



O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE GERENCIAMENTO DE ÁREAS CONTAMINADAS EM ZONA URBANA

The conflict of fundamental rights in the enforcement of legislation of management of
contaminated areas in urban zones

Revista de Direito Ambiental | vol. 98/2020 | p. 113 - 129 | Abr - Jun / 2020
DTR\2020\7364

Júlia Assis da Silva

Mestranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) no núcleo de
Direitos Difusos e Coletivos. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da
Sustentabilidade pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e
Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE – PUC-SP).
Advogada. juliaassis@gmail.com

Área do Direito: Ambiental

Resumo: O presente artigo objetiva o estudo acerca da colisão entre o direito
fundamental ao desenvolvimento sustentável, consubstanciado pela legislação que trata
do gerenciamento de áreas contaminadas, e o chamado princípio da reparação integral
do dano ambiental, extraído a partir das previsões constitucionais e legais sobre
proteção ambiental. Com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy,
brevemente explanada, busca-se discutir a aplicação da regra da proporcionalidade para
avaliar a colisão entre os princípios na situação fática de contaminação de solo e água
subterrânea em imóveis localizados em zona urbana. O artigo, ao final, pretende
verificar se é possível definir qual dos princípios deve prevalecer nessa situação
concreta.

Palavras-chave: Áreas contaminadas – Desenvolvimento sustentável – Reparação
integral do dano ambiental – Proporcionalidade – Colisão de princípios

Abstract: This paper aims to study the conflict between fundamental right to sustainable
development, encompassed by legislation on management of contaminated areas, and
the so-called principle of full recovery of environmental damage, extracted from
constitutional and legal provisions related to environmental protection. Grounded on "A
Theory of Constitutional Rights" from Robert Alexy, shortly explained, the paper has the
purpose of discussing the applicability of the proportionality rule to evaluate the collision
among the principles in the situation of contamination of soil and groundwater within
real estates located in urban area. In the end, the paper aims to verify whether it is
possible to define which of the aforementioned principles shall prevail in the factual
situation.

Keywords: Contaminated areas – Sustainable development – Full recovery of
environmental damage – Proportionality – Collision of principles

Sumário:

1.Introdução - 2.Direitos fundamentais em colisão aplicados ao tema - 3.Gerenciamento
de áreas contaminadas e reparação do dano ambiental - 4.Aplicação da regra da
proporcionalidade no contexto da regulamentação de áreas contaminadas em zona
urbana - 5.Conclusão - 6.Referências bibliográficas

1.Introdução

O histórico de industrialização do Brasil, de uma forma geral, trouxe diversos benefícios
sociais e financeiros para o País ao longo do século XX. A instalação de indústrias trouxe
também efeitos adversos, destacando-se os passivos ambientais relacionados à
contaminação do solo e da água subterrânea.



Seja porque não havia legislação apta a proteger o meio ambiente em meados do século XX, seja porque não havia conhecimento dos reais danos causados pelos procedimentos adotados nas fábricas instaladas, fato é que muitas empresas operaram durante décadas, causando contaminação do solo e da água subterrânea, sem que houvesse ação efetiva dos órgãos públicos para proteção desses bens ambientais.

O estado de São Paulo e o Brasil adotam procedimento de gerenciamento de áreas contaminadas aplicado internacionalmente, inserido, respectivamente, no ordenamento jurídico pela edição da Lei do Estado de São Paulo 13.577/2009 e pela Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401), que preveem o gerenciamento de áreas contaminadas que visa, ao fim, a reabilitação para uso declarado com base na avaliação de risco à saúde humana ou ao meio ambiente, a depender do caso. Essa opção legislativa atende ao princípio do desenvolvimento sustentável, pois possibilita a definição de opção técnica e economicamente viável para dar solução ao passivo ambiental identificado. No entanto, há entendimento diverso no sentido de que a contaminação identificada em solo e água subterrânea deveria ser totalmente removida com vistas à reparação integral do dano ambiental, o que enseja complicações técnicas para sua implementação e inviabilidade econômica.

Tendo-se como base as definições legais e doutrinárias atinentes sobre desenvolvimento sustentável e reparação integral do dano ambiental, discute-se a proporcionalidade (ou não) do regramento atualmente vigente sobre gerenciamento de áreas contaminadas ou se a remediação deve buscar a completa remoção dos contaminantes.

2. Direitos fundamentais em colisão aplicados ao tema

Com o fim de dar embasamento à análise dos direitos fundamentais em colisão objeto do presente estudo, analisaremos exemplos de colisão de direitos fundamentais em temas ambientais de uma forma geral para, ao fim, trazer a colisão específica que aqui se discute, relacionada ao desenvolvimento sustentável em comparação com o conceito de reparação integral do dano ambiental, no contexto do gerenciamento de áreas contaminadas.

2.1. Colisão de direitos fundamentais em temas ambientais

O Direito Ambiental pode ser considerado microsistema inserido no ordenamento jurídico brasileiro e são inerentes a esse ramo do direito diversos princípios advindos tanto das previsões constitucionais sobre o tema, quanto de leis esparsas, tais como os artigos 170 e 225 da Constituição Federal, a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal 6.938/1981 (LGL\1981\21)), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei Federal 9.433/1997 (LGL\1997\51)), o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei Federal 9.985/2000 (LGL\2000\261)), a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal 12.305/2010 (LGL\2010\1558)), somente para citar alguns exemplos.

Por compreender diversos assuntos e também pela transversalidade com diversos outros ramos do Direito, os princípios afetos ao Direito Ambiental são relevantes para a consolidação das normas ambientais e, por isso mesmo, estão sujeitos a diversas circunstâncias de colisão. Entre tais situações, destacamos a discussão aqui levantada de colisão entre os princípios do desenvolvimento sustentável e da reparação integral do dano ambiental no contexto do gerenciamento de áreas contaminadas.

Com vistas a fornecer subsídios para o tema, e considerando-se que o fim desta análise não trata do aprofundamento da discussão sobre teoria dos direitos fundamentais, adotam-se aqui como premissas as conclusões de Robert Alexy.

Nesse ponto, entende-se relevante breve avaliação sobre a distinção entre os conceitos de princípios e regras para, então, tratar-se da regra da proporcionalidade aplicada em casos de colisão de princípios.

Em linhas gerais, Robert Alexy traz a distinção entre regras e princípios e define estes



últimos como mandamentos de otimização, com graus de satisfação variados a depender das circunstâncias fáticas envolvidas:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”²

Ao tratar a forma de resolução de conflitos entre princípios, Robert Alexy defende que um princípio deve ceder ao outro no caso de conflito, sendo que a avaliação do princípio de prevalência é feita com base nas circunstâncias do caso concreto:

“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”³

Virgílio Afonso da Silva, de forma sucinta, discorre sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e indica que “princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”⁴. Em linhas gerais, e no limite do quanto cabível para a presente análise, para tal sopesamento, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy se vale da denominada regra da proporcionalidade:

“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade”⁵.

Tratando especificamente de cada sub-regra da proporcionalidade, destacamos os conceitos doutrinários associados. No que concerne à adequação, entende-se que “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”⁶.

Quanto à necessidade, define-se que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”⁷. Vê-se, portanto, que o exame da necessidade passa por uma relação comparativa entre duas alternativas a serem consideradas pelo ente estatal, ao



passo que a adequação é uma avaliação em termos absolutos.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁸. Assim, no contexto dessa sub-regra, a avaliação de que um ato é desproporcional exige a confirmação de que “os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”⁹.

As sub-regras da proporcionalidade devem ser aplicadas na ordem predefinida nas quais se relacionam, sendo que “a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas sub-regras”¹⁰. Isso porque existe uma relação de subsidiariedade entre as sub-regras e somente se deve passar para a sub-regra seguinte (da adequação para a necessidade, por exemplo) se a aplicação da regra da proporcionalidade não tiver sido resolvida com a sub-regra anterior.

Diante de tal análise, verifica-se que, por serem mandamentos de otimização, os princípios de direito fundamental e, portanto, os princípios dispostos na Constituição Federal, não são dotados de caráter absoluto e, em nenhuma hipótese, há prevalência “automática” de um princípio em relação ao outro. Considerando-se a circunstância em análise, pela Teoria dos Direitos Fundamentais, por exemplo, não há justificativa teórica para que se defenda a prevalência do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado assumido aqui como princípio da reparação integral do dano ambiental¹¹ em relação ao princípio do desenvolvimento sustentável, e vice-versa.

Conforme discorrido por Marcelo Buzaglo Dantas, ao considerar-se um direito fundamental protegido em nível constitucional, “ele não está infenso a eventualmente ser superado por outro direito que se situa na mesma posição hierárquica, em um determinado caso concreto de colisão”¹². E continua indicando que “até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana – que, segundo norma expressa da Constituição Federal alemã, é inviolável – ‘é sopesado diante de outros princípios’”¹³, ao trazer o entendimento de Robert Alexy de que, embora reconheça que, em regra, a dignidade da pessoa humana prevalece, recusa-se a atribuir-lhe caráter absoluto¹⁴.

Nesse mesmo contexto, Marcelo Buzaglo Dantas também discorre sobre a relação de conflituosidade contraposta ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

“Trazendo-se este pensamento para o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se afirmar sem qualquer receio que ele, embora encontre guarida constitucional, não prevalece em tese sobre qualquer outro princípio insculpido na Constituição. A colisão entre eles, toda vez que ocorrer, deverá ser resolvida no caso concreto, à luz da proporcionalidade.”¹⁵

2.2. Desenvolvimento sustentável vis-à-vis reparação integral do dano ambiental

Feitas as considerações teóricas cabíveis, passa-se a analisar especificamente a circunstância específica dos princípios fundamentais intimamente ligados ao gerenciamento de áreas contaminadas no contexto de área urbana, quais sejam, o princípio do desenvolvimento sustentável e o princípio da reparação integral de dano ambiental, erigido de construção doutrinária a partir do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado associado a previsões legais sobre recuperação ambiental, conforme abordado a seguir.

O princípio do desenvolvimento sustentável ganhou destaque internacional na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992. Segundo José Afonso da Silva:

“Parte do reconhecimento da natureza interdependente e integral da Terra, nosso lar, e do princípio de que os seres humanos estão no centro das preocupações com o



desenvolvimento sustentável e têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza (Princípio 1). Põe-se, nesse primeiro princípio, a correlação de dois direitos fundamentais do Homem: o direito ao desenvolvimento e o direito a uma vida saudável.”¹⁶

Importante indicar que o nome específico referido como “desenvolvimento sustentável” foi usado pela primeira vez no Relatório “Nosso Futuro Comum”, de 1987, produzido no âmbito da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, e que também é conhecido como “Relatório Brundtland”, por ter sido liderado pela Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland. Tal Relatório demonstrou a necessidade de se atingir o “desenvolvimento sustentável”, tendo como um dos meios a criação de uma rede internacional de suporte e auxílio financeiro¹⁷, constituindo-se o tríplice pilar econômico, social e ambiental da sustentabilidade. Veiculou, ainda, a “noção de que o desenvolvimento sustentável seria ‘aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades’”.¹⁸

O princípio do desenvolvimento sustentável está disciplinado na legislação infraconstitucional desde a edição da Política Nacional de Meio Ambiente em 1981 antes mesmo da Constituição Federal:

“Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I – à compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; [...]

VI – à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; [...].”

Constitucionalmente, o princípio do desenvolvimento sustentável está previsto no art. 170, que inaugura o Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

Diante de tal circunstância, e conforme discorrido por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, é possível considerar que o desenvolvimento econômico não só pode como deve conviver e se lastrear também na proteção ambiental e na sustentabilidade:

“O princípio do desenvolvimento sustentável expresso no art. 170 (inciso VI) da CF/88 (LGL\1988\3), confrontando com o direito de propriedade privada e a livre-iniciativa (caput e inciso II do art. 170), também se presta a desmistificar a perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor dos valores e princípios constitucionais ambientais.”¹⁹

De outro lado, não há no ordenamento jurídico a definição do princípio da reparação integral do dano ambiental²⁰, o qual é extraído da análise conjunta das previsões do artigo 225²¹ da Constituição Federal que estabelecem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a obrigação de reparação de danos ambientais causados pelas atividades potencialmente poluidoras, associada a conceitos previstos infraconstitucionalmente, notadamente na Política Nacional de Meio Ambiente²².



Segundo Paulo Affonso Leme Machado, o princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está associado ao conceito macro de equilíbrio dos ecossistemas, o que não deve estar distante da aplicação do Direito:

“A especial característica do princípio é a de que o desequilíbrio ecológico não é indiferente ao Direito, pois o Direito Ambiental realiza-se somente numa sociedade equilibrada ecologicamente. Cada ser humano só fruirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado.”²³

Somando-se ao conceito do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a construção do princípio da reparação integral do dano ambiental se baseia na obrigação de reparação dos danos causados, constante do § 3º do artigo 225 da Constituição Federal associado à previsão do § 1º do artigo 14 da Política Nacional de Meio Ambiente. Adicionalmente, com base na Política Nacional de Meio Ambiente, especialmente nos seus objetivos²⁴, princípios²⁵ e conceitos²⁶, alça-se a reparação integral do dano ambiental ao patamar de princípio.

Importante fazer a ressalva conceitual de que se entende que obrigação de reparação dos danos causados advém da responsabilidade civil por danos ambientais que tenham sido causados por dada atividade e não se perfaz como reflexo da aplicação de um suposto princípio de Direito Ambiental à obrigação de reparação de dano ambiental. Como indicado anteriormente, princípios são deveres *prima facie*, e não obrigações legais; são utilizados como mandamentos de otimização na aplicação das normas de direito fundamental. Um princípio não pode, portanto, advir de uma responsabilidade civil de reparar danos ambientais, que é resultante de outros conceitos e requisitos, notadamente a ocorrência do dano ambiental e a verificação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano identificado.

3. Gerenciamento de áreas contaminadas e reparação do dano ambiental

3.1 Breves conceitos previstos nas normas legais e infralegais sobre gerenciamento de áreas contaminadas

Nacionalmente, a Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401) traz regramento sobre gerenciamento de áreas contaminadas e “dispõe sobre critérios e valores orientadores de qualidade do solo [...] e estabelece diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas [...]”.

No que tange à discussão específica sobre áreas contaminadas e a qualidade do solo e da água subterrânea como bens ambientais a serem protegidos, a Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401), estabelece que “a proteção do solo deve ser realizada de maneira preventiva, a fim de garantir a manutenção da sua funcionalidade ou, de maneira corretiva, visando restaurar sua qualidade ou recuperá-la de forma compatível com os usos previstos”²⁷.

No estado de São Paulo, as diretrizes e os procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas foram estabelecidos pela Lei Estadual 13.577/2009. A regulamentação da mencionada Lei Estadual foi aprovada pelo Decreto Estadual 59.263/2013 e, atualmente, a Decisão de Diretoria (DD) da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) 38/2017 disciplina o detalhamento técnico e os procedimentos específicos para o gerenciamento de áreas contaminadas de competência do mencionado órgão ambiental.

Adicionalmente, a legislação paulista estabelece como seu objetivo “garantir o uso sustentável do solo, protegendo-o de contaminações e prevenindo alterações nas suas características e funções”, elencando os meios para tal fim, a exemplo de: (i) medidas para proteção da qualidade do solo e das águas subterrâneas; (ii) medidas preventivas à geração de áreas contaminadas; (iii) garantia à saúde e à segurança da população



exposta à contaminação²⁸, entre outros.

Tais normas tratam dos procedimentos para gerenciamento da contaminação de solo e água subterrânea – na grande maioria das vezes localizadas em regiões urbanas – e que tem sua causa em condutas históricas que ensejaram o aparecimento de tais áreas contaminadas. No entanto, muitas dessas condutas eram toleradas historicamente e detinham autorização dos órgãos ambientais de controle, seja porque o setor produtivo não dispunha àquela época de procedimentos com maior precaução, seja porque não havia regulamentação adequada sobre o assunto.

Com vistas a dar resolução para tal passivo ambiental associado à contaminação de solo e água subterrânea, os mencionados regramentos estabelecem um fluxo de procedimentos que envolvem investigação do solo e água subterrânea, a avaliação de risco à saúde humana como regra para o caso de zona urbana, apresentação de plano de intervenção com base em valores orientadores para a remediação e reabilitação, com manutenção posterior de monitoramento dos resultados das análises de presença de contaminantes.

Conforme extraído das previsões legais das referidas normas, e com o fito de subsidiar a presente análise, destaca-se que a remediação é conceituada como “uma das ações de intervenção para reabilitação de área contaminada, que consiste em aplicação de técnicas, visando a remoção, contenção ou redução das concentrações de contaminantes”²⁹, tratando-se da “adoção de medidas para a eliminação ou redução dos riscos em níveis aceitáveis para o uso declarado”³⁰. Por reabilitação entende-se “ações de intervenção realizadas em uma área contaminada visando atingir um risco tolerável, para o uso declarado ou futuro da área”³¹, sendo que uma área considerada reabilitada³² “quando for restabelecido nível de risco aceitável para o uso declarado”.

Os mencionados regramentos partem da premissa comum de que uma área em que seja identificada contaminação de solo e água subterrânea deve ser remediada com o objetivo final de reabilitação para o uso declarado, baseando-se em avaliação de risco à saúde humana no caso de estar localizada em zona urbana, em que os receptores são os seres humanos.

Em linhas gerais, a legislação não traz exigência genérica e irrestrita de que todos os contaminantes sejam removidos do solo e da água subterrânea até que se atinja um nível “zero” de contaminação e, portanto, a reparação integral do dano ambiental. A meta visa ao atingimento de concentrações de contaminantes que não exponham as pessoas – especialmente no caso de zona urbana – e o meio ambiente – quando for necessária a avaliação de risco ecológico – a riscos significativos. Portanto, seu objetivo consiste em definir metas de remediação para redução dos parâmetros de contaminantes identificados, sendo que a intervenção a ser feita deva estar atrelada ao uso específico do imóvel em que haja contaminação de solo e água subterrânea e aos receptores que estariam expostos a tais riscos. Importa considerar, como mencionado, que tais áreas contaminadas como regra se encontram em solo urbano, já impactado como meio ambiente artificial.

Entende-se que o atual gerenciamento de áreas contaminadas atende ao princípio do desenvolvimento sustentável, pois, associado ao pilar de proteção ambiental, visa também garantir a utilização futura do imóvel para o fim declarado, permitindo desenvolvimento econômico com atendimento às regras ambientais. Ademais, o pilar econômico do desenvolvimento sustentável está também atrelado à viabilidade econômica e financeira das atividades produtivas e das regulamentações e ações estatais.

Deve-se considerar que o custo envolvido na remediação de uma área contaminada no contexto de um gerenciamento é muito significativo considerando-se a regulamentação atual. Caso fosse exigida a reparação integral do dano ambiental, além da inviabilidade técnica, em razão da maioria das áreas estar localizada em área urbana, já degradada



pela própria ocupação humana, deve-se considerar a definição de custo economicamente inviável, ensejando a não utilização da área para qualquer fim. Esse cenário não atenderia ao princípio do desenvolvimento sustentável, pois economicamente as áreas contaminadas não seriam reaproveitadas, socialmente tais imóveis não teriam qualquer destinação e ambientalmente tais áreas permaneceriam com níveis relevantes de contaminantes sem qualquer remediação.

3.2. Conceito do princípio da reparação integral do dano ambiental no gerenciamento de áreas contaminadas

Tendo-se em conta que o regramento do gerenciamento de áreas contaminadas não visa à reparação integral do dano ambiental, há corrente que defende que a Lei Estadual 13.577/2009 e a Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401) seriam inconstitucionais, com base no entendimento de que tais normas não atenderiam à previsão constitucional de reparação integral do dano e que, portanto, a CETESB e os órgãos ambientais competentes devam exigir a reparação integral do dano e não somente a definição de metas de remediação com base em parâmetros definidos para reabilitação para o uso declarado.

Para a construção de tal entendimento, indicam a existência do já mencionado princípio da reparação integral do dano ambiental, que seria baseado nos mecanismos estabelecidos pela Política Nacional de Meio Ambiente³³.

Segundo essa corrente, apesar de o tema do gerenciamento de áreas contaminadas ser eminentemente afeto a áreas urbanas, nas quais já houve intervenções humanas que descaracterizaram a condição original do ecossistema inicial, devem ser considerados os conceitos de restauração e recuperação previstos na Lei Federal 9.985/2000 (LGL\2000\261), que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), que estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação³⁴, que, por sua vez, são conceituadas como espaços territoriais e seus recursos ambientais "com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção"³⁵.

Para tanto, defende-se que

"[...] considerando o disposto na Lei 9.985/2000 (LGL\2000\261) – SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação – no sentido de que restaurar é restituir "um ecossistemas ou uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original", tanto a Res. Conama 420/2009 como a Lei estadual 13.577/2009 não cumprem com o dever intergeracional insculpido no art. 225 da CF/1988 (LGL\1988\3), de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado."³⁶ (destaques no original)

Nesse contexto, a mencionada doutrina sustenta que o parâmetro de risco que se tende a utilizar para as áreas urbanas pelas referidas normas de gerenciamento de áreas contaminadas não atende ao preceito constitucional de proteção do meio ambiente. Para tanto, é apontado que:

"Os tipos de intervenções (reabilitação ou remediação) na forma em que estão propostos atendem parcialmente à preservação e reparação do solo já que, se dentro dos cenários de exposição para o uso declarado não trarão risco à saúde humana, por outro lado, como acentuado anteriormente, afrontam as imposições constitucionais de preservação e restauração integral dos processos ecológicos."³⁷

No entanto, é necessário ponderar a aplicabilidade de tal dito princípio da reparação integral do dano ambiental no âmbito da situação fática das áreas contaminadas em zona urbana, para o fim de garantir a aplicação da legislação de forma proporcional para garantir a proteção ambiental.



4. Aplicação da regra da proporcionalidade no contexto da regulamentação de áreas contaminadas em zona urbana

De um lado, é verificada a garantia do princípio do desenvolvimento sustentável, consubstanciado pela regra atualmente em vigor que trata do gerenciamento de áreas contaminadas para a reabilitação para o uso declarado. De outro lado, verifica-se o posicionamento de aplicação do princípio da reparação integral do dano ambiental, que baseia a construção de que tais normas de gerenciamento de áreas contaminadas são inconstitucionais.

Diante de tal colisão de princípios constituídos como deveres *prima facie*, tendo em vista a sua conceituação como mandamentos de otimização, faz-se necessário sopesamento por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, conforme discorrida por Robert Alexy.

Sem a pretensão de esgotar o tema, e sem se aprofundar na teoria dos direitos fundamentais, busca-se aqui fazer o exercício de aplicação da regra da proporcionalidade, considerando-se os mencionados princípios em conflito, no contexto fático da contaminação de solo e água subterrânea em zona urbana. Como se trata de regra a ser aplicada caso a caso, o exercício aqui desenvolvido não tem o objetivo de trazer uma conclusão definitiva sobre o tema. No entanto, para o fim da presente aplicação, adotam-se as premissas discorridas ao longo da presente análise.

Considerando-se a primeira sub-regra a ser aplicada, deve-se avaliar a adequação dos princípios, no sentido de verificar qual dos meios a serem utilizados (desenvolvimento sustentável ou reparação integral do dano ambiental) é mais apto a fomentar o objetivo de preservação do meio ambiente, mesmo que tal objetivo não seja completamente realizado. Nesse contexto, entende-se de forma sucinta que, de um lado, o desenvolvimento sustentável fomenta a proteção ambiental de forma mais prática, tendo como apoio os pilares econômico e social, que dão lastro a uma atuação efetiva e que garanta também a sobrevivência da sociedade. De outro lado, a reparação integral do dano ambiental possibilita medidas de recuperação ambiental eficazes. Partindo-se das premissas adotadas, considera-se para o fim desta análise que tanto o desenvolvimento sustentável quanto a reparação integral do dano ambiental seriam igualmente aptos a tal fomento.

Superada a sub-regra da adequação, passa-se à aplicação da sub-regra da necessidade, que, como já indicado, visa identificar comparativamente se, entre os direitos fundamentais em tela, um pode ser mais eficiente no sentido de promover a realização do objetivo perseguido – proteção ambiental – de forma que limite menos o outro direito fundamental em conflito. Partindo-se de tal conceito, e tendo como base o aprofundamento moderado da Teoria dos Direitos Fundamentais adotada para este estudo, para a realização da proteção ambiental, a prevalência da reparação integral do dano ambiental afeta substancialmente a garantia do desenvolvimento sustentável, pois a aplicação da reparação integral tende a impossibilitar a utilização de áreas contaminadas por ser economicamente inviável, afetando significativamente os pilares do desenvolvimento sustentável (ambiental, econômico e social). De outro lado, a prevalência do desenvolvimento sustentável é menos gravosa e afeta em menor medida a reparação integral do dano ambiental, pois a manutenção dos seus três pilares (ambiental, econômico e social) garante a realização do objetivo – proteção ambiental – sem que impeça a proteção da reparação de danos ambientais, na medida a ser definida caso a caso, seja de forma integral, seja parcial.

No que tange à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, para o fim da presente análise, não é cabível a sua aplicação, pois, a partir das premissas adotadas e do aprofundamento necessário para o estudo, a aplicação da regra da proporcionalidade foi concluída já na sub-regra da necessidade. Assim, a aplicação da regulamentação vigente de gerenciamento de áreas contaminadas decorre da sub-regra da necessidade, conforme aqui exposto.



5. Conclusão

A Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401) e a Lei do estado de São Paulo 13.577/2009 estabelecem procedimentos para a remediação da área contaminada que visam à reabilitação para o uso declarado, baseando-se em avaliação de risco à saúde humana para os casos de contaminações localizadas em zona urbana. Essa normatização atende ao princípio do desenvolvimento sustentável, pois garante a manutenção dos seus pilares econômico, social e ambiental.

Parte da doutrina discorda da constitucionalidade da Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401) e da Lei do estado de São Paulo 13.577/2009, com base no entendimento de que tais normas não atendem ao princípio constitucional da reparação integral do dano ambiental.

Não se adentra na discussão conceitual se há, de fato, princípio positivado da reparação integral do dano ambiental e adota-se o entendimento de que há colisão desse princípio com o do desenvolvimento sustentável no âmbito do gerenciamento de áreas contaminadas.

A partir da aplicação da Teoria dos Direitos Fundamentais, considerando-se as premissas adotadas e o aprofundamento moderado necessário para a presente análise, sopesaram-se os princípios do desenvolvimento sustentável e a reparação integral do dano ambiental no âmbito do gerenciamento de áreas contaminadas. Conclui-se que deve prevalecer o princípio do desenvolvimento sustentável e, portanto, a manutenção do regramento do gerenciamento de áreas contaminadas conforme atualmente estabelecido na legislação, com vistas à realização do objetivo de proteção ambiental.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GREENE, Owen. Environmental issues. In: BAYLIS, John; SMITH, Steve (Ed.). The globalization of world politics: an introduction to international relations. 3. ed. Oxford: University Press, 2006.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LUTTI, José Eduardo Ismael. Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401) e Lei Estadual 13.577/2009: inconstitucionalidade da "remediação para uso declarado". Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 17, v. 65, p. 13-25, jan.-mar. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MUKAI, Toshio. Direito urbano e ambiental. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



RODRIGUES, Lucas de Faria. A concretização da constituição ecológica: a norma ambiental e as ciências naturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Princípios do direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

1 Para o fim da presente análise, no que tange à questão terminológica, serão considerados sinônimos direitos fundamentais, princípios e valores. Ademais, serão equiparados os conceitos de direitos fundamentais e princípios constitucionais. Tal entendimento é reconhecido pela doutrina de Paulo Bonavides e Robert Alexy, como exposto por Buzaglo Dantas (2016), p. 17.

2 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 90-91.

3 Idem, p. 93.

4 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002. p. 25.

5 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 24.

6 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 36.

7 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 38.

8 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 40.

9 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 41.

10 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 34

11 Considera-se, aqui, o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como pressuposto para a definição do princípio da reparação integral do dano ambiental, conforme melhor discorrido oportunamente.

12 DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 41.

13 Ibidem, p. 41.

14 Nesse sentido, a obra de Marcelo Buzaglo Dantas aqui referenciada discorre sobre diversos casos concretos nos quais há colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos fundamentais. Apenas como exemplos, pois não se trata do tema aqui abordado, citam-se os precedentes jurisprudenciais da Farra do Boi e da Rinha de Galo, que contrapunham o direito



fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao direito fundamental ao patrimônio cultural.

15 DANTAS, Marcelo Buzaglo. Op. cit., p. 42.

16 SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 63-64.

17 GREENE, Owen. Environmental Issues. In: BAYLIS, John; SMITH, Steve (Ed.). The globalization of world politics: an introduction to international relations. 3. ed. Oxford: University Press, 2006. p. 451-478.

18 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Princípios do direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

19 Ibidem, p. 93.

20 Para o fim da presente análise, não será discutido o mérito da avaliação teórica sobre o que deve ou não ser considerado princípio no ordenamento jurídico. Considera-se como premissa a previsão da reparação integral do dano ambiental como princípio, apesar de tal princípio não ser positivado no ordenamento jurídico brasileiro e advir da construção teórica aqui indicada.

21 Art. 225: "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. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

22 Art. 14, § 1º: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

23 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 64.

24 Lei Federal 6.938/1981 (LGL\1981\21), art. 4º.

25 Lei Federal 6.938/1981 (LGL\1981\21), art. 2º.

26 Lei Federal 6.938/1981 (LGL\1981\21), art. 3º.

27 Resolução CONAMA 420/2000, art. 3º, caput.

28 Lei Estadual 13.577/2009, art. 2º.

29 Resolução CONAMA 0420/2009 (LGL\2009\2401), art. 6º, XVII.

30 Lei Estadual 13.577/2009, art. 3º, XVIII.

31 Resolução CONAMA 0420/2009 (LGL\2009\2401), art. 6º, XVIII.

32 Para o fim da presente análise, entende-se como sinônimos os termos "reabilitada" e "remediada", nos termos da Lei Estadual 13.577/2009, art. 26, caput.



33 LUTTI, José Eduardo Ismael. Resolução CONAMA 420/2009 (LGL\2009\2401) e Lei Estadual 13.577/2009: inconstitucionalidade da "remediação para uso declarado". Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 17, v. 65, jan.-mar., 2012. p. 20.

34 Lei Federal 9.985/2000 (LGL\2000\261), art. 1º, caput.

35 Lei Federal 9.985/2000 (LGL\2000\261), art. 2º, I.

36 LUTTI, José Eduardo Ismael. Op. cit., p. 22.

37 LUTTI, José Eduardo Ismael. Op. cit., p. 21.