história dos direitos humanos, rompem nitidamente com o caráter de singularidade/individualidade, sendo direitos de coletividades, grupos de indivíduos ou da totalidade dos seres humanos.

O mais importante dos direitos reivindicados nesta dimensão é o direito de viver num ambiente não poluído, reclamado pelos movimentos ecológicos (BOBBIO, 1992, p. 06). Por

---

<sup>7</sup> Direitos Metaindividuais importa em dizer que são interesses e direitos individuais, porém tratados com uma dimensão coletiva. (SAUWEN, e HRYNIEWICZ, 1997, p.54).

isso dissemos que os direitos humanos desenvolvem-se de acordo com as aspirações do próprio ser humano em determinada época, contexto, circunstância.

A Carta das Nações Unidas em 1945 estabeleceu, dentre tantos outros, o princípio da autodeterminação dos povos, referido também nos Pactos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e sobre Direitos Cívicos e Políticos. Mas a chegada da “guerra fria” e, portanto, da divisão do mundo no bloco ocidental capitalista (EUA) de um lado e no Comunista (Ex-URSS) de outro, demonstrou que próximo às ideias democráticas encontrava-se a insegurança de conflitos cada vez mais complexos relativos a determinados grupos étnicos, religiosos, etc, ou à até mesmo à (aniquilação da) humanidade. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 64).

Tal insegurança, aliada a situação do segundo pós-guerra, com a vinda de novas tecnologias, empresas transnacionais, etc., produziu reflexos nos Direitos Humanos e conduziu os países às regras de cooperação para a pacificação; uma nova divisão do mundo, a dos países desenvolvidos (Norte) sobre os países “sub” desenvolvidos (Sul). O que deixava claro que a questão da autodeterminação se apresentava muito difícil àqueles países que sequer tinham condições de arcar com os compromissos de manter a realização dos direitos de segunda dimensão (que, por si, já são de difícil manutenção).

Os países subdesenvolvidos reivindicam, no âmbito Norte/Sul, direito ao desenvolvimento numa nova ordem econômica internacional; assim como foram sendo elaborados, no sistema da ONU, outros direitos de titularidade coletiva, como o direito ao meio ambiente.(LAFER, 1999, p. 131).

É desse contexto que surgem esforços em alcançar os ideais de solidariedade/fraternidade e cooperação na comunidade internacional, que defendia um esforço conjunto, não somente para uma convivência pacífica, senão para com a perpetuação da vida no planeta.

Por isso, a terceira dimensão é a que defende o direito dos povos ou direitos de solidariedade ou ainda, fraternidade, onde unem-se aos direitos individuais, coletivos e

sociais, aos direitos transindividuais que, inclusive, alteram os anteriores e implicam esforços, não somente regionais, mas globais para serem efetivados.

Estes direitos se distinguem em direitos *difusos* e *coletivos*. O que diferencia um do outro é o elemento subjetivo. Os direitos *difusos*,

não se fundando em qualquer vínculo jurídico, baseiam-se exclusivamente sobre dados de fato, genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis; como habitar a mesma região, consumir iguais produtos, sujeitar-se a particulares empreendimentos. A indeterminação – ou dificuldade de determinação é aqui muito grande, e por isso os interesses se espalham por todo um lugar, sem possibilidade de indicação precisa dos titulares. (GRINOVER, 2006, p. 446)

São considerados como principais direitos desta dimensão os seguintes: direito à *paz*, direito ao *desenvolvimento*, direito ao *meio ambiente* e o direito ao *patrimônio comum da humanidade*. Alguns doutrinadores juntam a estes, o direito dos *povos a dispor deles próprios* (direito à autodeterminação dos povos) e o direito à *comunicação*. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 69).

Estes direitos podem ser vistos como direitos individuais ou coletivos, dependendo da situação e circunstâncias que são exigidos. Outro ponto importante é que estes direitos podem facilmente colidir e serem contraditórios entre si. Exemplificando: o direito a autodeterminação pode colidir com o direito à paz, o direito ao meio ambiente, com o direito de patrimônio comum ou ao direito de desenvolvimento, etc.

O fundamento mais forte desses direitos, sem dúvida alguma, é a solidariedade e, de forma especial, a sociedade entre os povos, tendo em vista seu alto teor de humanismo e universalidade.

O Direito Ambiental e o Direito do Consumidor constituem as grandes produções da terceira dimensão de direitos do homem. Ao lado dessas duas grandes produções, houve também uma maior manifestação de preocupação com os Direitos da Mulher, os Direitos da Criança e os Direitos dos Idosos (Terceira Idade).

Na realidade, a formulação de novos direitos será sempre um processo sem fim, de tal modo que quando um sistema de direitos se torna reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas.

Aspira-se desta terceira dimensão um compromisso maior para com nossos descendentes, os futuros habitantes do planeta. E, por isso, pode-se afirmar que transformam os direitos de primeira e segunda dimensão, adaptando-os à nova realidade. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 79).

Importa verificar como esse direito fundamental está posto no ordenamento jurídico brasileiro e, para tanto, compreender o próprio Estado de Direito.

## 1.2 O ESTADO DE DIREITO

A sociedade brasileira, na Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, optou por um Estado Democrático de Direito, no qual todos os cidadãos têm direitos assegurados. No entanto, até chegar aqui, a trajetória da construção desses direitos é longa e merece ser, mesmo que rapidamente, observada no presente trabalho.

A observação passa pela análise do surgimento do positivismo jurídico até o momento atual vivido. Nesse sentido, importa salientar Norberto Bobbio (1995, p. 117) que afirmou que a grande dificuldade de pensadores daquela época, como Austin e Bentham, ao tentar promover a codificação, não estava no plano teórico, mas sim em como defendê-la, elaborando um procedimento que lhe assegurasse uma realização eficaz.

Para Bobbio (1995, p. 131-133), as características fundamentais do positivismo jurídico podiam ser resumidas em sete pontos ou questionamentos: (i) o direito é fato e não valor – a validade de uma norma depende de seu pertencimento a um ordenamento jurídico existente em dada sociedade e não que tenha validade por ser fundada em juízo de valor; (ii) a coatividade do direito – consiste na conformação do sujeito à norma que, mesmo obtida a

força, não retira a judicidade do ato; (iii) a lei como fonte do direito – a doutrina juspositivista tem como base o princípio da prevalência de uma fonte do direito (lei) sobre as outras, partindo do pressuposto de que, em um dado ordenamento jurídico, existam várias fontes e em planos diversos, (iv) imperatividade do direito, (v) ordenamento jurídico – conjunto de normas; (vi) problema da “interpretação” mecanicista sustentada pelo positivismo jurídico, que faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, isto é, de incondicional obediência à lei, sem qualquer margem de liberdade; e (vii) obediência à lei, que mais se assemelha à moral e à ética do que à ciência do direito.

A opção brasileira, além do positivismo jurídico, é pelo Estado Democrático de Direito, de acordo com o artigo primeiro da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, importa compreender o Estado de Direito.

### **1.2.1 Estado de Direito – experiências formadoras de um modelo geral**

Necessário compreender a noção de Estado de Direito. Para tanto, Danilo Zolo enumera quatro experiências que teriam contribuído para a formação de um modelo geral de Estado de Direito, sendo elas: a experiência do Rechtsstaat alemão, a do rule of Law inglês, a variante do rule of Law norte-americano e o état de droit francês. Para compreender essas experiências, importa pensar no Estado de Direito, entendendo-o como

um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico – não a outros subsistemas funcionais – é atribuída a tarefa de “garantir” os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária (COSTA & ZOLO, 2006, p.11).

Assim, convém abordar as quatro experiências utilizadas pelo Autor:

#### **1.2.1.1 O *Rechtsstaat***

Segundo o Autor Zolo (2006, p.11), a expressão “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*) foi utilizada pela primeira vez por Robert Von Mohl. Na Alemanha, o Estado de Direito se afirma, no decorrer da restauração sucessiva às revoltas de 1848, assumindo a forma de

compromisso entre a doutrina liberal, sustentada pela burguesia iluminada, e a ideologia autoritária das forças conservadoras, principalmente a monarquia, a aristocracia agrária e a alta burguesia militar.

É nesse modelo de Estado de Direito que nasce a teoria dos direitos públicos subjetivos como uma concepção estatalista dos direitos individuais, atribuindo-se uma autoridade soberana do Estado, na figura do Poder Legislativo, a única fonte originária e positiva do direito, no qual se expressa a própria identidade espiritual do povo. (ZOLO, 2006, p. 12). Essa “reserva de legislação” dada ao poder Legislativo, se traduz no princípio da legalidade “por força do qual o sistema de regras estatuído pelo Parlamento deve ser rigorosamente respeitado pelo poder executivo e pelo poder judiciário, como condição de legitimidade de seus atos” (Zolo, 2006, p. 13).

O possível uso arbitrário do poder legislativo não é levado em consideração por essa teoria do Estado de Direito, já que se assume a perfeita correspondência entre vontade estatal, legalidade e legitimidade moral e se supõe como certa a confiança dos cidadãos nessa correspondência. (ZOLO, 2006, p. 14).

Nesse modelo de Estado de Direito, segundo o Autor citado, a proteção da liberdade e da propriedade estavam acima de qualquer formalismo legal e de qualquer interesse ou interpretação da lei, traduzindo-se essa proteção no “conteúdo material – político e ideológico – do Estado de Direito Alemão”. (ZOLO, 2006, p. 14).

### **1.2.1.2 O *Rule of Law* Inglês**

Os princípios constitucionais que caracterizam o Estado de Direito Inglês “compreendem, antes de tudo, a igualdade jurídica dos sujeitos, independentemente da classe social e das condições econômicas” (ZOLO, 2006, p. 15).

Apesar da profunda desigualdade social, todos os cidadãos eram submetidos, sem exceções, ao rigor da lei, especialmente no que se referia às sanções penais e à integridade patrimonial.

O segundo princípio guia, observado pelo Estado de Direito Inglês, é a

[...] sinergia normativa entre o Parlamento e as Cortes judiciárias: uma sinergia no sentido preciso de acordo com a qual a regulamentação dos casos individuais concretos, é, na Inglaterra, o resultado de decisões que emanam de duas fontes que são de fato igualmente soberanas (ZOLO, 2006, p. 16).

Essas duas fontes podem ser traduzidas em uma fonte formal e uma fonte efetiva, ou seja, a Corte e a aplicação da *commom law* pelos juízes.

O terceiro princípio igualmente fundamental, refere-se à tutela dos direitos subjetivos, muito mais assegurados e realizados pelas Cortes da *commom law* do que pelo parlamento. “Foi a extraordinária capacidade de resistência das Cortes contra as pretensões absolutistas da monarquia que favoreceu o nascimento das *liberdades dos ingleses*” (grifos no original) (ZOLO, 2006, p. 17).

A originalidade do regime constitucional Inglês não depende sequer de uma constituição escrita. O Parlamento Inglês modifica a Constituição a qualquer momento e não existe nenhum órgão delegado ao controle de constitucionalidade.

O rule of law não é senão, muito indiretamente, uma teoria jurídica do Estado, uma sua “jurisdicização” ou “constitucionalização”. Esse se distancia nitidamente o “Estado legislativo” alemão (e, em geral, continental), no qual os juízes são funcionários públicos que aplicam a lei do Estado e os próprios direitos individuais (Grifos no original) (ZOLO, 2006, p. 19).

### **1.2.1.3 O *rule of law* na versão norte-americana**

O Estado de Direito na versão norte-americana teve inspiração inglesa para sua constituição, inclusive pela atribuição ao poder judiciário, e não somente ao Parlamento, do dever de proteger os direitos individuais contra os possíveis abusos do executivo e do legislativo. (ZOLO, 2006, p. 19-20).

As experiências de Estado de Direito Inglês e Norte-Americano se distanciam pelo fato de que na Inglaterra a tutela das “liberdades inglesas” (grifos no original) serem confiadas à efetividade de uma secular tradição jurisprudencial e não a engenhocas institucionais administradas pela alta burocracia judiciária. (Zolo, 2006, p. 22).

#### **1.2.1.4 *L'État de droit***

Na França, o Estado de Direito teve sua teoria elaborada com particular atraso, tendo sua formação atribuída a Raimond Carré de Malberg, surgiu como uma síntese das experiências anteriores e como um modelo alternativo à realidade do constitucionalismo Frances, “submetendo à crítica severa as próprias instituições da Terceira República”. (Zolo, 2006, p. 23)

A tutela dos direitos subjetivos em relação aos possíveis atos de arbítrio das autoridades públicas é também para Carré de Malberg, como para os juristas alemães, o objetivo central do Estado de Direito que, para esse fim, “autolimita” o seu poder soberano, submetendo-o ao respeito de regras gerais, válidas *erga omnes*. Mas a garantia dos direitos exige, segundo juízo de Carré de Malberg, um profundo repensamento da tradição constitucional francesa, que incluía um exame crítico do próprio acontecimento revolucionário. As instituições públicas francesas, ele afirma, são dominadas pela onipotência do Parlamento, que parece ter herdado do absolutismo monárquico a titularidade monopolista da soberania estatal, e esse monopólio representa o maior perigo para as liberdades dos franceses. (ZOLO, 2006, p. 23-24).

A ideia central do Estado de Direito Frances era a garantia das liberdades/direitos individuais dos franceses, tendo como ponto central a soberania popular, garantidora da possibilidade de revolta dos cidadãos contra seu Parlamento, toda vez que os direitos fundamentais fossem lesados.

#### **1.2.1.5 Os perfis distintos das experiências de Estado de Direito – uma teoria coerente e unitária**

Segundo o Autor, as quatro experiências apresentam perfis distintos, sendo facilmente

identificáveis se utilizarmos três parâmetros comparativos: a atribuição da soberania, a função constitucional, a modalidade da tutela dos direitos subjetivos. (ZOLO, 2006, p. 26).

O Estado de Direito Alemão concentra a soberania no poder legislativo, fazendo com que esse goze de um absoluto primado normativo sobre os demais poderes. A Constituição é escrita, flexível, não supra-ordenada à lei ordinária e não assistida por uma jurisdição constitucional. A tutela dos direitos subjetivos é confiada exclusivamente ao Parlamento, sua fonte originária e garantidora.

Na experiência do Estado de Direito inglês, a soberania pertence também ao Parlamento, mas esse órgão exerce seu primado normativo quase que exclusivamente sobre o poder executivo. A constituição não é escrita e é, na verdade, o conjunto de tradições judiciárias, dos atos normativos e das práticas sociais que concorrem para limitar o poder do executivo. Já a elaboração e tutela dos direitos subjetivos é atribuído às Cortes ordinárias da *common law*.

Já a experiência do Estado de Direito Americano propõe uma soberania ainda mais limitada, distribuída e diferenciada. Trata-se de uma constituição escrita e absolutamente rígida, que submete limites a todos os poderes, inclusive ao legislativo. A definição e defesa dos direitos individuais dependem, em muito, da interpretação que é feita pelo poder dos especialistas do Judiciário.

Por fim, na experiência do Estado de Direito Frances, a soberania coincide com o primado do Parlamento, entendido como poder constituído e não poder constituinte, razão pela qual suas funções também devem ser submetidas a controle e limites. A Constituição, além de escrita, tem supremacia sobre a lei ordinária e os cidadãos dispõem de remédios legais contra os atos do legislador – além dos da administração – quando os seus direitos fundamentais são lesados.

Dessas experiências, parte o Autor para a tentativa de conceituar o Estado de Direito:

Neste sentido, o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosóficos-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior da estrutura do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e o da “diferenciação do poder”. (Grifos no original). (ZOLO, 2006, p. 31)

O princípio da difusão do poder limita a atuação do Estado e dilata as liberdades individuais. Já o princípio da diferenciação do poder se mostra ao diferenciar o sistema político-jurídico dos demais sistemas, em particular os sistemas do ético-religioso e o econômico, pois são do primeiro as funções de editar e aplicar as normas. (Zolo, 2006, p. 32-33).

A exemplo de Zolo, outros autores, como Telmo Lemos Filho também busca sintetizar um conceito de Estado de Direito:

O Estado de Direito é aquele que impõe a todos os cidadãos, sejam administrados ou administradores, o respeito à lei, tomada esta em seu amplo espectro, da norma de maior hierarquia, a Constituição Federal, àquela de menor força normativa. Já o Estado Democrático traria outros temas de igual relevância e descritos na própria norma constitucional, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, todos conferindo efetiva participação da sociedade no trato da coisa pública. Estes valores, expressos na Carta Política, é que legitimarão a atuação dentro da lei e a produção das normas. (p. 01). Disponível em: [www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo1291133399.pdf](http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo1291133399.pdf). Acesso em 15 nov. 2011.

Carl Schmitt afirmava que o termo Estado de Direito “pode significar coisas tão diversas como são as numerosas modalidades organizativas do termo ‘Estado’”(Zolo, 2006, p.07). A seu exemplo, entende-se que seria de grave ingenuidade buscar uma definição semanticamente unívoca e ideologicamente neutra para Estado de Direito.

Uma abordagem “cientificista” desse tipo, considerando o elevado número de determinações jurídicas e institucionais que foram atribuídas – e podem ser atribuídas – ao Estado de Direito, acabaria propondo *tout court*<sup>8</sup> o arquivamento do conceito e da sua relativa expressão. (Grifo no original) (Zolo, 2006, p. 8-9).

---

<sup>8</sup> *Tout court* é expressão francesa, usada na filosofia e sociologia com frequência e significa “sem mais”; “só isto”; “sem haver nada a acrescentar”; ou “simplesmente”.

Desse entendimento, tem-se que a busca por uma definição apenas de Estado de Direito traria em seu bojo o risco de simplificação do que não pode (e não deve) ser simplificado.

### 1.3 ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Nas palavras de José Rubens Morato Leite e Heline Sivini Ferreira, “segundo a doutrina dominante, o Estado de direito ambiental resulta da incorporação de novos elementos ao tradicional Estado de direito liberal, modificando, assim, sua estrutura e racionalidade”. (LEITE e FERREIRA, 2006, p. 01).

Pela lição, tem-se que o Estado de direito ambiental assume um novo perfil, devendo sustentar-se em estruturas ambientais globais, sem desprezar as instituições nacionais, amparar-se em deveres fundamentais ecológicos e basear-se em uma atuação integrada da administração, o que exige o reforço da cidadania ambiental.

Note-se que ao falar em deveres fundamentais, os autores remetem aos direitos fundamentais (*status* a que fora elevado o direito ambiental), conforme abordagem feita.

O Estado de direito ambiental vem se firmando, com o passar dos anos, sendo contemplado pelas constituições e seus princípios, inclusive a brasileira de 1988. Tanto que hoje se questiona a própria estrutura do Estado. Autores como Michael Kloepfer mencionam que “[...] um estado apto a subsistir precisa hoje de mais que um povo, um poder e um território estatal. Ele necessita de um meio ambiente no e em torno de seu território que não ponha em risco a continuidade de sua existência”. (KLOEPFER, 2010, p. 40).

Percebe-se a complexidade e amplitude conceitual de Estado de direito ambiental, seja por sua abrangência, seja por seu propósito. Assim como complexa é também a atuação do próprio Estado na tarefa de dizer, proteger e realizar os interesses de um meio ambiente sustentável, saudável.

Por isso a discussão acerca da possibilidade ou não de um Estado de direito ambiental vem provocando reflexões. Leite e Ayala acreditam que “[...] a construção de um Estado do ambiente parece uma utopia realista, porque se sabe que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e o consumo existentes” (2004, p. 30).

Nos ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, no entanto, é uma utopia democrática “porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta dos direitos humanos da natureza” (SANTOS, 1994, p. 42).

E acredita que para a sua realização seja necessária uma mudança de paradigma, traçando uma nova relação com a natureza, com os conhecimentos científicos, com os direitos fundamentais. (SANTOS, 1994, p. 43).

O desafio está posto. A mudança paradigmática requer um aprofundamento da cidadania ambiental para a realização dos direitos ditos fundamentais pelo Estado, que além disso, deve promover a sua efetiva realização.

### **1.3.1 O princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro**

A Constituição Federal de 1988 não explicita os princípios, mas em seu artigo 225 menciona textualmente o direito que é, também, dever do estado e da sociedade. Consta no *caput* que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Sendo as disposições do artigo bastante genéricas, a identificação dos princípios tem sido tarefa doutrinária. Nessa tarefa, a doutrina não é unânime, mas muitos autores têm

apontado o princípio da precaução como princípio norte do direito ambiental no estado brasileiro, tanto em âmbito constitucional quanto na legislação infra.

Um dos grandes problemas da normatividade do princípio da precaução, apontado pela doutrina crítica, é justamente a dificuldade em sua definição. Ou porque sua formulação não é uniforme em sua utilização, ou porque lhe faltam os atributos de clareza, precisão e uniformidade. Basta analisar os artigos e leis que o contemplam para perceber essa dificuldade de conceituação.

Nessa tentativa, pelo menos três elementos mostram-se permanentes em sua conceituação, a saber: “(i) a presença de um risco de dano, (ii) a ausência de certeza científica absoluta quanto a realidade deste dano e (iii) a obrigação de tomar medidas de prevenção” (Nogueira, 2006, p. 189), apesar de receberem olhares diferenciados nas definições. Unânime apenas é estabelecer a relação entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

### **1.3.2 Princípio da prevenção e princípio da precaução.**

Considerando que os danos ambientais são sempre de difícil reparação (quando não impossível), o princípio da prevenção está calcado na antecipação e cautela em relação aos fatos que podem causar esses danos. (NOGUEIRA, 2006, p. 198).

É este o princípio que determina “o dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente” (Machado, 2001, p.66), isto é, “prioridade deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente” (MILARÉ, 2000, p. 60).

Assim sendo, o princípio da prevenção determina que todo e qualquer dano ao ambiente deve ser evitado, pois sua reparação é improvável e, quando possível, se mostra extremamente onerosa. “A reparação e a indenização devem ser o último recurso” (NOGUEIRA, 2006, p. 198).

O princípio da precaução, por sua vez, vem sendo apresentado pelos doutrinadores como um reforço e desdobramento do próprio princípio da prevenção. “Seu fundamento seria, igualmente, a dificuldade ou impossibilidade de reparação da maioria dos danos ao meio ambiente, distinguindo-se do princípio da prevenção por aplicar-se especificamente às situações de incerteza científica” (NOGUEIRA, 2006, p. 199).

Leite e Ayala, aprofundando a discussão julgam essencial para a compreensão dessa distinção, os conceitos de risco e perigo. Segundo os autores,

nas duas espécies de princípios, está presente o elemento do risco, mas sob configurações diferenciadas. Entretanto, se pretendemos unificar semanticamente as categorias de risco e de perigo pode-se considerar (...) que o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato. (LEITE e AYALA, 2002, p. 62).

Em síntese, o princípio da prevenção pode ser aplicado nos casos em que os riscos da atividade ou do comportamento são previsíveis, conhecidos. Já o princípio da precaução tem sua aplicação nos casos em que os riscos e perigos da atividade ou comportamento “não tenha sido integralmente demonstrado nem possa ser quantificado em sua extensão e efeitos, devido à insuficiência ou ao caráter inconclusivo dos dados científicos disponíveis” (Leite e Ayala, 2002, p. 59-63).

Na prática, os princípios tem conteúdo muito próximo e visam a proteção do meio ambiente em sua integralidade, pois a sua recuperação, na hipótese de dano, se mostra, na maioria dos casos, ineficaz ou de extrema onerosidade. Importa para o operador do direito, mais do que distinguir os princípios, promover ações capazes de garantir a proteção ambiental em sua integralidade.

E é justamente na aplicabilidade desses princípios que reside grande discussão doutrinária sobre seu alcance e significado. Nas palavras de Nogueira (2006, p. 202-203), parafraseando Kourisly e Viney, a aplicabilidade desse princípio pode ser resumida em três correntes de opinião, a saber: (i) A posição radical, (ii) posição minimalista, e (iii) posição intermediária.

Em poucas palavras, a posição radical é aquela que pensa na hipótese do risco zero, ou seja, toda e qualquer decisão ou ação capaz de proporcionar qualquer dano ao meio ambiente, independe de outro fator e deve ser rejeitada, e a inversão do ônus da prova é imediata. Posição contrária é a minimalista, que propõe a aplicação do princípio da precaução somente nos casos em que for provável o dano ambiental, cabendo o ônus da prova àquele que aponta o risco.

A corrente que tem tido maior aceitação entre os doutrinadores é a posição intermediária, que aponta para um caminho alternativo entre as duas outras correntes, entendendo que o princípio deve ser utilizado sempre que o risco for crível, ou seja, admitido como plausível. O ônus da prova por essa posição deve ser decidida pelo juiz, no caso concreto e levando em consideração também a verossimilhança e os recursos que cada parte dispõe para fornecer provas. “Privilegia, em princípio, medidas positivas, notadamente estudos que permitam uma avaliação mais precisa do risco, mas não exclui a moratória quando necessária para evitar consequências graves ou irreversíveis”. (NOGUEIRA, 2006, p. 202).

Correntes de sua aplicabilidade à parte, o princípio da precaução vem ganhando tímido espaço no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Lei 8.974/95<sup>9</sup> que dispõe sobre as normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados. “Nenhum outro texto legal de abrangência nacional consagra uma formulação expressa do princípio” (NOGUEIRA, 2006, p. 209).

As implicações dessa lacuna jurídica vão além das medidas preventivas, trazendo reflexos inclusive na questão da reparação dos danos eventualmente causados. Mas a questão da responsabilidade civil não será abordado no presente trabalho.

---

<sup>9</sup> A Lei 8.974/95 foi revogada pela Lei 11.105/05, que agora regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

É, portanto, dentro deste contexto, ditado pelo conceito de Estado de Direito Ambiental, com toda a carga jurídica por ele tutelada, que as ações, tanto do Estado quanto da coletividade, devem ser pensadas e implementadas.

Assim, uma vez fundamentada a existência dos direitos humanos relativos ao meio ambiente e o próprio Estado de Direito Ambiental, é possível uma análise das disposições e ferramentas legais capazes de efetivar tais direitos. O que será abordado no próximo capítulo.

## **CAPÍTULO II**

### **2 COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL, LEIS DECORRENTES, A CIDADE COMO BEM AMBIENTAL E SUA SUSTENTABILIDADE**

A implementação da tutela ambiental, necessariamente, percorre o caminho legislativo, dentro das competências de cada ente federativo, chegando à sociedade por meio dos institutos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais que serão abordados no presente capítulo.

#### **2.1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL**

Antes de adentrar na análise da competência em matéria ambiental, Fiorillo assevera que a ideal compreensão do assunto deve se dar com base em “noções propedêuticas”. O item resume a essência do tema ao afirmar que

A partir da Constituição Federal de 1988, a estrutura política em matéria ambiental passou a ter seus fundamentos fixados em dois dispositivos constitucionais apontados no art. 1º da Lei n 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), com redação determinada pela Lei 8.028/90: os arts. 23,VI e VII, e 225. Isso exigiu do intérprete uma nova visão de aplicação do direito positivo, baseado no critério de competência material cumulativa e de preponderância do bem difuso em face dos bens públicos ou privados, estabelecendo os parâmetros para a tutela do direito ambiental no Brasil (grifos no original) (Fiorillo, 2012, p. 212)

O Estado Democrático de Direito, opção brasileira com disposição expressa no art. 1º da Carta Magna, envolve os conceitos distintos de Estado e País. Do conceito Estado pode-se distinguir o Estado de Direito, como sendo o órgão que se subordina à legalidade e ao regime constitucional; e o Estado Democrático como sendo um ente Constitucional baseado em fundamentos democráticos, de acordo com art. 1º, incisos I a V da CF/88. (FIORILLO, 2012, p. 213).

O Estado, ainda, pode ser caracterizado, em sua forma, como o modo que é exercido o poder sobre a população, dentro de um espaço físico denominado território.

Importa, ainda, entender que o federalismo, adotado no Brasil nos moldes do modelo americano, é a forma de Estado caracterizada pela união dos Estados-membros. Subdivide-se de acordo com a personalidade jurídica: o Estado Federal é dotado de personalidade jurídica de direito público internacional; enquanto a União, autônoma aos Estados-membros e a quem cabe as prerrogativas da soberania, é o ente federal de personalidade jurídica de direito público interno (FIORILLO, 2012, p. 213).

No Estado Brasileiro, a predominância do interesse é a regra norteadora no critério de repartição de competências. Nas palavras de Fiorillo:

Na repartição de competências legislativas aplica-se o princípio da predominância dos interesses, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos Municípios tocarão as competências legislativas de interesse local (grifos no original). (FIORILLO, 2012, p. 214).

Entretanto, em se tratando de matéria ambiental, poderá haver situações em que o interesse seja não apenas local, mas também regional e até mesmo nacional. Por isso, o legislador constituinte adotou o sistema alemão de repartição de competências, ou seja, segundo a lição de Fiorillo (2012, p. 214-215): há “[...]as exclusivas, as privativas com possibilidade de delegação, as concorrentes com a formação das normas gerais e as suplementares e residuais dos Estados e Municípios”.

Ainda, o Texto Constitucional divide a competência dos entes federativos em legislativa e material.

A competência legislativa, então, pode ser subdividida em: a) exclusiva: prevista no art. 25, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, quando a competência, indelegável, é atribuída a um ente com exclusão dos demais; b) privativa: prevista no art. 22 da CF, quando a competência é atribuída a um ente, mas pode ser delegada ou suplementada por outro; c) concorrente: prevista no art. 24, se caracteriza pela possibilidade de União, Estados e Distrito Federal tratarem da mesma matéria, cabendo à União dispor sobre normas gerais; d) suplementar: que tem correlação com a concorrente e “[...] atribui competência a Estados, Distrito Federal (art. 24, § 2º) e Municípios (art. 30, II) para legislarem sobre normas que suplementem o conteúdo de princípios e normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas” (FIORILLO, 2012, p. 217).

De um modo geral, resta evidente que a Constituição Federal atribuiu competência legislativa em matéria ambiental a todos os entes federativos. Sendo que à União compete editar matérias de normas gerais, ou seja, que estabeleçam pisos mínimos de proteção ambiental; e aos Estados e Municípios, atendendo aos interesses regionais e locais, compete estabelecer os tetos da proteção ambiental. Não podendo, porém, legislarem de modo a oferecer menos proteção que aquela estabelecida pela União (FIORILLO, 2012, p. 218-219).

Assim, o norte dado é a preservação do meio ambiente, seja qual for a esfera de governo, ou, nas palavras de Fiorillo:

Em linhas gerais, podemos concluir que a competência legislativa em matéria ambiental estará sempre privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente político que a realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência (arts. 24, V, VI e VII, e 30, II) (FIORILLO, 2012, p. 219).

A competência material, por sua vez, pode ser dividida em exclusiva e comum. Exclusiva, prevista no art. 21 da Carta Magna, é aquela reservada a apenas um ente e que exclui os demais. A comum, prevista no art. 23 da Constituição, é aquela exercida igualmente

e simultaneamente por todos os entes federados, ou seja, o exercício de um ente não exclui os demais, vez que é cumulativa.

Assim, tem-se que proteção ambiental é de competência material comum, por força do art. 23, VI e VII da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A Lei Complementar, de que trata o parágrafo único do citado dispositivo, foi sancionada em 08 de dezembro de 2011, sob o número 140, que será objeto de estudo no decorrer deste trabalho.

Dois critérios devem ser verificados na análise e escolha da norma administrativa mais adequada a cada situação que envolva a competência comum dos entes. A saber: o critério da preponderância do interesse e o critério da colaboração (cooperação) entre os entes federados. Devendo ser privilegiada a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum. (FIORILLO, 2012, p. 220).

Portanto, a responsabilidade pela proteção ambiental é comum e solidária a todos os entes da Federação.

Nessa seara, importa ao presente trabalho, uma análise das competências exclusivamente municipais.

Nas palavras de Ferreira (2008, p. 212), “as atribuições ambientais exclusivas dos Municípios não são muito expressivas”. Podemos dividir as competências exclusivas em três grandes grupos: as competências exclusivas executiva, legislativa e legislativa suplementar.

Sobre a competência exclusiva executiva, o artigo 30 da CF/88 prevê ser de sua competência promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Também determina caber ao Município, exclusivamente, a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observando sempre a legislação e a ação fiscalizadora da União e dos Estados.

No que tange a competência exclusiva legislativa, o inciso I do mesmo artigo 30 da CF/88, aponta ser de competência municipal legislar sobre assuntos de interesse local. Doutrinadores como Vladimir Passos de Freitas, Toshio Mukai, Paulo Afonso Leme Machado e Helene Sivini Ferreira, chamam a atenção para a subjetividade da expressão “interesse local”.

Os questionamentos surgem pela imprecisão do termo, vez que se questiona quais os interesses ambientais que seriam de interesse estadual ou federal e não seriam de interesse local. Nas Constituições a expressão era “peculiar interesse” que pela Constituição de 88 foi substituído por “interesse local”. (Ferreira, 2008, p. 212).

Assim, alguns autores, como os mencionados anteriormente, entendem que a norma não confere ao município o poder de legislar sobre tudo o que repute importante. No entanto, por outro lado, a norma não pode ser interpretada de forma extremamente restritiva, pois isso lhe restringiria à competência para legislar somente sobre assuntos de seu exclusivo interesse.

Parece mais acertada a linha de raciocínio apresentada por Machado (Ferreira, 2008, p. 213), que assinala para a aplicação do princípio da predominância do interesse, mostrando-se um dos princípios basilares que rege a distribuição de competências dos entes federativos. Por

esse princípio, cabe ao Município legislar sobre toda matéria cujo seu interesse prevalece sobre os interesses da União ou dos Estados.

Por fim, sobre a competência legislativa suplementar às normas federal e estadual, no que couber, a constituição reservou ao município uma parcela de poder para que pudesse preencher as lacunas e adaptar as normas emanadas da União e dos Estados, à sua realidade local.

Importante assinalar que a competência suplementar é constituída pelas competências supletiva (quando o Município supre lacunas existentes na lei estadual ou federal) e complementar (quando se limita a detalhar a norma federal ou estadual). Em qualquer dos casos, no entanto, a norma municipal não poderá ser menos restritiva ou menos protetora em matéria ambiental do que a norma federal ou estadual a que se refira.

Cabe analisar que a legislação federal ou estadual deve ser preexistente para que essa competência seja exercida pelo Município, vez que foi excluído da competência de editá-las, pois embora integrantes explicitamente da Federação Brasileira, não lhes cabe a competência legislativa concorrente.

Em suma, conforme dito por Ferraz Júnior (1994, p. 16-20), “[...] os municípios possuem competência suplementar não para editar *legislação concorrente*, mas sim para editar *legislação decorrente*”. (Grifos no original).

A Lei 6.938/81, em seu artigo 60, reconhece a competência suplementar dos Municípios quando estabelece que os mesmos, uma vez observadas as normas e os padrões federais e estaduais, poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados ao meio ambiente.

A Constituição de 1988, ao resgatar a importância do Município e o posiciona a par dos demais entes federativos. Atribuindo-lhe, não apenas competências, mas o dever de garantir à pessoa humana a sadia qualidade de vida.

Assim, temos que a Carta Constitucional trouxe importante relevo para o Município, particularmente em face do direito ambiental brasileiro, na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os denominados bens ambientais, visando à plena integração social, com base na moderna concepção de cidadania (FIORILLO, 2012, p. 221).

É o Município, portanto, que reúne as condições de alcançar, de forma imediata, ao cidadão as garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito, em especial aquelas que compõem o princípio da dignidade da pessoa humana. É normalmente no Município que a pessoa nasce, se desenvolve e envelhece. Onde ela se relaciona, trabalha, se diverte, se educa e cuida de sua saúde.

Significa dizer, que as ações do Município ocorrem de acordo com os interesses e as necessidades locais, mesmo que tais ações tenham reflexos ou afetem o Estado ou até mesmo o País.

## 2.2 A LEI COMPLEMENTAR 140/11 COMO INSTRUMENTADORA DA COOPERAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

A Lei Complementar 140/11, requerida pelo parágrafo único do artigo 23 da CF/88, surge no cenário jurídico brasileiro para dispor sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Esta lei também alterou a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), no tocante as ações de cooperação, em especial, fixando as formas e diretrizes dessa Cooperação, e competências para cada um dos entes federativos.

Pela sua importância, analisaremos a Lei Complementar em suas principais peculiaridades, com base no artigo escrito por Toschio Mukai. O artigo 1º, estabelece o âmbito de abrangência da Lei Complementar (fixando normas nos termos dos incisos III, V e VII do *caput* e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal), para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas, e à preservação de florestas, da fauna e da flora.

O artigo 2º nos traz diversas definições, tais como a do licenciamento ambiental, atuação supletiva, como sendo “ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas nesta Lei Complementar” e a atuação subsidiária, “ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas nesta Lei Complementar”. Note-se que aqui a Lei complementar cria uma figura que não está prevista na CF/88, a atuação subsidiária.

O artigo 3º traz os objetivos fundamentais dos entes federativos no exercício da competência comum:

I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente; II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; III - harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente; e IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Nas palavras de Mukai (2012, p. 03), é esse objetivo o mais importante a ser alcançado por esta Lei, pois,

por erros palmares de interpretações da expressão "comum", todos os entes federativos tem se comportado como se cada um deles possam atuar cumulativamente sobre qualquer degradação ambiental, seja local, regional ou nacional, o que é absolutamente inconstitucional, pois que isto apagaria do texto constitucional as competências privativas da União, que só pode atuar em nível

supra estadual, dos Estados que só podem atuar em nível supra municipal e dos Municípios que, só ele, pode atuar em matéria local.

O artigo 4º, que trata dos Instrumentos de Cooperação, além do consórcio público e do convenio de cooperação, cria uma nova figura: a Comissão Tripartite (Nacional, Estaduais e do Distrito Federal), além de mencionar os fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos, dar delegação de atribuições de um ente federativo a outro (que só pode ser efetuada mediante Convênios e não por Lei ou por Decreto) e dispor sobre delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro.

Em seu parágrafo 1º, o artigo dispõe que os convênios podem ser firmados com prazo indeterminado, ao contrário dos convênios regidos pela Lei nº 8.666/93, que não podem ter prazo indeterminado. Sendo esta também uma inovação da Lei Complementar.

Seu parágrafo 2º dá a composição da Comissão Tripartite Nacional, sendo participantes dela, paritariamente, representantes dos Poderes Executivos, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tal norma vem sofrendo severas críticas a cerca da sua constitucionalidade, por entenderem alguns autores pela sua inconstitucionalidade. No entanto, não entraremos no mérito dessa questão, no presente trabalho.

O artigo 6º da Lei Complementar prevê as ações de cooperação entre União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de modo a garantir a realização dos fundamentos do art. 3º. Nos artigos 7º, 8º e 9º, estabelece um rol indicativo das competências de cada um dos entes federativos, nas ações de cooperação entre eles, além daquelas estabelecidas pela CF/88, razão pela qual, não é um rol exaustivo.

As ações administrativas do Distrito Federal, estão previstas no art. 10, sendo aquelas elencadas nos artigos 8º e 9º.

O artigo 11 merece maior atenção. Dispõe que:

A lei poderá estabelecer regras próprias para atribuições relativas à autorização de manejo e supressão de vegetação, considerada a sua caracterização como vegetação primária ou secundária em diferentes estágios de regeneração, assim como a existência de espécies da flora ou da fauna ameaçadas de extinção.

Surge aqui a dúvida acerca da esfera legislativa à que o dispositivo se refere, ou seja, federal, estadual ou municipal.

Mukai (2012, p. 07) analisa o tema e conclui que:

Ora, se a disposição fala em lei, estamos no campo exclusivamente legislativo, e, em assim, devemos retirar essa dúvida através do nosso olhar sobre o artigo 24 da Constituição Federal.

Assim, o artigo 24 traz as competências legislativas concorrentes, em especial sobre: "VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;".

O parágrafo 1º diz que "No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais".

E o parágrafo 3º dispõe que "Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades."

Assim, a lei referida no artigo 11, se for federal, deverá dispor somente normas gerais; se for estadual, ainda em termos de normas gerais, poderá suplementar a lei federal e, ainda se não existir lei federal, os Estados exercerão sua competência plena, isto é, legislação sobre normas específicas.

E os Municípios? Eles não estão arrolados no caput do artigo 24. Como ficam?

Legislarão, observando as normas gerais e eventualmente as dos Estados, normas suplementares às legislações referidas e no seu âmbito, com base no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal.

Já o seu artigo 13 traz uma norma da maior importância, pois esclarece confusões que se fazem com base na competência comum (art. 23 da CF/88), ao serem exigidas duas ou três licenças ambientais de entes federativos diferentes.

Reza o artigo: "os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar". Na verdade, essas atribuições aqui estabelecidas estão em conformidade com as competências constitucionais em matéria ambiental.

Outra confusão é esclarecida pelo parágrafo 2º quando dispõe que a supressão de vegetação decorrente de licenciamentos ambientais é autorizada pelo ente federativo licenciador. Havia dúvida sobre quem deveria autorizar o desmatamento: ou o IBAMA ou os órgãos estaduais. Nas palavras de Mukai (2012, p. 09), “[...] agora até o Município pode autorizar a supressão de vegetação, em especial em relação aos loteamentos que aprovarem”.

Norma importante, pois se constitui em diretriz estabelecida pela Lei Complementar é a contida no parágrafo 3º do mesmo artigo, que dispõe sobre os valores alusivos às taxas de licenciamento ambiental e outros serviços afins, determinado que os mesmos devem guardar relação de proporcionalidade com o custo e a complexidade do serviço prestado pelo ente federativo.

A Lei Complementar também se preocupou, em seu artigo 14, com o prazo de tramitação dos processos de licenciamento, a fim de facilitar a vida do empreendedor, determinando a Lei que o não atendimento a esse prazo pode implicar em responsabilização civil do ente federativo responsável, bem como instaurar a competência supletiva do artigo 15 da mesma norma.

Já o artigo 17 da Lei traz uma norma da maior importância, determinando que o poder de polícia deve ser exercido pelo próprio órgão licenciador, pois, nas palavras de Mukai (2012, p. 11):

“o exercício do poder de polícia administrativa em matéria ambiental (como ocorre em outros setores) se dá em duas fases sucessivas e indissociáveis (a primeira fase, a do licenciamento e a segunda de repressão), o que leva à conclusão de que somente quem licencia pode aplicar sanções”.

O artigo 18 estabelece que a presente Lei Complementar aplica-se aos apenas aos processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência, o que tem gerado discussões doutrinárias, por entenderem alguns autores, como Mukai, que “[...] a Constituição Federal estabelece a incidência da norma, imediata e desde logo, aos fatos e atos que estão em procedimentos e processo de tramitação em curso, respeitados os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada [...]”. Chama a atenção ainda o autor,

para o fato de ser da doutrina e da jurisprudência pátria a teoria da retroação da lei mais benéfica.

O artigo 20 da Lei em comento, modificou o artigo 10 da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), que dava o monopólio do licenciamento ambiental aos Estados-membros, olvidando o Município, e sua nova redação, passou a ser:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

Por fim, o artigo 21, que revoga o parágrafo 1º do artigo 11 da Lei nº 6.938/81 e que tinha a seguinte redação "A fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pelo IBAMA, em caráter supletivo da atuação do órgão estadual e municipal competentes".

Nas palavras de Mukai,

Tal revogação era necessária, pois a competência supletiva do IBAMA referida violentava o sistema federativo e porque não cabe a nenhum órgão ambiental, de níveis constitucionais diferentes, atuar supletivamente em relação a outro órgão, salvo a expressão "compete aos Municípios, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (trata-se de inserir o Município na competência legislativa concorrente prevista no artigo 24 da Constituição Federal).

A Lei, portanto, se mostra uma importante ferramenta a ser utilizada pelo Município, em especial na efetivação do direito das cidades sustentáveis.

## 2.3 DIREITO DAS CIDADES SUSTENTÁVEIS NO ÂMBITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL

O correto entendimento do direito das cidades sustentáveis exige, primeiramente, que se entenda a própria origem e o desenvolvimento histórico da cidade e, principalmente, a sua importância, conceito e natureza jurídica dentro do ordenamento jurídico ambiental.

### **2.3.1 A Cidade como Bem Ambiental**

A evolução histórica da humanidade, com o conseqüente aumento populacional, fez surgir a necessidade de organização de grupos humanos em determinados espaços territoriais.

A cidade surgiu decorrente de uma dinâmica social que girava em torno da produção. No Brasil, com o fenômeno da migração das últimas décadas, os espaços urbanos se ampliaram, com tamanha velocidade, ao ponto de extrapolar o planejamento público. Surgiram, assim, cidades marginais àquelas onde a estrutura do Estado, através de suas políticas, conseguia alcançar.

Paralelamente, o mundo vem passando pela necessidade de reduzir o uso de recursos naturais e ampliar a preservação do meio ambiente.

Essa nova realidade social exige uma releitura do conceito de cidade. Pautada na concepção de direito difuso que transcende o tradicional conceito de bem público e, principalmente, de propriedade.

A origem das cidades está fundida com o nascimento e transformações do ambiente urbano. A cidade é “uma criação histórica particular; ela não existiu sempre, mas teve início num dado momento da evolução social, e pode acabar, ou ser radicalmente transformada, num outro momento” (BENEVOLO, L. apud FIORILLO, 2004, p. 272).

Segundo Fiorillo, a origem das cidades deve ser situada em decorrência das grandes mudanças da organização produtiva e o grau de transformação da vida cotidiana da pessoa humana por ela causada e, conseqüentemente, o salto demográfico ocorrido. Assim, sete

momentos históricos são considerados, a saber: no Paleolítico (pedra antiga), há aproximadamente 5 milhões de anos, com os hominídeos, que coletavam seus alimentos e se abrigavam no ambiente natural, sem modifica-lo; no Neolítico (pedra nova), há cerca de 10.000 anos, quando surgiram as aldeias próximas aos locais onde eram cultivadas plantas e criados animais; no Oriente Próximo, há cerca de 5.000 anos, começa de fato a civilização e há o surgimento da escrita, quando algumas aldeias se transformam em cidades, ou seja, estabelecimentos mais complexos habitados por artesões, mercadores, guerreiros e sacerdotes, o que exige a produção de um excedente de alimentos no campo para atender a nova realidade; a Idade do Bronze, com o uso limitado de metais para instrumentos e armas por uma classe dirigente que absorve todo o excedente e limita o crescimento da população; a Idade do Ferro, aproximadamente 1.200 a.C., com a difusão de um instrumental metálico mais econômico, a escrita e a moeda cunhada permitem um maior crescimento populacional; com a civilização feudal e burguesa, uso de métodos científicos de produção, cujo desenvolvimento culmina no próximo momento histórico; a civilização industrial, quando o excedente produzido não será, necessariamente, reservado a uma minoria dirigente, podendo ser distribuído “para a maioria e teoricamente para toda a população, que pode crescer sem obstáculos econômicos, até atingir ou ultrapassar os limites do equilíbrio do ambiente natural” (BENEVOLO, L. apud FIORILLO, 2004, p.272)

Com a possibilidade da distribuição do excedente produzido para toda a população, “a cidade (sede das classes dominantes) ainda se contrapõe ao campo (sede das classes subalternas), mas esse dualismo não mais é inevitável e pode ser superado” (FIORILLO, 2004, p. 274). Surge, assim, com a nova situação, a ideia de um novo estabelecimento, que se estende a todo o território habitado: a cidade moderna.

É, portanto, em decorrência do mote do território que o enfrentamento do conceito de cidade deve se dar. Pois, enquanto que em países desenvolvidos o equilíbrio do crescimento e os serviços públicos são planejados pela autoridade pública de acordo com o crescimento da população, de forma a salvaguardar a maioria dos cidadãos. O mesmo nem sempre ocorre nos demais países do mundo, onde as cidades se desenvolvem, às vezes mais rapidamente, deixando uma parcela da população as margens desse planejamento. Assim essa parcela da

cidade se desenvolve com recursos próprios e critérios totalmente diversos daqueles que valem para a cidade regular.

Essa parcela da população, que compõe os estabelecimentos irregulares em cidades do mundo todo, é chamada de marginal, “Mas, no mundo atual, esta definição não é mais válida, porque os estabelecimentos irregulares crescem com maior velocidade que os estabelecimentos regulares, e abrigam agora, em muitos países, a maioria da população” (FIORILLO, 2004, p. 275).

No Brasil, o crescimento da população urbana é detectado a cada censo demográfico. Segundo dados do IBGE, “O Censo 2010 mostra também que a população é mais urbanizada que há 10 anos: em 2000, 81% dos brasileiros viviam em áreas urbanas, agora são 84%”<sup>10</sup>.

O fenômeno se explica pela grande transferência da população do campo para a cidade, sem que essa consiga absorver tal crescimento populacional, o que faz crescer com grande velocidade os estabelecimentos irregulares.

Os estabelecimentos irregulares são conhecidos por diferentes nomes em cada parte do mundo. A favela, como se convencionou chamar no Brasil, é uma verdadeira cidade irregular ao lado da cidade regular. Surge, daí, a necessidade de se superar as discriminações, vez que a norma constitucional garante “a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem os benefícios de um meio ambiente artificial cientificamente concebido”. (FIORILLO, 2004, p. 276).

À realidade brasileira foi imposta a velha concepção jurídica de distinção entre o direito público e direito privado. Restando positivadas as relações normativas, por mecanismos de direito administrativo e/ou de direito civil, que declaram abusivas as moradias e os bairros construídos espontaneamente pelos habitantes. A política de construção sempre visou oferecer moradias caras para a grande maioria da população, e em quantidade

---

<sup>10</sup> [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1766](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766), acessado em 08/06/2012

absolutamente insuficiente à sua necessidade. O que se afasta do preceito constitucional de busca da erradicação da pobreza e a marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, III).(FIORILLO, 2004, p. 215).

Ao mesmo tempo é aceita a realidade de que os “bairros espontâneos” sejam incômodos e insalubres. Vez que não são reconhecidos oficialmente. Isso fortalece ainda mais a separação entre estes estabelecimentos e a cidade regular. Apenas para esta a segurança e todos os serviços públicos são garantidos. O que resulta em um instrumento de descriminalização e domínio.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, o sistema econômico capitalista passa a ter seus limites impostos pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. III e IV). Com isso, a cidade, regular ou irregular, passa a ter natureza jurídica ambiental, ou seja, deixa de ser observada simplesmente a partir de um regramento adaptado aos bens públicos ou privados, “e passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental (art. 225 da CF) de forma mediata e de forma imediata em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial)” (FIORILLO, 2004, p. 274).

É esse novo conceito jurídico constitucional de que a cidade é um “bem ambiental”, que dá a base para a análise da tutela jurídica do denominado meio ambiente artificial.

### **2.3.2 A tutela Constitucional da cidade no âmbito do Meio Ambiente Artificial**

A reflexão, bem como a definição, acerca do conceito de meio ambiente deve passar pelas disposições do art. 3º, inciso I, da Lei 6.938 de 1980, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente e diz ser “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”. A ordem, portanto, é a proteção da vida em todas as suas formas. A referida Lei foi integralmente recepcionada pela Carta de 1988, que, ao tratar especificamente do meio ambiente, estabelece, em seu art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente

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

Convém salientar, nas palavras de Fiorillo (2004, p.279), que “Devemos sempre destacar que a palavra ecologia deriva da grega oikos, que significa casa ou lugar onde se vive”.

Nesse contexto, é necessário saber o que seja meio ambiente artificial. Cujas definição encontra melhor expressão nas palavras de Fiorillo:

o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado espaço urbano fechado) e pelos equipamentos denominados públicos (espaço urbano aberto). Dessa forma, todo o espaço construído, bem como todos os espaços habitáveis pela pessoa humana, compõe o meio ambiente artificial (FIORILLO, 2004, p.278).

O conjunto normativo em tela nos autoriza concluir que para efetivação da dignidade da pessoa humana, na esteira do art. 1º, inc. III da Carta da República, o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser compreendido em toda sua extensão, ou seja, nas relações interpessoais, abrangendo as questões psicológicas, culturais, materiais e territoriais.

Em suma, merece ser entendida como efetivada a dignidade da pessoa humana, quando realizado pelo Estado o disposto no art. 6º da Carta Magna, que, nas palavras de Fiorillo, constituem o *Piso Vital Mínimo*:

Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna. (Fiorillo, 2009, p. 110).

É a dignidade da pessoa humana, portanto, o fundamento norteador da tutela constitucional no âmbito do meio ambiente artificial.

### **2.3.3 O Estatuto da Cidade como mais importante norma regulamentadora do Meio Ambiente Artificial**

O Estatuto da Cidade, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, passa a disciplinar, a partir de sua edição, não apenas o uso da propriedade urbana, mas principalmente as diretrizes do meio ambiente artificial, com fundamento no conceito de equilíbrio ambiental. É o que preceitua o parágrafo único do art. 1º da referida Lei:

Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Assim, a tutela do meio ambiente artificial é tratada pela Carta Magna, segundo leciona Fiorillo, de duas formas distintas: a tutela mediata, decorrente das disposições do art. 225, que didaticamente visa à proteção do meio ambiente enquanto forma de vida, centrada na dignidade da pessoa humana; e a tutela imediata, em decorrência da regulamentação dos dispositivos mencionados e as diretrizes relacionadas diretamente às cidades. Assim, a execução da política urbana deve estar pautada no direito à sadia qualidade de vida, bem como na dignidade da pessoa humana e na própria vida. O que transcende o interesse individual, vez que a nova ordem, derivada da Constitucional (art. 1º) e a especial (art. 1º, parágrafo único do Estatuto) tem seu foco em valores difusos.

A propriedade urbana deixa, desse modo, de ser considerada apenas um imóvel localizado dentro de um território estabelecido por lei infraconstitucional, e assume a feição ambiental, à luz dos ditames dos incs. III e VI do art. 1º da Constituição. Portanto, a cidade deve ser considerada um “território dinâmico”(SANTOS, apud FIORILLO, 2004, p. 282), cuja análise deve partir da dinâmica social.

Destarte, o bem coletivo indicado no art. 1º, parágrafo único do Estatuto da Cidade, reforça a nova concepção constitucional dada a partir da Carta de 1988. Que transcende a velha dicotomia, como já dito, que estabelece bens públicos *versus* bens privados. Por disposição do art. 225 da CF/88, o uso da propriedade urbana passa a ser estabelecido em prol do bem ambiental, com a carga jurídica dele derivada.

Mais uma vez, convém utilizar a lição de Fiorillo, que conceitua o bem ambiental como sendo “[...] um bem de uso comum do povo, podendo ser disfrutado por toda e qualquer

pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda, um bem essencial à qualidade de vida” (FIORILLO, 2009, p. 109).

O Estatuto da Cidade é, portanto, o conjunto de diretrizes que deve reger a política pública relacionada às funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Com foco nos direitos básicos dos brasileiros e estrangeiros residentes no País, suas relações pessoais e com o lugar onde vivem, tendo como resultado a garantia do direito a cidades sustentáveis.

#### **2.3.4 A Garantia do direito a Cidades Sustentáveis como diretriz geral vinculada aos objetivos da Política Urbana**

Com a edição do Estatuto da Cidade, surge para o mundo jurídico o direito a cidades sustentáveis. É o que estabelece expressamente o inciso I do art. 2º da referida Lei: “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”

Para Fiorillo tal garantia constitui o conjunto de diretrizes gerais destinadas a orientar a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo poder público municipal, na tutela dos direitos materiais difusos e merece, ainda nas palavras do Autor, ser analisado individualmente.

##### **2.3.4.1. Direito à Terra Urbana**

O Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, inciso I, aponta o direito à terra urbana como sendo o uso de determinada porção territorial no âmbito das cidades sustentáveis, a fim de apontar para além do número de habitantes, a forma como esses estão distribuídos em determinado território.

Considera-se esse direito fundamental, na medida em que é a partir do território que todos os demais direitos assegurados pela Carta Magna poderão ser realizados e exercidos pelos cidadãos.

#### 2.3.4.2 Direito à Moradia

No plano das cidades sustentáveis, deve ser considerado o direito à moradia como o direito a um asilo inviolável, lugar de conforto, tranquilidade e intimidade destinado a todo brasileiro e estrangeiro aqui residente. Esta moradia, entendida como casa, é pensada também para proteger a família (outro instituto garantido constitucionalmente).

#### 2.3.4.3 Direito ao Saneamento Ambiental

O direito ao saneamento ambiental engloba alguns direitos materiais que devem ser realizados, tais como: direito ao uso das águas, direito a esgoto sanitário, direito ao ar atmosférico e sua circulação e direito ao descarte de resíduos.

Esse direito também pode ser traduzido na obrigação, imposta ao Poder Público, de fazer cessar qualquer poluição em face dos demais bens ambientais garantidos constitucionalmente, assim como o meio ambiente cultural, natural, etc.

#### 2.3.4.4 Direito à Infra-estrutura Urbana

Esse direito determina, no País, a efetiva realização, por parte do Poder Público municipal, de obras ou mesmo atividades destinadas a garantir que, tanto nos espaços abertos quanto nos fechados, a cidade funcione de acordo com os comandos constitucionais e o Estatuto da Cidade.

Trata-se, portanto, de um direito difuso que deve nortear o Poder Público municipal na administração da cidade. O que deve ser feito com a participação da população de acordo com os preceitos dos arts. 43 a 45 do Estatuto da Cidade.

#### 2.3.4.5 Direito ao transporte

Este direito difuso impõe ao Poder Público municipal o dever de planejar a cidade de forma a proporcionar aos cidadãos a livre locomoção no território urbano. Seja para a circulação da pessoa humana, cargas ou o transporte coletivo. Observando sempre a harmonia entre o Estatuto da Cidade, o Código de Trânsito Brasileiro e o Código do Consumidor.

#### 2.3.4.6 Direito aos serviços públicos

O direito aos serviços públicos assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a condição de consumidor em face do Poder Público Municipal. Obrigando este ao fornecimento, por si ou concessionárias, de serviços adequados, eficientes e, quanto aos essenciais, contínuos.

E, uma vez que o Estado assume a condição de fornecedor de serviços, garante ao cidadão todos os direitos já consagrados no Código de Defesa do Consumidor.

#### 2.3.4.7 Direito ao trabalho

O direito ao trabalho, que compõe o já mencionado *Piso Vital Mínimo* garantido constitucionalmente no art. 6º da Carta Magna, passa agora a determinar a participação do Poder Público municipal na relação trabalho humano/libre concorrência. Com o dever de garantir ao cidadão, através de políticas públicas, sua ocupação e existência digna.

#### 2.3.4.8 Direito ao lazer

O direito ao lazer, também explícito componente do aludido *Piso Vital Mínimo*, impõe ao Poder Público municipal a atuação, dentro dos ditames da concepção de cidades sustentáveis e sob dois aspectos dentro de um plano jurídico: primeiro, deve assegurar os meios necessários capazes de garantir entretenimento à população; segundo, deve assegurar à pessoa humana sua incolumidade físico-psíquica e sua saúde, integradas a estrutura da dignidade da pessoa humana.

É, portanto, entendida a cidade como um bem ambiental e com base no conceito de cidade sustentável, que as políticas urbanas devem ser pensadas. A fim de garantir ao cidadão o conjunto de direitos fundamentais que compõe a dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Chegando ao final do trabalho, vê-se que a positivação dos Direitos Humanos se dá de acordo com a sociedade que os conquista. Por isso, na lição de Bobbio, eles não nascem todos de uma vez, tampouco de uma vez por todas. São fruto das construções doutrinárias e da fundamentação que se dá.

Nesse contexto, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio inaugura uma terceira dimensão dos direitos fundamentais, que completando as duas primeiras, tem como fundamento os direitos de solidariedade e de fraternidade, pois o direito ao meio ambiente é, ao mesmo tempo, individual e coletivo – direito difuso, metaindividual ou transindividual, na leitura dos doutrinadores.

No entanto, desde o nascimento desses direitos ditos fundamentais, o problema maior não está na sua fundamentação ou justificativa para que façam parte das cartas magnas e do direito positivado. A grande dificuldade reside justamente na sua efetivação, pois para que ela ocorra, concorrem as ações, tanto governamentais quanto da comunidade.

Aliás, de acordo com nossa Constituição Federal, em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações é, em verdade, dever do Estado e de toda a sociedade. Isso torna sua implementação, tutela e efetivação um tanto complexa, especialmente porque o Brasil optou por um Estado Democrático de Direito, onde todo cidadão tem seu poder de decisão pela exigência ou não de seus direitos subjetivos.

Como visto, a construção do atual modelo de Estado também passou por um longo caminho, teve como modelo um intermediário entre os modelos alemão, inglês, norte-americano e francês, que se desenvolveu para que se chegasse ao que hoje conhecemos por Estado de Direito.

E é dentro desse modelo que hoje se fala em Estado de Direito Ambiental, onde todas as ações, governamentais ou não, devem voltar-se a tutela do meio ambiente, primordialmente. Para os autores colacionados no presente trabalho, esse Estado de Direito Ambiental é um dever ser que deve ser perseguido por todos, sendo que muitos deles o julgam um Estado utópico, mas é um sonho que exige ser sonhado.

Sonhar e buscar implementar esse Estado de Direito Ambiental parece ser a única alternativa na busca do direito e do meio ambiente que se pretende ter, proteger e deixar para as presentes e futuras gerações, sempre pensado a partir de sua sustentabilidade.

Sustentabilidade esta que decorre dos ditames constitucionais e é contemplada por leis infraconstitucionais, como no Estatuto da Cidade, que a par da nova Lei Complementar 140/11, prevê as diretrizes para alcançá-la.

Esta última, em especial, veio reforçar a posição do Município frente aos demais entes federativos. Ou seja, veio restaurar a importância que tal ente teve, em especial para o trato com o meio ambiente, e que se perdeu com o passar do tempo.

Ainda no império romano, a administração pública era feita através de divisão por territórios – as cúrias. Modelo que foi reproduzido pela Igreja Católica e que perdura até os dias atuais. Foi também adotado por Portugal, em meados século XIII, cuja estrutura de governo foi implantada no Brasil-Colônia, sobrevivendo à Independência e com efeitos no Brasil-Império.

Somente com a Constituição de 1891, que seguiu o modelo Norte-Americano, é que o Município perdeu sua importância como ente federativo. O que continuou com as seguintes constituições, até 1988, culminando com o absurdo de, durante o período da ditadura, alguns estados editarem leis orgânicas que valiam para todos os seus municípios.

Até mesmo depois de 1988, e atualmente, há quem ainda entenda que normas federais e estaduais valem mais que as municipais. Tal hierarquia foi abolida pela nossa Carta Magna ao estabelecer as competências de cada ente. Mas a herança ainda seduz parte da população brasileira e até mesmo alguns operadores do direito.

Num cenário onde o território urbano reúne 84% da população brasileira, resta evidente que é o Município que, munido da força que retoma pela CF/88, quem reúne as melhores condições de alcançar a efetiva realização dos direitos fundamentais (desde os mais simples, como os individuais, até os mais complexos como os metaindividuais). Em última análise, é o Município o ente federativo que melhor conhece a realidade de seus cidadãos e que pode promover, de forma eficiente, sua sustentabilidade e a dignidade humana – mais nobre objetivo de nosso Estado de Direito.

Acreditamos ser nesse contexto jurídico, que tem por base os fundamentos constitucionais da tutela ambiental, que dão guarida a um Estado de Direito Ambiental, somadas as diretrizes dadas pelo Estatuto da Cidade e as ferramentas de cooperação previstas na L.C. 140/11. que a efetivação do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações, pode vir a se tornar uma realidade.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal**. Revista Trimestral de Direito Público, n7, 1994.

FERREIRA, Heline Sivini, in CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, **Direitos Humanos Fundamentais**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_, Manoel Gonçalves Ferreira, **Direitos Humanos Fundamentais**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito das Cidades Sustentáveis no Âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Artificial**. In FERREIRA, Heline Sivini, e LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental – Tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_, José Rubens Morato e FERREIRA, Heline Sivini. **Estado de Direito Ambiental: Tendências, Aspectos Constitucionais e Diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9ª Ed. Re. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

MUKAI, Toshio .**A Lei Complementar nº 140, 08 de dezembro de 2011, que fixa diretrizes para a cooperação entre os entes federativos em matéria ambiental**. disponível em: <http://mkt2.ibcweb.com.br/emkt/news/fev12/artigo01.pdf> - acesso em 30/04/2012

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro. In LEITE, José Rubens Morato e FERREIRA, Helene Sivini. **Estado de Direito Ambiental: Tendências, Aspectos Constitucionais e Diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. *In* **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. V. 1. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: **O social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAUWEN, Regina Fiuza & HRYNIEWICZ, Severo, **O Direito “in vitro” – Da Bioética ao Biodireito**, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. *In* COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

**APÊNDICES**

---

APÊNDICE A

---

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

**ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA**

Eu, Vanderlei Conci, acadêmico do Curso de Direito, código de matrícula número 200717055, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções nas esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 14 de junho de 2012.

---

Acadêmico Vanderlei Conci

## APÊNDICE B

---

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

**TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA**

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do estudante, Vanderlei Conci, cujo título é A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie. Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: Prof. Me. Rodrigo da Costa Vasconcelos, telefone para contato (49) 99199879.

Chapecó (SC), 14 de junho de 2012.

---

Orientador Prof. Me. Reginaldo Pereira