

DA (NÃO) APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL E A SÚMULA 613 DO STJ

Ana Maria Moreira Marchesan*

Resumo: O artigo versa sobre o histórico, o diagnóstico e o prognóstico da rejeição da teoria do fato consumado em matéria ambiental, consagrada pela Súmula 613 do STJ. Através de uma perspectiva ecossistêmica, inspirada na interação dos diversos elementos da natureza, procura-se estabelecer as principais ocorrências de fatos consumados em matéria ambiental bem como as situações fáticas e jurídicas que o favorecem. O presente artigo se propõe a analisar os principais avanços que a Súmula 613 do STJ pode gerar na aplicação da legislação ambiental no Brasil.

Palavras-chave: Fato consumado. Direito ambiental. Fragmentação. Proporcionalidade. Precedentes.

Sumário: 1. Introdução. 2. As origens e a irradiação do fato consumado no direito brasileiro. 3. Tipologias de fato consumado em matéria ambiental. 4. Situações que favorecem o fato consumado. 4.1. A situação caracterizada como a aplicação dos gastos irreversíveis ou afundados. 4.2. Fracionamento ou segmentação do projeto. 4.3. Déficit na estrutura estatal em nível de fiscalização, planejamento e governança ambiental. 4.4. Juízos de proporcionalidade em termos genéricos. 5. A Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça. Considerações finais. Referências.

About the non-application of the fait accompli theory under environmental law and the binding Precedent 613 of the brazilian superior court of justice (STJ)

Abstract: The article deals with the history, diagnosis and prognosis of the rejection of the fait accompli theory in environmental law, and the binding precedent 613 of the brazilian superior court of justice (STJ). Through an ecosystem perspective, inspired by the interaction of the various elements of nature, it seeks to establish the main occurrences of faits accomplis in environmental

* Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Mestre e Doutora em Direito Ambiental e Biodireito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Urbanístico da FMP (EAD). Integrante da Diretoria do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. *E-mail:* ana_marchesan@mprs.mp.br.

law, as well as the factual and legal situations that favors them. This article aims to analyze the main advances that the STJ binding precedente 613 can generate in the application of environmental legislation in Brazil.

Keywords: Fait accompli. Environmental law. Fragmentation. Proportionality. Precedents.

Summary: 1. Introduction. 2. The origins and radiation of the fait accompli in Brazilian law. 3. Typologies of fait accompli in environmental law. 4. Situations that promotes the fait accompli. 4.1. The situation characterized as the application of sunk costs theory. 4.2. Fragmentation or segmentation of the project. 4.3. Deficit in the state structure in terms of inspection, planning and environmental governance. 4.4. Proportionality judgments in general terms. 5. Precedent 613 of the Superior National Court of Justice. Final considerations. References.

1 Introdução

A política dos fatos consumados opõe-se diretamente ao princípio da prevenção, pois estimula a prática de atos lesivos ao meio ambiente já que os aceita e, mais do que isso, os estabiliza, coroando-os com a marca de uma licitude artificial. Os julgamentos com lastro no fato consumado fazem política com a máscara da aplicação da lei.

Se a aplicação do fato consumado a campos menos perigosos como, por exemplo, o direito do ensino superior e ingresso no serviço público já produziu um desarranjo normativo e consequencial problemático e embaraçoso, na seara ambiental pode-se dizer que ele produz um conjunto de danos irreversíveis ao bem ambiental (difuso, fundamental, transgeracional e intangível).

Procura-se no presente estudo desenvolver bases teóricas e normativas para estabilizar a Súmula 613 do Superior Tribunal, por ser considerada um avanço incomensurável ao Direito Ambiental brasileiro.

2 As origens e a irradiação do fato consumado no direito brasileiro

A teoria/argumento/política do fato consumado teve origem, no Direito brasileiro, em casos relativos ao Ensino Superior, nos quais o Supremo Tribunal Federal acolheu como válidos os estudos realizados pelos beneficiários de proventos cautelares ilegais, sob a invocação de um “peculiar” quadro de dúvida objetiva sobre a validade dos regimentos universitários.¹

¹ FERREIRA, Odím Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 20.

O primeiro acórdão do qual se tem notícia em cujo contexto o fato consumado foi elevado ao *status* de razão de decidir foi o RMS 14.017.² Versava sobre nota mínima para aprovação no curso de Direito. No voto do Relator, Ministro Villas Boas, sobreveio a defesa da “justiça” como forma de se admitir a diplomação do aluno que, através de uma liminar, obteve aprovação nos níveis mais altos do curso, logrando colar grau.

A justiça é invocada sem maiores especificações no voto do Relator, ao passo que no voto do Ministro Revisor, Victor Nunes Leal, é alçado o seguinte argumento: “Nessa altura, como anular o curso, que foi concluído com base em decisão judiciária?”

No voto do Min. Evandro Lins, há expressa alusão à Súmula nº 58 do STF.³

Durante as décadas de 60 a 80, como relata Ferreira, as decisões do Supremo Tribunal Federal alicerçadas no fato consumado eram centradas no direito universitário e traduziam meras repetições da prevalência do fato consumado, que vez ou outra aparecia sob a rubrica das situações consolidadas.⁴

Ao longo da década de 90, não se têm notícias de acórdãos do Supremo Tribunal Federal invocando o fato consumado.

O extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) acabou recepcionando a jurisprudência do STF e se mostrou bem mais generoso no acolhimento do argumento, abolindo certos requisitos antes consagrados pela jurisprudência do STF para a manutenção das liminares conferidas em questões relativas ao direito universitário.⁵

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988, e respectiva instalação no ano seguinte, ocorreu uma natural transferência do argumento do fato consumado para a jurisprudência do STJ,⁶ sempre com a primazia do direito universitário, mas agregando alguns casos envolvendo aprovações em concursos públicos.

² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RMS 14.017*. Relator: Ministro Villas Boas. Julgado em: 22 mar. 1965. Disponível em: <RMS14017EmentaeAcórdão(1)RMS14017EmentaeAcórdão>. Acesso em: 12 maio 2018.

³ Súmula 58 do STF “é válida a exigência de média superior a quatro para a aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento”.

⁴ FERREIRA, Odím Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 24-25.

⁵ FERREIRA, Odím Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 27.

⁶ Tessler aporta panorama bastante abrangente da jurisprudência do STF e do STJ sobre o fato consumado nos domínios do direito estudantil e administrativo. Os principais beneficiários do fato consumado, segundo ela, seriam funcionários públicos e seus dependentes, dependentes de militares e estudantes em geral. A principal causa seria a morosidade do Judiciário (TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 27, 2004, p. 95-101).

Na mesma toada seguiram os novos tribunais regionais federais, fiéis à aceitação do argumento do fato consumado relacionado ao ensino superior. Segundo Ferreira, trata-se da “matéria-prima predileta”⁷ do fato consumado, por duas razões: a jurisprudência que o acolhe nasceu no STF quando apreciadas questões dessa tipologia e, no ensino, o fato consumado se presta a resolver diversas situações fáticas (como por exemplo não atingimento de nota mínima, transferências de alunos para outras instituições de ensino em hipóteses não previstas em lei).

Pode-se perceber dessa prospecção que o fato consumado surgiu – e ainda marca presença – como um curinga, um soldado de reserva capaz de cancelar situações sem amparo na ordem jurídica, mas que, diante da demora na prestação jurisdicional, exigiam um esforço argumentativo redobrado.

A inércia da Administração aliada à demora do Judiciário permitiria prestigiar situações de fato revestidas de aparente legalidade em prol de valores como a boa-fé, segurança jurídica e paz social.⁸

O conceito de fato consumado relacionado a esses casos, para Ferreira, restringe-se “ao argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava quando chegado o momento de decidir a causa”.⁹

A partir da década de 1990, observa-se um fenômeno expansionista do fato consumado para outros domínios do direito, inclusive o ambiental.

Essa projeção não se deu sem uma paralela desconfiância quanto ao argumento do fato consumado, mesmo em seu terreno mais fértil – o do ensino superior – demonstrando que setores do Poder Judiciário já anteviam graves problemas de juridicidade no seu acolhimento.

O primeiro caso de que se teve notícia julgado por uma Corte Federal na esfera ambiental diz respeito à construção em sítio tombado pelo patrimônio histórico nacional. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região considerou que uma construção no sítio Tombado do Monte Guararapes “ocupado há muitos anos” consubstanciaria um fato consolidado, não comportando alterações.¹⁰ Essa decisão prevaleceu pois o Superior Tribunal de Justiça, em 6/11/1995, não conheceu do Recurso Especial nº 24.098 e, em 11/10/1999, o Ministro Octávio Gallotti negou seguimento ao Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

⁷ Ob. cit., p. 33.

⁸ TESSLER, Marga. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional no direito estudantil. *Revista de doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 7, jul., 2005. Disponível em: <<http://www.revisadodoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

⁹ FERREIRA, Odím Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 41.

¹⁰ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Apel. Cível nº 10.335-PE. Relator: Juiz Lázaro Guimarães. Julgado em: 22 out. 1991. Acesso aos autos do processo n. 00.0014846-6.

Nessa transposição do Direito Administrativo relacionado ao ensino superior para o Direito Ambiental, as duas principais características do fato consumado enquanto argumento recorrente, identificadas no conceito de Ferreira, foram um pouco alteradas. A ilicitude é um aspecto que se manteve. Porém, a situação não se consuma necessariamente no curso do processo, ou após a liminar ou devido ao indeferimento da liminar (fato consumado reverso).

Na maior parte das situações envolvendo o argumento do fato consumado no Direito Ambiental, a situação fática preexiste ao processo ou vem a se consolidar durante ele, por indeferimento de uma liminar ou não cumprimento em tempo de se evitar a consumação de um dano muitas vezes de difícil ou mesmo impossível reparação. Pode suceder, ainda, que uma medida judicial permita a continuidade da atividade danosa ou de seus atos preparatórios convalidando um quadro fático em irreversível ou, por razões que serão melhor exploradas adiante, envolto em intensa complexidade jurídica, fática, econômica e/ou ecológica para reversão.

Há muitos casos em que a situação se consolidou sob a égide de uma lei, foi objeto de ação judicial que a atacava e exigia a reparação dos danos e, no curso do processo, sobrevém uma nova lei mais benéfica à qual o fato consumado ajuda a atribuir efeitos retroativos, mesmo que nela esses não estejam explícitos.

Encaixa-se nesse exemplo o universo de demandas postulando, por exemplo, a recuperação de intervenções em áreas de preservação permanente com base no anterior Código Florestal (Lei nº 4771/65) e que foram de alguma forma afetadas pelo advento da Lei nº 12.651/12.¹¹ Nessas situações, a sofisticação da racionalidade jurídica relacionada ao acolhimento do fato consumado é bem menos direta e exige operações mentais e argumentação deveras mais complexas.

¹¹ BRASIL. TRF 3ª Região. *Apelação Cível nº 0007272-67.2011.4.03.6102/SP*. Julgado em 1º jun. 2016. Relator Des. Federal Carlos Muta. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>>. Acesso em: 14 set. 2019. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp. 1.389.613 – MS (2013/0188421-7)*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 13 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 jul. 2018. Paradigmática a decisão da lavra do Min. Herman Benjamin, contestando entendimento solidificado pela Câmara Reservada de Meio Ambiente do TJ/SP no sentido da aplicabilidade imediata do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12) a situações consolidadas no passado: “Não se emprega norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis semas necessárias compensações ambientais. Precedentes (REsp1381191/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 30/6/2016; e AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/03/2014)”. (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.725.202 – SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/>>. Acesso em: 29 jul. 2018).*

A análise dessas decisões desvela uma soma de passividade institucional com labilidade legislativa. Em outras palavras: a inércia do poder de polícia administrativa alia-se a demora na prestação jurisdicional, de um lado; de outro, grupos de pressão reunindo aqueles interessados na ineficácia da legislação anterior conseguem mobilizar o Poder Legislativo e o Executivo para alterar a lei sob cuja vigência ter-se-ia consumado a ilicitude. E assim, a legislação ambiental segue a sua sina simbólica, construída hoje e desconstruída amanhã.

3 Tipologias de fato consumado em matéria ambiental

O primeiro exemplo de fato consumado ambiental associa-se diretamente à inércia e/ou omissão do poder de polícia administrativa.

A escassez material e humana de muitos municípios brasileiros aliada ao déficit habitacional conduz a ocupações humanas de grande monta em áreas que deveriam ser reservadas para desempenhar serviços ecossistêmicos (topos de morros, áreas ripárias, áreas de recarga de aquíferos, áreas protegidas pelo conjunto paisagístico, dentre outras). Assim, quando se cria um núcleo habitacional a menos de 30 m de um rio e o Poder Público municipal (o primeiro que deve agir nesse tipo de situação) o contempla passivamente, a tendência é a geração de uma situação fática de difícil reversão.

Entretanto, a aceitação dessa situação consolidada com graves prejuízos ao meio ambiente, com repercussão na qualidade e quantidade da água, na fauna e na flora ripárias, com lançamentos de dejetos sem tratamento prévio em manancial, anula a vocação preventiva do Direito Ambiental.

Ainda com foco na Administração, outro determinante de fato consumado é a corrupção urbano-ambiental. Prestes, em monografia desbravadora do tema da corrupção urbanística, identifica como formas recorrentes de transformar em lícito algo objetivamente ilícito as alterações legislativas específicas (diria eu, “cirúrgicas”) para privilegiar alguém ou alguma corporação, via condutas ilícitas tais como aprovações de atos legislativos com pagamento de propina; b) aprovações de projetos (empreendimentos) sem observância da impessoalidade; c) pagamento de suborno para fazer a estrutura administrativa funcionar em prol dos ativamente corruptos; d) “buracos negros” ou escaninhos complexos dentro da máquina administrativa conhecidos por poucos servidores que tiram proveito corrupto disso.¹²

¹² PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre Direito e Política no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 160.

Todas as hipóteses elencadas pela autora são extensivas ao fato consumado na área ambiental. Não raras vezes, uma lei de zoneamento que existe para proteger uma área de manancial ou de ocorrência de patrimônio cultural é alterada por outra lei ou por decreto para atender algum interesse de corruptor.

Crimes são praticados mesmo por meio de criação e exibição de documentos falsos para propiciar a aprovação de projetos que, objetivamente, não teriam condições de tramitação por conta de atentarem contra alguma norma ambiental de cunho restritivo.

Exemplo gravíssimo vem de investigação levada a cabo em Porto Alegre, quando se descobriu que um grupo de servidores municipais favorecia alguns empreendedores tendo como *modus operandi*, dentre outros procedimentos ilícitos, a criação e exibição de licenças ambientais falsas.¹³

Muito oportuna a respeito do tema a lição de Bugge,¹⁴ para quem o ambiente é uma vítima silenciosa da corrupção. Acrescenta ele não ser possível compreender a destruição maciça do meio ambiente sem reconhecer a corrupção como uma das importantes causas.

Muito semelhantes, mas não idênticas, são as práticas dimanadas do chamado “jeitinho brasileiro”, o qual pode ser definido como uma forma especial, mas não exclusiva, de contornar os rigores da lei e, ao mesmo tempo, lograr resultados marginais.¹⁵

Ele é diferente da corrupção porque é praticado às claras, abertamente, e se mantém sob algum controle. Adeodato exemplifica com o que chama de “teoria de evitar um mal maior”: o órgão estatal competente ou um funcionário incumbido de fiscalizar deixa de aplicar uma multa ou até interdição de uma empresa poluidora, permitindo que ela continue operando ilegalmente, a fim de evitar demissões em massa e até a falência da empresa.¹⁶

O segundo bloco de situações aptas à geração de fatos consumados envolve as situações que passam pelo Poder Judiciário e de certa forma nele encontram um combustível para conformá-las. Denominamos esse bloco de fatos consumados que se originam “apesar do Judiciário” e o subdividimos nas três seguintes hipóteses:

¹³ PRESTES, ob. cit., p. 161.

¹⁴ BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina. (Ed.). *Rule of law for nature*. New dimensions and ideas in environmental law. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 20.

¹⁵ ROSENN, Keith. Brazil's legal culture: the jeito revisited. *Florida International Law Journal*, v. 1, n. 1, 1984, p. 1- 43.

¹⁶ ADEODATO, João Mauricio. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 129-130.

- a) não concessão ou cassação de liminar;¹⁷
- b) concessão de liminar favorável ao poluidor;¹⁸
- c) decisão judicial autorizando atividade cuja licença ambiental foi previamente negada pela Administração.

Na primeira subespécie, algum legitimado ativo ingressa com a ação para evitar uma conduta apta a gerar um dano ou risco de dano ambiental e não a obtém. Com o passar do tempo, empregos são gerados, impostos arrecadados e o dano ambiental é subvalorizado frente às “supostas vantagens” socioeconômicas do projeto.

Muitas situações desse tipo derivam de gastos astronômicos logo nas fases iniciais do projeto para constranger o Poder Judiciário a não ousar conceder uma liminar que o iniba. Adiante abordaremos com maior profundidade a teoria dos custos irreversíveis ou afundados (*Sunk Costs Theory*).

Por sua vez, a segunda subespécie abrange um enorme grupo de julgados que cassam liminares deferidas para fazer cessar atividades poluidoras ou mesmo que outorgam efeito suspensivo a recursos originalmente dele desprovido. Não são poucas as decisões que, tal e qual ocorreu no caso dos Beach Clubs em Jurerê Internacional,¹⁹ suspendem via liminar um julgado demolitório e essa situação termina se perenizando e facilitando futura alegação de fato consumado.

Na terceira subespécie, o órgão ambiental indefere uma licença ou aprovação com respaldo na legislação ambiental. A parte prejudicada impugna (geralmente pela via do mandado de segurança) e o Judiciário acolhe a irresignação e manda dar continuidade ao licenciamento. Tem-se então um fato consumado apesar do Judiciário, contrariando a Administração.

No Rio Grande do Sul, foram inúmeros os indeferimentos do cadastro para uso e comercialização de produtos agrotóxicos pelo órgão ambiental estadual

¹⁷ Desse modo, tem-se por inafastável a aplicação, in casu, da teoria do fato consumado, haja vista que a satisfatividade imanente a decisão do STJ, que manteve a outorga da LAI ao desenvolvimento do projeto VEGA DO SUL, produziu situação fática consolidada na atualidade, que inviabiliza o retorno *ao status quo ante* (BRASIL. TRF 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.003036-8/SC. Julgado em 6 ago. 2003. Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁸ BRASIL. TRF 1ª Região. Numeração Única: 0000740-12.2009.4.01.3804 Recurso Extraordinário e Apelação Cível N. 2009.38.04.000741-9/MG. Relator Desembargador Federal HILTON QUEIROZ. J. em 5 jun. 2017. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁹ BRASIL. STJ. Medida Cautelar nº 22.436 – SC (2014/0054258-6). Relator Min. Sergio Kukina. J. em 24 mar. 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 set. 2019. Para maior aprofundamento: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELAÇÃO CÍVEL 502 6468-07.2014.4.04.7200/SC. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. Julgado em 24 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000220532&versao_gproc=12&crc_gproc=7ed649fd&termosPesquisados=IGVxdWkYWRIICdmYXRvIGNvbN1bWfkycg>. Acesso em: 30 ago. 2019.

(FEPAM) com base na legislação ambiental estadual. Entrementes, a maioria desses casos foi barrada pelo Tribunal de Justiça porquanto se entendeu que, estando o produto registrado nos órgãos federais (ANVISA, MAPA e IBAMA), não poderia o Estado banir o produto no Rio Grande do Sul, sob pena de invasão da competência da União.²⁰

Há ainda as situações de extrema ilicitude e que ocorrem mesmo diante de uma decisão judicial precaucional ou reparatória do meio ambiente, as quais, se não atacadas prontamente, podem convolar-se em situação consolidada. Tal situação quase foi materializada quando, em processo judicial objetivando demolição de estruturas (píer e casa) em área de preservação permanente e no interior de unidade de conservação estadual, houve acordo parcial em juízo. Não cumprido, o autor da ação (MPE) postulou a determinação judicial de intimação do réu para comprovar as demolições e interdição do imóvel, sobrevindo decisão do mesmo juízo onde celebrado o acordo denegando tais providências. A decisão foi enfrentada por agravo de instrumento (não conhecido) mas oportunamente veio a ser revista pelo juízo.²¹

Finalmente, o último protótipo diz respeito ao fato consumado legislativo. Em outras palavras, designa-se por fato consumado ambiental legislativo aquele gerado por força da realidade que se interpõe como fator determinante da capitulação da legislação ambiental.

Muitos atos legislativos são editados explicitamente visando a uma intenção “x” quando, de forma oculta, na realidade pretendem a concretização de uma intenção “y”. É o caso, por exemplo, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12).

Ementado como sendo a lei que dispõe sobre a “proteção sobre a vegetação nativa”, na verdade buscou “acalmar” o setor produtivo, sobretudo agrossilvipastoril, frente à atuação dos órgãos de defesa do meio ambiente que passaram cada vez mais a cobrar a implementação da revogada Lei Federal nº 4.771/65 (anterior Código Florestal). No Novo Código Florestal, o art. 66 admite a regularização de propriedade rural com área de reserva legal inferior à obrigatória, desde que demonstrada a consolidação da “ilicitude” até 22 de julho de 2008, mediante a adoção de algumas providências.

O mesmo ocorre por força da chamada “escadinha” (áreas rurais consolidadas) prevista no art. 61-A relacionada às áreas de preservação permanente. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, considerou que “o Poder Legislativo

²⁰ RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70071369490*. Relator Des. Antonio Vinicius Amaro da Silveira. Julgado em 24 jul. 2019 Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 16 set. 2019.

²¹ Ação Civil Pública nº 001/11401827404 em trâmite na 3ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre.

dispõe de legitimidade constitucional para a criação legal de regimes de transição entre marcos regulatórios, por imperativos de segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB) e de política legislativa (artigos 21, XVII, e 48, VIII, da CRFB)”.²²

Esse tipo de legislação cuja finalidade não declarada produz consequências adversas pode ter o efeito de acalmar a sociedade e transmitir certa sensação de segurança²³. Mas certamente fomenta a ilicitude ambiental porque os poluidores contam com a possível alteração da lei com efeitos retroativos. De mais a mais, o somatório dos efeitos negativos advindos dessas franquias legais não costuma ser considerado numa dimensão apropriada.

4 Situações que favorecem o fato consumado

Inúmeras situações ou precondições podem favorecer o fato consumado em matéria ambiental. Essas passam por motivações e racionalidades que vão muito além do jurídico, abarcando fenômenos culturais e econômicos. Nas estreitas linhas deste artigo, abordaremos quatro delas merecedoras de destaque.

4.1 A situação caracterizada como a aplicação dos gastos irreversíveis ou afundados

A primeira delas refere-se à já citada “*Sunk Costs Theory*”.

Gestada no Direito estadunidense, diz respeito ao rótulo dado a investimentos elevados nas etapas iniciais do projeto para obstruir ações judiciais que costumam ser manejadas somente quando a sociedade civil e o Ministério Público tenham maior informação sobre as consequências desse mesmo projeto.

Um dos estudos mais consistentes acerca dessa “teoria” no âmbito do Direito Ambiental foi elaborado por Jeffrey Kopf. Sustenta que a teoria dos custos irrecuperáveis nada mais é do que a mais moderna manifestação da tática do fato consumado: a utilização da passagem do tempo por entes públicos e privados para desenvolverem seus projetos para afastar a aplicação do Direito Ambiental e seus obstáculos aos seus planos respectivos.²⁴

²² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADC 42-DF*. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 28 fev. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

²³ FERREIRA, Heline Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/91741>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁴ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n. 23, 1996, p. 393-436.

Os efeitos insidiosos da *Sunk Costs Theory* aparecem no seguinte tipo de situação: o proponente de um projeto, prevendo que ele irá desafiar alguma lei ambiental, como por exemplo o ESA (*Endangered Species Act*), para evitar dispêndios em termos de cumprimento com a legislação ambiental e para aumentar a confiança pública (e dos investidores) na realização do projeto, emprega uma já estabelecida, desviante e sempre efetiva estratégia: injetar muito dinheiro mesmo nas fases preliminares do projeto.

Além dos maciços investimentos, é nesta fase inicial que o meio ambiente – e os recursos tributários da proteção legal – costuma ser mais afetado. Com o passar do tempo, oponentes do projeto podem buscar a tutela judicial. Em geral, isso ocorre meio tarde, pois quando o tema aporta aos tribunais, esses se deparam com o fato consumado: muito dinheiro já investido, agravos ambientais significativos, comunidade local pouco ou nada informada. Cria-se para os julgadores o seguinte dilema: dar seguimento e autorizar a conclusão do projeto devido ao capital humano e financeiro investido ou fazer cessar e reverter a situação?

Um dos exemplos que o autor carrega para reforço argumentativo é justamente relacionado à construção de uma represa – “Tellico Dam”.²⁵

Após ter sido informada sobre a descoberta de uma espécie ameaçada de extinção no Rio *Little Tennessee*, a agência de desenvolvimento regional acelerou a construção de um canal que destruiu vasta área de recursos paisagísticos e ecológicos, ainda que para a obtenção de pequenos benefícios em termos de navegação, controle de flutuação e geração de energia.

O caso foi levado aos tribunais e a Suprema Corte dos EUA reforçou a aplicação do ESA²⁶ e barrou o projeto, mas a TVA, destacando os custos que havia despendido na concretização do projeto, convenceu o Congresso Federal a autorizar a finalização da represa que todos os analistas concordavam nunca deveria ter iniciado.

No decorrer da controvérsia judicial envolvendo a construção da Represa Tellico, o Congresso editou um adendo ao ESA proibindo as agências de fazerem comprometimentos irreversíveis ou irrecuperáveis de recursos para projetos até que a consulta ao ESA estivesse completa. Além disso, o episódio fez com que o Congresso adicionasse a famosa seção 7 – § 7 (h) – que consistiu numa exceção procedimental para permitir o projeto da represa, em que pese a violação ao ESA.

²⁵ A barragem de Tellico foi construída pela Tennessee Valley Authority (TVA), agência estatal, no Condado de Loudon, Tennessee, no rio Little Tennessee. Represa as águas do rio formando um lago artificial. Sua construção foi bastante polêmica, gerando intensa disputa judicial que marcou uma mudança de atitudes no país em relação às barragens e ao meio ambiente (*Barragem de Tellico*). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Barragem_de_Tellico>. Acesso em: 6 ago. 2018.

²⁶ Texto integral do ESA em: *Endangered Species Act of 1973*. Disponível em: <<http://omnilearn.net/esacourse/pdfs/section7.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2019.

ESA recebeu essa seção contra a estratégia *Sunk Costs* devido à vergonha do episódio relacionado à construção da Represa Tellico (que drenou milhões de dólares e acabou não sendo construída por conta da presença de um peixe em extinção denominado *snail darter*). Era e ainda é prática comum das agências, apontam Plater *et al.*,²⁷ colocar muito concreto ou cortar muitas árvores antes que um grupo de ambientalistas logre obter alguma ordem judicial para posteriormente gerar constrangimentos na concessão de uma decisão.

Outra forma de *by-pass* ao § 7 do ESA informada pelos autores é o chamado Comitê de Deus ou Pelotão de Deus (*The God Committee ou The God Squad*). A Seção 1536 do ESA estabelece procedimento segundo o qual uma agência federal ou estado pode obter uma isenção frente à lista de espécies ameaçadas vinculada ao ESA. Trata-se de um intrincado procedimento no qual a decisão é proferida por um colegiado. Na avaliação crítica de Plater e outros, a obtenção de uma isenção com base em decisões desse Comitê é algo tão complexo que as agências raramente tentam obtê-la.²⁸

O interessante é que, apesar da criação do Comitê, a isenção clamada pelo projeto da Represa Tellico não foi por ele outorgada e o projeto demorou muito para alçar voo (a construção iniciou em 1967 e terminou em 1979²⁹), reforçando certa independência outorgada ao órgão que pode, ou não, passar um atestado de óbito para uma determinada espécie em risco.

De se observar que também em relação às manobras utilizadas pelos empreendedores e órgãos do governo para burlar os dispositivos que procuram evitar os custos irrecuperáveis (*Sunk Costs*), há sensível similitude com estratégias empregadas no Brasil para evitar a suspensão ou obstrução definitiva de grandes projetos e com isso criar aquilo que pode ser chamado de fato consumado reverso.

Cuida-se de uma linha argumentativa que procura cegar os órgãos julgadores, criando uma verdadeira cortina de fumaça em relação aos possíveis efeitos ambientais adversos do projeto proposto.

A construção da megausina de Belo Monte, em plena Amazônia, tem revelado o quanto se pode avançar numa obra, investindo muito dinheiro público, evitando que os tribunais tenham coragem suficiente para suspendê-la, ainda que represente um bloco monolítico de agressões ambientais e aos direitos humanos.

O caminho jurídico tupiniquim tem sido o da suspensão de segurança.

²⁷ PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. *Environmental law and policy: nature, law, and society*. 3. ed. New York: Aspen, 2004. p. 802.

²⁸ PLATER *et al.*, *ob. cit.*, p. 803.

²⁹ TENNESSEE Valley Authority. *Tellico: It's Complicated*. Disponível em: <https://www.tva.com/about-tva/our-history/built-for-the-people/telling-the-story-of-tellico-it-s-complicated>. Acesso em: 6 jun. 2021.

A própria Lei da Ação Civil Pública previu a possibilidade de, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo.

Sob o âmbito desse permissivo, inúmeras liminares já vinham sendo cassadas, em decisões que davam plena preferência aos interesses públicos tradicionais, relegando a proteção do meio ambiente (tanto na sua dimensão natural como na cultural) para um segundo plano.

Muitas dessas decisões, avalia Krell,³⁰ devem ser qualificadas de incorretas pois onde o legislador prevê sanções administrativas ou judiciais, como o embargo de atividades poluentes ou a interdição de instalações que (potencialmente) degradam o meio ambiente, não se apresenta adequado que o sistema permita desfazer essas sanções sob o argumento da defesa dos interesses da sociedade na manutenção dessas atividades (ilegais). Sua crítica é contundente quando considera “absolutamente inaceitável que essa medida de exceção se torne a regra, como tem acontecido na prática”,³¹ acrescentando que as dificuldades na aplicação da lei ambiental no Brasil devem-se a problemas estruturais como falta de vontade política, corrupção, clientelismo, baixo desempenho dos órgãos públicos, dentre outros.³²

O coroamento do uso abusivo da suspensão de segurança veio através da medida processual introduzida na Lei Federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, permitindo ao presidente do Tribunal, “ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (art. 4º, *caput*).

Essa previsão não bastou para atender aos anseios desenvolvimentistas dos donos do poder e foi seguida da edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, “revigorando os cadáveres normativos do regime de exceção, para assegurar a política governamental das privatizações de empresas estatais, e, agora, também, o programa energético do Governo Federal, devastador das florestas brasileiras e, sobretudo, do bioma amazônico, bem assim, de seu patri-

³⁰ KRELL, Andreas. *Discrecionariade 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. p. 78-79.

³¹ KRELL, ob. cit., p. 78-79.

³² KRELL, ob. cit., p. 79.

mônio sociocultural”,³³ com estribo na Emenda Constitucional nº 32/2001 que, embora visando conter o abuso na edição dessas medidas provisórias, com vedação expressa de tratar de matéria de direito processual civil, dentre outras, permitiu que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa Emenda continuassem vigorando até que medida provisória ulterior as revogassem explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2º).

A conjugação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, com o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, representa séria lesão às garantias fundamentais do pleno acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), das tutelas de segurança e de urgência dos mandados de segurança individual e coletivo, nos marcos regulatórios de suas hipóteses de incidência constitucional (CF, art. 5º, LXIX e LXX, a e b), e da eficácia plena e imediata dos direitos e garantias fundamentais, inclusive dos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, §§ 1º e 2º).³⁴

Pois tem sido justamente através do espúrio instrumento de suspensão da segurança que o megaprojeto da hidrelétrica de Belo Monte vem avançando, a passos largos, não sem deixar um rastro de degradação ambiental e social. A leitura de cinco medidas de suspensão de segurança, sendo duas concedidas pela presidência do Supremo Tribunal Federal e três do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,³⁵ denota que o viés econômico é sempre o que prepondera, sobretudo, nesse caso específico, devido aos vultosos recursos públicos e privados investidos na execução do projeto.

³³ PRUDENTE, Antônio Souza. *O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito*. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5857/3803>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

³⁴ PRUDENTE, idem *ibidem*.

³⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ARE 1048594*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 21 ago. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 1140644*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 1º dez. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ARE 901333*. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 650909*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. ARE 901333. Relator Min. Carmem Lúcia. Julgado em 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 535091*. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em 26 maio 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 1140644*. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 28 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Recorrente em todas essas decisões, até porque é da essência desse remédio processual, apresenta-se a potencial lesão à ordem econômica.

Na órbita das causas ambientais multifacetárias e que envolvem grandes projetos de infraestrutura, sobretudo na área de geração de energia, tem sido comum que o projeto receba, logo no seu alvorecer, enorme aporte de recursos financeiros, justamente para interditar ações judiciais que podem ser manejadas tão somente quando a sociedade civil e o Ministério Público de fato sejam integralmente informados sobre as consequências possíveis do projeto. Correto afirmar, nessa linha, que o Brasil também tem sido colonizado pela teoria *Sunk Costs* ou, em outras palavras, por uma variação do fato consumado que se aproveita da complexidade das autorizações e licenças ambientais e dos polpidos investimentos precocemente realizados.

No NEPA,³⁶ norma que define a política nacional de meio ambiente norte-americana, há também um dispositivo destinado a controlar gastos irrecuperáveis e irreversíveis que possam se antecipar à formulação ou implementação de razoável e prudente medida alternativa (§ 102(2)(C) do NEPA).

No Brasil, o só fato do licenciamento ambiental na sua forma plena ser trifásico (LP, LI e LO),³⁷ compreendendo uma sequência de atos cujo objetivo é verificar se determinada atividade ou empreendimento é passível de aprovação, indicia a vedação aos gastos irrecuperáveis. A etapa anterior, por exemplo a etapa de licença prévia, e o atendimento de todas as suas condicionantes, é requisito para a subsequente³⁸ – licença de instalação. Isso também leva a crer que a concessão de uma licença anterior (ex. licença de instalação) não garante o deferimento da posterior (licença de operação).³⁹ Assim, não é conveniente que o empreendedor – sobretudo quando esse é o Poder Público – execute gastos exorbitantes numa fase inicial.

Não é raro, como lembra Pinto,⁴⁰ que o empreendedor (público ou privado), muitas vezes com a conivência do órgão ambiental, inicie intervenções

³⁶ NATIONAL Environmental Policy Act, NEPA. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/ceq/NEPA_full_text.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2018.

³⁷ Não se desconhecem os projetos em trâmite no Congresso Nacional para criação de uma Lei Geral do Licenciamento Ambiental que alteraria para a maioria dos casos essa mecânica do licenciamento trifásico.

³⁸ Nem sempre isso tem sido observado pelos órgãos ambientais nem mesmo pelo Poder Judiciário. BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Ag. de Inst. nº 2002.04.01.003036-8/SC. Relator: Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. Julgado em 6 ago. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁹ FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 66.

⁴⁰ PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. In: MILARÉ, Édis (Org.). *A ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 140.

no meio físico (remoção de vegetação, obras, aterros, etc.) sem possuir a licença prévia e antes de apresentar e aprovar o estudo prévio de impacto ambiental, o qual deve necessariamente integrar a primeira das fases do licenciamento ambiental,⁴¹ por ser justamente aquela em que se avalia a viabilidade do projeto.

Também a previsão contida §3º do mesmo art. 19 do Decreto nº 99.274/90, segundo a qual o início das atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, gera o dever dos dirigentes dos Órgãos Setoriais do Ibama de comunicação desse fato aos entes financiadores dessas atividades, sem prejuízo da imposição de penalidades, medidas administrativas de interdição, judiciais, de embargo, e outras providências cautelares, traduz um outro indicativo de que também em nosso ordenamento jurídico a prática de investir muito em fases precoces dos projetos é algo no mínimo não recomendável.

O Direito Ambiental não deve ser condescendente com o empreendedor, ainda que seja o próprio Estado, que quer uma autoajuda burlando etapas que envolvem o procedimento de licenciamento ambiental ou urbanístico para implantação do projeto.⁴² A dissuasão deve ser forjada por um conjunto de instrumentos legais que desencorajem o desrespeito à legislação ambiental.⁴³

4.2 Fracionamento ou segmentação do projeto

Outro expediente não incomum no Brasil e que guarda correlação com a teoria dos custos irrecuperáveis é a fragmentação ou licenciamento fracionado de empreendimentos, com o fito de simplificar os licenciamentos ambientais, agilizando-os, desconfigurando-os para que pareçam menores do que na verdade o são, e, muitas vezes, reduzindo seus custos para o empreendedor. Isso faz com que seja gerado um clima favorável de confiança para o empreendedor que pode arremeter investidores seduzidos pelo licenciamento de uma parte do todo.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman. *Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa*. 1990. Disponível em: <file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁴² BLUMM, Michael C. The clean water act's section 404 permit program enters its adolescence: an institutional and programmatic perspective. *Ecology law quarterly*, v. 8, n. 3, 1980, p. 409-472.

⁴³ Infelizmente não é esse o quadro que vivenciamos hoje no Brasil, em que autoridades do alto escalão da República instigam o desrespeito da legislação ambiental e enfraquecem atitudes com forte poder dissuasório como por exemplo a apreensão e destruição de maquinários usados na prática de crimes ambientais.

A visão fragmentária do ambiente nunca é congruente com o planejamento e com a gestão ambiental. Esse argumento foi utilizado em recente ação ajuizada pelo MPF contra o leilão de petróleo ao lado do Parque Nacional Marinho de Abrolhos.⁴⁴

No tocante ao ESA, Kopf exemplifica dois tipos de segmentação recorrentes:⁴⁵

- a) em um único contexto, empreendedores privados tentam convencer a agência ambiental de aprovar partes de um projeto em estágios, permitindo que os recursos sejam investidos fortemente antes de uma revisão abrangente dos efeitos do projeto global nas espécies ameaçadas;
- b) quando um empreendedor fatia o projeto em partes que dependem de aprovação federal e não federal.

Investindo nas fases iniciais de um projeto, o empreendedor privado apresenta aos órgãos federais uma situação de *fait accompli*, deixando o Governo Federal sem opção prática de completar o projeto sem que ocorram severos danos ao ambiente. Ambas as estratégias usam a teoria dos recursos irrecuperáveis para impulsionar projetos e fragilizar a efetividade do §7(d) do ESA.

No caso *Conner v. Burford*,⁴⁶ a Corte de Apelações do Nono Circuito reforçou a noção de que atividades como exploração mineral e óleo não podem ser segmentadas em partes para fugir dos propósitos da Seção §7(d) da análise do ESA. Nesse litígio, a FWS (*Fish and Wildlife Service*) havia aprovado instalações de óleo e gás para distintos tratamentos em terras de uma floresta nacional. A FWS concluíra que as vendas locais por si só não teriam o condão de danificar espécies ameaçadas, mas a Corte entendeu que a FWS não havia avaliado o impacto pós-venda da exploração de gás e óleo e das atividades de extração nas espécies protegidas.

Outro caso citado, em muito similar a algumas situações fáticas que ocorrem no Brasil e que dizem respeito à compensação de empreendimentos de significativo impacto ambiental foi o *Sierra Club v. Marsh*.⁴⁷

⁴⁴ ACP oriunda do IC 1.14.013.000094-2019-45 em trâmite na Vara Federal da Seção Judiciária de Salvador, ainda sem liminar.

⁴⁵ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. *Boston college environmental affairs law review*, n. 23, 1996, p. 409-410.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Corte de Apelações do Nono Circuito*. CONNER v. BURFORD 836 F.2d 1521 (9th Cir. 1988). Disponível em: <<https://openjurist.org/836/f2d/1521/conner-v-burford>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Corte de Apelações do Nono Circuito*. SIERRA CLUB v. MARSH 816 F.2d 1376, 1380-81 (9th Cir. 1987). Disponível em: <<https://casetext.com/case/sierra-club-v-marsh-10>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Trata-se de julgamento relacionado ao *California Least Tern*, uma ave ameaçada de extinção típica dos Estados Unidos da América. Para avançar no projeto, o CORPS⁴⁸ (Corpo de Engenheiros do Exército) planejava adquirir áreas adjacentes a terras úmidas para mitigar efeitos deletérios de uma rodovia proposta ameaçando várias espécies em perigo, sobretudo aves com ninhos na área. Como o CORPS estava retardando a obtenção das áreas necessárias à mitigação, os autores ajuizaram um pedido de suspensão do projeto até que a mitigação fosse implementada. O CORPS arguiu que a Corte não poderia parar integralmente o projeto pois iriam adquirir a área. Porém, com base na Seção §7(d) do ESA, a Corte de Apelações do Nono Circuito observou que o projeto requereria significativa modificação caso o CORPS falhasse na compra da terra e, então, o juiz Boochever ponderou que “o risco imprevisível deve ser suportado pelo Projeto, não pelas espécies ameaçadas”⁴⁹ (tradução livre da autora) suspendendo a continuidade das obras.

O Congresso norte-americano, da mesma forma como o fez o brasileiro editando a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, promulgou o NEPA com o escopo de assegurar que projetos federais não tivessem início até que fosse realizada uma acurada avaliação dos impactos ambientais.⁵⁰

Assim como o ESA, o NEPA também impede comprometimento de recursos que poderiam servir de anteparo à implementação de quaisquer medidas alternativas razoáveis e prudentes nas subsequentes fases de um projeto.

No caso *Overton Park* ocorrido entre *Named Individual Members Of San Antonio Conservation Society v. Texas Highway Department*⁵¹ em que um ente federal e um estadual pretendiam construir dois segmentos finais de uma rodovia antes de cumprirem com o NEPA e com o §4(f) do DTA (*Department*

⁴⁸ O CORPS é uma agência federal que integra 34600 civis e 650 militares, o que o torna a maior agência de engenharia pública, design e gestão de construção do mundo. É responsável por grande parte das obras de infraestrutura nos Estados Unidos da América. O Corpo de Engenheiros do Exército dos EUA é uma das instituições mais antigas do governo federal. Suas barragens, diques e cursos d'água mudaram e continuam mudando a paisagem americana. É também uma organização conflituosa, respondendo tanto ao Presidente quanto ao Congresso, e as lutas entre eles pela direção do Corpo remontam à era de Jackson (HOUCK, Oliver A. *Breaking the Golden Rule. Judicial Review of Federal Water Project Planning. Rutgers Law Review*, v. 65, n. 1, p. 1-572.012).

⁴⁹ *The risk that the COE might not prevail must be borne by the project, not by the endangered species* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Corte de Apelações do Nono Circuito. SIERRA CLUB v. MARSH* 816 F.2d 1376, 1380-81 (9th Cir. 1987). Disponível em: <<https://casetext.com/case/sierra-club-v-marsh-10>>. Acesso em: 20 ago. 2018).

⁵⁰ KOPF, Jeffrey S. *Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. Boston College Environmental Affairs Law Review*, n. 23, 1996, p. 400.

⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Corte de Apelações do Quinto Circuito. NAMED INDIVIDUAL MEMBERS OF SAN ANTONIO CONSERVATION SOCIETY v. TEXAS HIGHWAY DEPARTMENT*. 446 F.2d 1013, 1014 (5th Cir. 1971). Disponível em: <<https://openjurist.org/446/f2d/1013/named-individual-members-of-san-antonio-conservation-society-v-texas-highway-department>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

of *Transportation Act*), eles manifestaram suas intenções no sentido de que o §4(f) ainda não seria aplicável justamente porque esses segmentos finais realmente não adentrariam no Parque Overton.

O Tribunal de Apelações do Quinto Distrito observou que a adoção de uma visão estreita da aplicabilidade do §4(f) poderia minar a intenção do Congresso quando aprovou essa norma. A Corte recusou de forma cabal a visão do projeto como segmentos separados e criticou expressamente a tática do Secretário de Transportes, considerando que a abordagem que foi por ele dada no cumprimento desse dispositivo transformou em brincadeira a cláusula das alternativas viáveis e prudentes (*feasible and prudent alternatives*). Assim, a atitude do Secretário foi considerada completamente ilegal.

Em outro caso no qual o fato consumado foi referido como forma de coibir o fracionamento de um EIA, a Corte Distrital da Carolina do Norte avaliou que a simples realocação de uma ponte, onde futuramente seria construída nova rodovia, poderia caracterizar essa fragmentação ilegal e condicionar a agência ambiental nas futuras análises.⁵² No voto da juíza Flanagan, está assentado que o escopo de um estudo de impacto ambiental deve incluir ações cumulativas que, quando analisadas com outras ações propostas, têm impactos cumulativos significativos e, portanto, devem ser discutidas na mesma avaliação. Assim, as agências devem considerar ações conectadas e ações cumulativas no mesmo EIA.

Para fins de um Estudo de Impacto Ambiental relativo à construção de rodovia, disse a juíza, o tribunal considera não apenas a utilidade de componente específico da obra, mas também se o componente foi projetado de forma a virtualmente forçar a agência a aprovar um componente posterior como *fait accompli*. Assim, o tribunal deve considerar se o projeto violaria o NEPA limitando a escolha de alternativas razoáveis disponíveis aos decisores federais. Ou seja, o tribunal considera se a conclusão do primeiro componente tem uma probabilidade direta e substancial de influenciar as decisões da agência quanto a componentes futuros. Esse requisito destina-se a impedir que as agências se envolvam em segmentação imprópria que pode redundar na burla do NEPA, mediante a divisão de um projeto maior em projetos menores, sem que se estudem os impactos gerais do projeto global único.

A questão guarda relação íntima com o problema do fracionamento dos licenciamentos dos empreendimentos que gera tamanha dependência entre eles de molde que o segundo licenciamento se torna inexorável decorrência do primeiro, porquanto o não licenciamento do segundo tornaria inútil o empreendimento inicialmente autorizado.

⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Corte Distrital da Carolina do Norte*. Defenders of Wildlife v. N.C. DOT, 971 F. Supp. 2d 510, 2013. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infcco20130930508>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

No Brasil, a prática do fatiamento de empreendimentos tem sido muito usada e igualmente debatida nos tribunais.

A avaliação ambiental que precede o licenciamento há de ser a mais abrangente possível.⁵³ A própria Resolução nº 01/1986 do CONAMA, que trata do detalhamento do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, impõe deva ele envolver “a área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza” (art. 5º, III). Isso diz respeito ao escopo da avaliação e, para sua correta definição, não é possível desconsiderar aquela que é considerada a primeira lei da ecologia – tudo é conectado com tudo⁵⁴. O núcleo do pensamento ecossistêmico foca nas interconexões e na interdependência.

Qualquer pessoa que se dedique a compreender as Ciências da Natureza com mínima seriedade sabe que nem a vida nem o mundo físico que a suporta existem em compartimentos isolados. Ao contrário, reconhece a extraordinária unidade entre os organismos e o ambiente.⁵⁵

A fragmentação colide com a abordagem ecossistêmica, com a integridade ecológica, ao mesmo tempo em que reduz a resiliência dos sistemas socioecológicos. O papel do Direito Ambiental é superar a excessiva fragmentação das normas legais e a ampla margem de discricionariedade do gestor, através de instrumentos jurídico-ecológicos para avaliações dos empreendimentos que partam de uma visão holística.

Não se pode desconsiderar os inúmeros conhecimentos que a Ciência tem colocado à disposição dos tomadores de decisão através de instrumentos de planejamento que trabalham com escalas espaciais e quantitativas, os quais devem ser empregados para uma melhor eficiência de gestão e superação do reducionismo de análise.

Entretanto, o avanço científico não foi acompanhado na mesma velocidade pelas adequações legislativas – e não se esperava isso de fato. Mas desde que a ecologia emergiu como uma disciplina científica, a lei nunca mais foi a mesma.⁵⁶ Os gestores ambientais, na sua atuação primária, assim como os operadores do Direito Ambiental, não podem deixar de basear suas decisões nas leis naturais.

⁵³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 264-265.

⁵⁴ OWEN, Dave. Mapping, modeling, and the fragmentation of environmental law. *Utah Law Review*, n. 219, 2013, p. 218-281, p. 280.

⁵⁵ FOSTER, John. *The anthropocene crisis*. Disponível em: <<https://monthlyreview.org/2016/09/01/the-anthropocene-crisis/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁵⁶ OWEN, Dave. Mapping, modeling, and the fragmentation of environmental law. *Utah Law Review*, n. 219, 2013, p. 218-281, p. 227.

Imagine-se uma exploração mineral estimada para uma área de 50 hectares que, ao invés de ser planejada para esse todo passa a ser segmentada em 5 blocos de 10. Partindo-se da premissa de que partes dessa área possuem densa cobertura vegetal, outras são perpassadas por recursos hídricos, outras apresentam belíssimas formações espeleológicas, o licenciamento em tiras, desintegrado, pode romper conexões ecossistêmicas, reduzir resiliência e, inequivocamente, gerar graves e irreparáveis danos à biota.

Ademais, esse tipo de dissociação pode provocar o subdimensionamento ou mesmo a ineficiência das medidas de prevenção e as tradicionais medidas compensatórias e mitigadoras dos impactos. Imagine-se que as atividades de mineração não se limitarão à extração propriamente dita, mas igualmente promoverão intensa circulação de veículos de carga no entorno, produção de fuligem e de ruídos, além de outras emissões impactantes para muito além do perímetro da extração.

A par dessas questões, Pinto⁵⁷ enuncia que essa praxe gera insegurança jurídica porquanto os estudos prévios não revelam os reais impactos dos empreendimentos, os quais acabam se tornando alvo certo de ações civis públicas para confrontá-los.

Um dos exemplos emblemáticos dessa fragmentação é o da construção da Usina Hidrelétrica de Jirau, alvo de ações civis públicas e populares. Numa delas, o Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Rondônia concedeu liminar publicada em 21/11/2008⁵⁸ determinando paralisação e inspeção do canteiro de obras da usina de Jirau, sob o argumento de que a licença de instalação, premissa necessária ao início de obra ou atividade potencialmente poluidora, seria insuscetível de cisão.

No parecer do Ministério Público Federal que precedeu à análise da medida de suspensão de segurança dirigida ao Presidente do TRF da 1ª Região um dos principais argumentos usados para manter a decisão monocrática foi o da necessária avaliação integral do empreendimento. “*A concessão de licenças fatiadas é prática que tem servido para criar o chamado fato consumado. Inicia-se a obra por partes, que aos poucos vai sendo construída*” – grifos da autora. Até mesmo a ANEEL, autarquia demandada, sustentava ter postulado uma licença parcial, mas essa deveria ter sido negada pelo IBAMA, no aguardo da Licença de Instalação de todo o empreendimento.

⁵⁷ PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. In: MILARÉ, Édis. (Org.). *A ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135-147, p. 141.

⁵⁸ RONDÔNIA. 3ª Vara Federal. Processo nº 2008.01.00.065677-1. Juiz Federal Élcio Arruda. Decisão de 21 nov. 2008.

Esse posicionamento é o que mais se coaduna com a dogmática inspiradora da Lei nº 6.938/81 e do art. 225 da CF no tocante ao planejamento de atividades potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental. Mesmo assim, o Presidente daquele Sodalício optou por não desconsiderar “o grave risco à economia pública caso não se implemente o programa traçado, em virtude da medida liminar, uma vez que a necessidade de energia elétrica é premente, e qualquer forma de substituição da fonte hidrelétrica é mais onerosa e agride em escala muito maior a natureza”, suspendendo os efeitos da liminar.⁵⁹

No licenciamento do Rodoanel Mário Covas, em São Paulo, o projeto e, via de consequência, as avaliações ambientais foram segmentadas, ensejando ajuizamento de ações civis públicas nas justiças estadual e federal, sob a alegação do subdimensionamento dos impactos ambientais. Pleiteava-se a suspensão do licenciamento ambiental e da licença prévia, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu adequadas as avaliações do órgão ambiental e confirmou a decisão de 1º Grau indeferitória da liminar.⁶⁰

Também tramitou na Justiça Federal ação estribada em semelhante causa de pedir que acabou redundando em acordo judicial.⁶¹ O Tribunal considerou se tratar de dano ambiental que se corporifica quando os tomadores de decisões governamentais moldam suas mentes sem ter antes realizado as análises adequadas e suficientes quanto aos reais efeitos de suas decisões no meio ambiente. Reconheceu, na prática, a essência do risco criado pela estratégia *Sunk Costs* (ainda que sem nominá-la expressamente) em que decisões prematuras danificam irreparavelmente o meio ambiente aumentando os seus riscos.⁶²

O fracionamento dos empreendimentos pode reduzir custos, num primeiro momento, para os proponentes dos projetos. Porém, do ponto de vista do planejamento ambiental e da abordagem ecossistêmica⁶³ representa um déficit e um risco para o futuro.

⁵⁹ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. SLAT 2008.01.00.065677-1/RO. Relator: Des. Presidente Jirair Aram Meguerian. Julgado em: 04 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/trf1>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

⁶⁰ SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça*. AG 546.688.5/9-00. Relator: Des. Samuel Junior. Julgado em 21 set. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1097050&cdForo=0>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

⁶¹ SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça*. AG 546.688.5/9-00. Relator: Des. Samuel Junior. Julgado em 21 set. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1097050&cdForo=0>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

⁶² KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n. 23, p. 393-436, 1996, p. 408.

⁶³ Vide MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodvium, 2019. p. 174-184.

A análise segmentada do projeto assim como a expedição das licenças como fatias afrontam não só um dos princípios do EIA (eficiência), como o princípio constitucional da eficiência previsto para a Administração Pública (art. 37, CF).

Sendo assim, embora um empreendimento normalmente seja composto de várias etapas e tarefas, se todas têm uma origem comum e guardam conexões vitais, devem ser havidas como um único empreendimento para efeitos de avaliação do impacto ambiental, sobretudo com vistas a precatar os possíveis impactos cumulativos e sinérgicos, que são, no dizer de Sánchez, o produto da soma ou da multiplicação de impactos e que podem ter origem em distintos tipos de fontes;⁶⁴ ou decorrentes dos caminhos ou processos de acumulação, considerando as mudanças ambientais que podem sobrevir ao longo do tempo e no espaço, e ainda mediante um acompanhamento do desenvolvimento desses efeitos cumulativos aptos a sofrerem distintos desdobramentos associados a atributos espaciais ou temporais.

Ademais, a prática da fragmentação pode fazer ruir um dos pilares da política ambiental que é a participação pública na tomada de decisões.

Um desses casos ocorridos no Brasil foi o que envolveu a obra para construção de uma hidrovía dissociada da construção de um terminal portuário. Poder-se-ia cogitar de dois empreendimentos separados, mas, na prática, verificou-se a total imbricação entre eles, uma relação de codependência que foi bem apanhada pelo Des. Relator do acórdão.⁶⁵

Essa praxe é extremamente nociva e vai contra todo o arcabouço de uma abordagem ecossistêmica. Rodgers Jr. e Burleson⁶⁶ observam que, diante de alegações de fracionamento ou segmentação forçada, os tribunais norte-americanos levam em conta, forma recorrente, os seguintes fatores para não permitirem que se crie um fato consumado produtor de efeitos cumulativos e irreversíveis:

- (i) a maneira pela qual os segmentos foram planejados, seus locais geográficos e a utilidade de cada um na ausência do outro (questiona-se no caso específico, se o segmento excluído tem “utilidade independente”);

⁶⁴ SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 200.

⁶⁵ DIREITO AMBIENTAL. Hidrovía Paraguai-Paraná. Porto de Morrinhos, na região de Cáceres, MT. Pretensão de construção para incremento da navegação cinco vezes a capacidade atual. Licenciamento requerido à FEMA/MT e EIA/RIMA isolado. Limiar do pantanal matogrossense (“patrimônio nacional” e “patrimônio natural da humanidade”). Adaptação da hidrovía propriamente dita. Consequência inevitável. Impacto ambiental de caráter regional. Competência do IBAMA para o licenciamento. Apreciação conjunta do pedido de licenciamento das diversas obras. Necessidade. Princípios da prevenção e precaução. Consulta às populações atingidas. Exigência implícita (BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 10649 – MT 2000.36.00.010649-5*. Relator: Des. João Batista Moreira. Julgado em 27 ago. 2007. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 7 ago. 2018).

⁶⁶ RODGERS JR., William; BURLESON, Elizabeth. *Environmental law*. 2. ed. New York: Thomsom Reuters, 2016, p. 9-12.

- (ii) se existe um forte “nexo” entre os dois ao ponto de requererem uma avaliação e um EIA únicos;
- (iii) se uma parte é um “mero componente” ou “incremento” dos outros;
- (iv) se as partes estão indissociavelmente ligadas e compõem partes de um plano integral;
- (v) se o alcance do projeto abordado permite a avaliação de alternativas que a Lei exige ou acelera os gastos irrecuperáveis (*sunk costs*) que a Lei não permite.

Os cinco fatores acima elencados, conquanto não exauram os possíveis vícios associados à fragmentação, conformam um rol interessante para que se inicie um elenco, ainda que não exaustivo. Outras três hipóteses devem ser agregadas devido a sua recorrência no Brasil: a unidade de impactos, ou seja, embora aparentemente causados por atividades distintas, os impactos são na verdade decorrentes de uma mesma instalação (ex. um porto para cujo acesso são construídas diversas vias, com severos impactos à biota e às populações circunvizinhas), o fracionamento para, por exemplo, fugir do licenciamento ambiental em um nível mais elevado do governo (várias situações licenciadas por municípios, ao invés do órgão estadual, geralmente mais rígido, ou para ficar no plano estadual, ao invés de ser submetido à análise do IBAMA) e o desmembramento de matrículas para permitir que se licencie por tiras.

A respeito da verificação sobre o chamado teste de utilidade independente, os autores afirmam que esse tem se popularizado nos tribunais, notadamente em construções de rodovias, onde o problema geralmente ocorre. Um dos aspectos sondados é a aferição da função de transporte útil, mesmo que as outras partes não sejam construídas ou se as fases anteriores produzem um gargalo inviável caso o segmento perdido não venha a ser completado. Nessa última hipótese ou se os dois segmentos estão sendo construídos simultaneamente, há uma probabilidade maior de que as partes venham a ser consideradas como um único empreendimento para fins do NEPA.

A esse gargalo inviável equipara-se o fato consumado, pois a aprovação de uma fração do projeto, sem a avaliação do todo, seguida de uma inversão de recursos significativa nessa primeira fase pode sim gerar uma situação no sentido de obrigar os tomadores de decisão a darem seguimento às aprovações das demais frações, ainda que, ali adiante, se constate que o todo se revela uma obra nociva ao bem ambiental. Mais plausível é que isso ocorra no Brasil sob os auspícios da recente Lei nº 13.655/18 e que impõe ao julgador, ao controlador e ao administrador avaliar as consequências da sua decisão e outras considerações de índole consequencialista e instrumentalista.

Tanto o NEPA quanto a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (aliás, nele inspirada), confrontam com o olhar reducionista representado pela segmentação nos licenciamentos. E essa é uma forma cada dia mais comum e sofisticada de agilização da emissão das licenças, possuindo um potencial ainda não adequadamente avaliado no Brasil de criação do fato consumado.

4.3 Déficit na estrutura estatal em nível de fiscalização, planejamento e governança ambiental

A deficiência administrativa para fiscalizar, planejar e governar o patrimônio ambiental da coletividade é fática. Não é “privilégio” do Brasil, mas nele estamos vivenciando período muito crítico em que as consequências desses déficits estão gerando fatos consumados de grande visibilidade internacional como foi o caso do incêndio do Museu Nacional, está sendo o das queimadas na Amazônia e no Cerrado e o turvamento das águas do rio da Prata em Bonito, MS.

A tônica das alterações legislativas no Brasil em termos ambientais tem sido “desburocratizar”, facilitar e simplificar o licenciamento ambiental, como se as causas de todas as mazelas econômicas na Nação fosse a estrutura legal e institucional do licenciamento.

Há um olhar desfocado e desviante dos reais problemas que são a deficiência de pessoal e material dos órgãos de fiscalização, planejamento e governança, a par de uma excessiva fragmentação.

Enquanto a Constituição Federal parte de um modelo pautado pelo primado do Federalismo Cooperativo, na prática a estruturação dos órgãos ambientais é fragmentada pelos entes e competências. Isso acaba facilitando que o manejo dos recursos ambientais ocorra setorial e unitariamente, desgarrado do todo.

As ações lesivas ao ambiente dificilmente são sustadas em seu nascedouro, pois a atuação da fiscalização, cuja estrutura organizacional no Brasil, além de deficiente, é fragmentada, costuma ser letárgica, propiciando que o dano avance ou jamais venha a ser desfeito ou recuperado.

O planejamento ambiental é minguido e descolado de outras políticas setoriais como, por exemplo, a de desenvolvimento urbano.

Bugge⁶⁷ sugere que uma das formas de enfrentar o problema da fragmentação na gestão ambiental é através de uma coordenação intersetorial aliada à coerência política e legislativa.

⁶⁷ BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina. (Ed.). *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 16.

Uma gestão ambiental coerente com o postulado do desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela abordagem ecossistêmica e essa vem definida na CDB como “uma estratégia para integração do manejo da terra, água e recursos vivos que promove conservação e uso sustentável de uma maneira equitativa”⁶⁸ (Parties 5 – decision V/6).

Trouwborst identifica três características fundamentais na abordagem ecossistêmica:

- (i) a gestão holística das atividades humanas;
- (ii) gestão baseada no conhecimento disponível sobre os componentes, estruturas e dinâmicas dos ecossistemas;
- (iii) abordagem que objetive satisfazer as necessidades humanas de forma a não comprometer a integridade ou a saúde dos ecossistemas.⁶⁹

A abordagem ecossistêmica rompe com o padrão legal recorrente na modernidade em que o homem é a centralidade cercada por coisas que conformam seu entorno, e se alia a um novo paradigma: o das articulações ecocêntricas.⁷⁰ Promovidas pela abordagem ecossistêmica, oferecem ao direito uma oportunidade de internalizar uma visão de mundo promotora da integridade dos ecossistemas, sem descuidar da responsabilidade da espécie humana frente aos cuidados com o ambiente.⁷¹

Para os objetivos deste trabalho, é de se afirmar que a melhor abordagem em termos de fiscalização, planejamento e gestão ambiental é aquela que se espelha na natureza e que aufere seus subsídios da dinâmica dos ecossistemas. A perspectiva oposta favorece a ilicitude ambiental, servindo de berçário ao fato consumado.

4.4 Juízos de proporcionalidade em termos genéricos

São inúmeras as decisões judiciais pautadas pelo critério da proporcionalidade as quais acolhem fatos consumados em detrimento ao bem ambiental.

Não se desconhece a dificuldade conceitual da proporcionalidade, tampouco suas peculiaridades operativas.

⁶⁸ COP 5 Decisão V/6. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7148>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

⁶⁹ TROUWBORST, Arie. The precautionary principle and the ecosystem approach in international law: differences, similarities and linkages. *RECIEL, Review of European Comparative and International Environmental Law*, v. 18, n. 1, 2009. p. 28.

⁷⁰ DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. *Journal of Environmental Law*, n. 27, 2015, 91-117. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

⁷¹ DE LUCIA, ob. cit.

Não é pacífica a definição da proporcionalidade como princípio. No Direito brasileiro, Guerra Filho,⁷² Bonavides⁷³ e o Ministro Barroso⁷⁴ a enquadram como princípio, sendo que, para esse último, não há distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

Para Ávila, proporcionalidade é um dos postulados normativos, aos quais define como “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre aplicação de outras normas”.⁷⁵ Os postulados normativos diferem das regras e princípios porque, ao invés de serem direcionados ao Poder Público e aos cidadãos, destinam-se exclusivamente ao intérprete e ao aplicador da lei. Não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade.

Conquanto não renegue a importância da carga semântica difundida no direito brasileiro de “princípio da proporcionalidade”, Silva o compreende como uma regra,⁷⁶ porque regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção. Os princípios exprimem deveres *prima facie* cujo conteúdo só é fixado em definitivo após o balanceamento com outros princípios colidentes.

Em que pese a profundidade com que Silva analisa a proporcionalidade, divisando-a da razoabilidade (tese com a qual se concorda), considera-se que sua avaliação esbarra na dimensão normativa.

Na dicção de MacCormick, regra é “disposição normativa estabelecida em ou interpretada a partir de uma fonte jurídica reconhecida que tem a característica de relacionar uma determinada consequência normativa a um determinado conjunto de fatos operativos”.⁷⁷ Ocorrido determinado suporte fático, dele deriva uma dada consequência normativa.

A proporcionalidade aparece como princípio da Administração Pública no art. 2º da Lei 9.784/99. Nada além disso. Ou seja, não existe em torno dela uma ou um conjunto de consequências jurídicas gravadas para uma ou algumas hipóteses prefiguradas.

⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 356.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 164.

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002. p. 23-50.

⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *O estado de direito e o caráter argumentativo do direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 33.

A leitura de um conjunto de decisões judiciais na esfera ambiental calçadas na proporcionalidade revela que não tem sido ela empregada racionalmente através do método trifásico (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Na forma da Jurisprudência alemã, berço desse princípio no Direito Brasileiro, a proporcionalidade tem uma estrutura racional definida, com subelementos independentes, aplicados em ordem igualmente pré-definida. Considerados “indicadores de mensuração”, esses subelementos são critérios para aferição da proporcionalidade, coisa que inexiste em relação à razoabilidade.⁷⁸

A proporcionalidade é dividida, pela maior parte da doutrina,⁷⁹ sob a forte inspiração alemã, em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁰

Essas três sub-regras são sucessivas, cada uma em seu tempo, iniciando pela adequação, seguida da necessidade e finalizando pela proporcionalidade em sentido estrito. Envolve uma tríplice testagem.⁸¹

A partir de uma análise de decisões emanadas das cortes federais, mercê de consulta na base de dados do Conselho da Justiça Federal em decisões proferidas até 18 set 2019 (data do fechamento desta pesquisa), foram localizados 19 julgados, mediante o emprego das expressões “fato consumado” + “meio ambiente” + proporcionalidade. Optou-se pela pesquisa simples em campo Livre, marcando o STF, STJ e os cinco tribunais regionais federais.⁸²

Nenhuma decisão do STF aparece sob esses critérios de busca. Entretanto, rastreou-se uma decisão monocrática em que o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento a um Recurso Extraordinário e, na fundamentação, sem maiores digressões, considerou razoável e proporcional a demolição de construções em APA e rejeitou expressamente o fato consumado.⁸³

Do STJ, são nove as decisões, todas elas rechaçando a aplicação do fato consumado em matéria ambiental. Entretanto, no tocante à proporcionalidade, observa-se que, em nenhuma delas, fez-se uma análise completa como requer tal princípio/regra. Nenhuma das fases foi expressamente testada.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 23-50, p. 25.

⁷⁹ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 260; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 360, dentre outros.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 33-34.

⁸¹ SILVA, ob. cit., p. 34.

⁸² BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência: da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁸³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ARE 1048705*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 29 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

Aliás, como bem observa Silva,⁸⁴ mesmo nos julgados do STF, relativos ou não à esfera ambiental, a proporcionalidade costuma ser tratada em conjunto como se fosse a mesma coisa que o princípio da razoabilidade. Aparece como mero recurso a um topoi,⁸⁵ com caráter notadamente retórico, e não sistemático. MacCormick refere que argumentos lançados a partir de lugares-comuns ou pontos de partida (*topoi*) são muito usados na retórica e podem, não raras vezes, levar a situações contraditórias.⁸⁶

Em inúmeras decisões, o Tribunal afasta alguma conduta considerada abusiva através da fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”.⁸⁷ A proporcionalidade dificilmente é divisada da razoabilidade que, no nosso sentir, não é um princípio ou regra, mas pertence à categoria dos valores que são introjetados nos sistemas jurídicos e apresentam largo uso no discurso jurídico de tradições anglófonas.⁸⁸

O STF, embora saliente a importância da proporcionalidade para o deslinde de controvérsias envolvendo direitos fundamentais, não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Não se percorre qualquer *iter* ou processo racional. O raciocínio costuma ser simplista e mecânico do tipo: a Constituição consagra a proporcionalidade; o ato questionado não respeita essa exigência. Logo, o ato questionado é inconstitucional.⁸⁹

Não há sequer uma explicação normativa, ou seja, onde, de fato, a Constituição (ou mesmo a legislação infraconstitucional) consagra a máxima, como vem se repetindo. Isso leva a uma situação bastante arriscada, como adverte Bonavides, pois, na prática, os magistrados desempenham de maneira insólita o papel de legisladores sem que possuam para tanto a legitimação constitucional para esse mister.⁹⁰

Na maior parte das decisões, a fundamentação é simplesmente pressuposta, como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro.⁹¹ Na verdade, a proporcionalidade desempenha um pa-

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 31.

⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 298.

⁸⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Elsevier, 1995. p. 19.

⁸⁷ SILVA, ob. cit., p. 31.

⁸⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Elsevier, 1995. p. 217.

⁸⁹ SILVA, ob. cit., p. 31.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 542.

⁹¹ SILVA, ob. cit., p. 32.

pel relevante no Direito Alemão que, por sua vez, influenciou o direito da União Europeia⁹² e só mais recentemente vem repercutindo no direito pátrio.

Geralmente, quando se fundamenta, se faz com base no art. 5º, inc. LIV, e no chamado *substantive due process of law*.

Analisando individualmente cada uma das decisões do Superior Tribunal de Justiça constantes do Repositório do CJF, importante destacar que a proporcionalidade é empregada basicamente para dirimir conflitos entre direitos fundamentais. Esse tem sido o uso mais difundido da máxima/princípio/regra da proporcionalidade no Direito brasileiro.⁹³

Observa-se que em nenhuma delas promoveu-se uma análise escalonada da proporcionalidade. O que se encontra nas razões decisórias é uma reprodução de trechos dos acórdãos do Tribunal de Apelação nos quais a proporcionalidade aparece casada com a razoabilidade, como se da mesma coisa se tratassem. Os argumentos são lançados como mera retórica sem que fossem submetidos a qualquer tipo de crivo, muito menos através do método trifásico sugerido pela doutrina constitucional preponderante. O recurso ao argumento da razoabilidade, por sua vez, não apresenta qualquer justificativa.

A partir dessas decisões do STJ, percorreu-se o caminho inverso até os julgamentos dos tribunais de apelação. Mesmo nesses, sobretudo naqueles que reconheciam o fato consumado e consideravam a desproporcionalidade das ordens demolitórias, não há sinal algum de avaliação analítica. A proporcionalidade é usada como algo tão óbvio que o direito sacrificado (geralmente a proteção de áreas de preservação permanente) parece ser infinitamente inferior ao protegido (direito de propriedade).

Portanto, ao tomarem decisões com base em juízos de proporcionalidade (aliada ou não à razoabilidade), os tribunais brasileiros podem estar franqueando a passagem de situações consolidadas ilícitas na origem e que consubstanciam degradação ambiental.

Apregoa-se no presente trabalho uma análise criteriosa da proporcionalidade, inclusive carreando para a tomada de decisão o valor dos serviços ecossistêmicos suprimidos e o papel que eles desempenham na saúde ambiental para as presentes e futuras gerações.

⁹² MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Elsevier, 1995. p.217.

⁹³ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. *Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 376.

5 A Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça

Sob a irradiação de efeitos do NCPC, o STJ editou, em 9 de maio de 2018, a Súmula 613: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”.

Essa Súmula estribou-se em cinco precedentes:

Quadro Tribunais de Origem das decisões prolatadas pelo STJ

Tribunal de Origem	Aspecto Analisado	Precedente(s)
TJSP	Intervenção em APP e na Reserva Legal	Resp 948.921
TJDF	Intervenção em Parque Urbano e APP	AgRg no Rec. em Mandado de Segurança 28.220
TRF 5 (Paraíba)	Intervenção em APP de manguezal	AgRg no Resp 1.491.027
TJMS	Construção em APP	AgRg no Resp. 1.497.346 AgRg no Resp. 1.494.681

Fonte: quadro elaborado pela autora

Três dos cinco precedentes referidos como base para a edição da Súmula confirmaram decisões das instâncias ordinárias. Do quadro acima, somente os precedentes oriundos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul foram reformados pelo STJ.

A partir da introdução da teoria dos precedentes no sistema processual civil brasileiro, nomeadamente com a construção apresentada pelos arts. 926 a 928 do NCPC, os tribunais passaram a poder se valer dos precedentes e de sua eficácia vinculativa. A finalidade dessa mudança está em adicionar maior racionalidade ao direito, reduzindo a discricionariedade.⁹⁴ O conjunto de decisões de um tribunal ainda continua se chamando jurisprudência e essa é geralmente persuasiva e exemplificativa. Um seletivo grupo dessas decisões pode ser denominado de precedentes.

Cabe, no ponto, situar o sentido dessa expressão. Precedente não é o mesmo que decisão judicial colegiada, muito menos monocrática, emanada de tribunal, mesmo dos superiores. Precedente é definido, numa concepção restritiva, como aquele caso que venha a acrescentar uma glosa, um acréscimo aos textos legais para decidirem determinada questão jurídica. O julgamento, ainda que colegiado e oriundo de Corte Superior (no Brasil, STJ e STF), que aplique a

⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao art. 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1.314-1.315, 2016.

lei sem qualquer acréscimo interpretativo não é considerado precedente.⁹⁵ Em sentido mais alargado, posicionam-se Didier Júnior, Braga e Oliveira. Para esse grupo de processualistas civis, precedente é qualquer decisão que constitua uma norma para o caso concreto e um precedente para os futuros casos.⁹⁶

A paulatina adesão do processo civil brasileiro aos precedentes vinculantes importa redução na discricionariedade judicial nos casos sumulados. Ou seja, para superar a Súmula (e isso não é impossível, tampouco ilícito), é necessário um ônus argumentativo redobrado, hábil a demonstrar que o caso possui alguma diferença essencial em relação aos precedentes. Por alguma nuance específica, o caso não se ajusta do ponto de vista fático ou jurídico. Essa relativa rigidez diz respeito à estabilidade e coerência em sentido estrito previstas no art. 926 do NCPC. Dito em outras palavras, os tribunais devem seguir seus próprios precedentes (vinculação horizontal). Os tribunais inferiores devem seguir os dos superiores (vinculação vertical). A consistência e a coerência em sentido estrito dizem respeito ao dever de não contradição em relação aos precedentes anteriores.⁹⁷

Pode também a Súmula ser reinterpretada pela Corte, adicionando algumas variáveis para melhor explicitá-la ou ser revogada diante da superveniência de lei ou dispositivo constitucional que a contrarie.

Um alerta é importante que se faça. A súmula confere maior certeza e previsibilidade ao Direito. Mas dela não consta o *obiter dictum*,⁹⁸ todo o seu conteúdo consiste na tese jurídica afirmada.

Quem se limita à análise da jurisprudência do STJ invocada como precedentes embaixadores da Súmula 613 pode ser conduzido à falsa ideia de que o fato consumado em matéria ambiental é uma tese fadada ao perecimento e que não merece maiores reflexões doutrinárias. Ledo engano. O fato consumado não só aparece com relativa frequência na jurisprudência das cortes federais como ainda incide com certo protagonismo, por vezes mascarado sob outros codinomes ou como argumento de reforço.

⁹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 333-334. Posição semelhante é sustentada por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 281-282.

⁹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 340-341.

⁹⁸ *Obiter dictum* pode ser entendido como “o que não se oferece como indispensável para sustentação da solução da questão”. Literalmente, “é o que é dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*), cujo conteúdo não constitui precedente” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 106).

O Tribunal da Cidadania captou a recorrência do argumento do fato consumado em decisões ambientais e, reiteradamente, passou a se pronunciar contra seu uso nesse ramo do Direito.

Nas primeiras decisões em que o STJ consagrara a tese jurídica da inexistência de um direito adquirido a poluir, já era possível detectar a semente da súmula. “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador”.

Como ensina Sampaio, não pode haver direito sem base jurídica que o constitua,⁹⁹ ainda que venha sendo exercido sem oposição ou contestação durante largo tempo. A exigência de lei que permita a aderência subjetiva a determinado suporte fático é requisito de aparente obviedade dentro de qualquer ordenamento jurídico que possa ser considerado uma democracia constitucional. Entretanto, o autor adverte para os perigos da tese do fato consumado associado à segurança jurídica, confiança nas instituições e no devido processo legal, além do sempre presente prejuízo econômico,¹⁰⁰ exemplificando com a situação de um proprietário que explora os recursos naturais de forma predatória, degradando o meio ambiente, e que posteriormente, diante de superveniente ato legislativo, tenha de ver sua atividade, desenvolvida de forma danosa durante anos, interrompida ou reduzida. Descaberia invocar como defesa um suposto direito adquirido.

O alerta de Sampaio parece bastante pertinente pois não são raros os casos em que os tribunais se seduzem pelo canto de sereia do deixar tudo como está.

Muito mais política que jurídica, a teoria do fato consumado consubstancia uma estratégia de enfrentamento dos efeitos da passagem do tempo em relação aos direitos.

Ocorre que o fato consumado esconde sob o seu falso manto de juridicidade, as suas raízes no não direito, na negação do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que deve ser tutelado através de mecanismos de controle de danos e riscos sustentados nos princípios da prevenção e precaução.

A Súmula editada fecha as portas para a omissão estatal, para a corrupção urbano-ambiental, para o abuso de direito em detrimento do bem ambiental, reforçando a justiciabilidade de um princípio de integridade ecológica, definido pelo art. 5.1 da Carta da Terra.

⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 225.

¹⁰⁰ SAMPAIO, ob. cit., p. 100.

Por outro lado, abre passagem para a coragem de desfazer o que deve ser desfeito,¹⁰¹ reparar o que pode e deve ser reparado, ao tempo em que insere nas relações jurídicas a perspectiva das gerações futuras como sujeitos de direitos.

Considerações finais

A partir dessa pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial sobre um tema que, embora não seja novo nos tribunais brasileiros, adquiriu maior visibilidade após a edição da Súmula, podemos concluir:

- a) A análise dos julgados que ainda acatam o fato consumado desvela uma soma de passividade institucional com labilidade legislativa. Em outras palavras: a inércia do poder de polícia administrativa alia-se à demora na prestação jurisdicional, de um lado; de outro, grupos de pressão reunindo aqueles interessados na ineficácia da legislação anterior conseguem mobilizar o Poder Legislativo e o Executivo para alterar a lei sob cuja vigência ter-se-ia consumado a ilicitude;
- b) As leis que retroagem para converter degradações ambientais ilícitas em lícitas fomentam a ilicitude ambiental, além de não serem submetidas à prévia avaliação do somatório dos efeitos negativos advindos dessas franquias legais;
- c) A visão fragmentária do ambiente não é congruente com o planejamento e com a gestão ambiental;
- d) O fato consumado esconde sob o seu falso manto de juridicidade, as suas raízes no não direito, na negação do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que deve ser tutelado através de mecanismos de controle de danos e riscos sustentados nos princípios da prevenção e precaução;
- e) A Súmula editada fecha as portas para a omissão estatal, para a corrupção urbano-ambiental, para o abuso de direito em detrimento do bem ambiental, abrindo passagem para a coragem de desfazer o que deve ser desfeito, reparar o que pode e deve ser reparado, ao tempo em que insere nas relações jurídicas a perspectiva das gerações futuras como sujeitos de direitos.

¹⁰¹ Recentemente, o STJ, na apreciação do Tema 1010, externou posicionamento extremamente corajoso e que vem desencadeando muito polêmica. Concluiu, em incidente de uniformização de demandas repetitivas, que “Na vigência do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), a extensão não edificável nas Áreas de Preservação Permanente de qualquer curso d’água, perene ou intermitente, em trechos caracterizados como área urbana consolidada, deve respeitar o que disciplinado pelo seu art. 4º, *caput*, inciso I, alíneas a, b, c, d e e, a fim de assegurar a mais ampla garantia ambiental a esses espaços territoriais especialmente protegidos e, por conseguinte, à coletividade” (Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=126499530®istro_numero=201802631242&peticao_numero=1&publicacao_data=20210510&formato=PDF>. Acesso em: 6 jun. 2021.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa*. 1990. Disponível em: <file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.
- BLUMM, Michael C. The clean water act's section 404 permit program enters its adolescence: an institutional and programmatic perspective. *Ecology law quarterly*, v. 8, n. 3, 1980, p. 409-472.
- BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). *Rule of law for nature*. New dimensions and ideas in environmental law New York: Cambridge University Press, 2013, p. 3-26.
- DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. *Journal of Environmental Law*, n. 27, p. 91-117, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, p. 281-282.
- FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FERREIRA, Heline Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/91741>>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- FOSTER, John. *The anthropocene crisis*. Disponível em: <<https://monthlyreview.org/2016/09/01/the-anthropocene-crisis/>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, n. 23, 1996, p. 393-436.
- KRELL, Andreas. *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.

- MACCORMICK, Neil. *O estado de direito e o caráter argumentativo do direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 264-265.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodvium, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.
- OWEN, Dave. Mapping, modeling, and the fragmentation of environmental law. *Utah Law Review*, n. 219, 2013, p. 218-281.
- PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. In: MILARÉ, Édís. (Org.). *A ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135-147.
- PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. *Environmental law and policy: nature, law, and society*. 3. ed. New York: Aspen, 2004.
- PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Corrupção urbanística: da ausência de diferenciação entre Direito e Política no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PRUDENTE, Antônio Souza. *O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito*. Disponível em: <<https://portalrevistas.uch.br/index.php/RDA/article/view/5857/3803>>. Acesso em: 7 ago. 2018.
- RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. *Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROSENN, Keith. Brazil's legal culture: the jeito revisited. *Florida International Law Journal*, v. 1, n. 1, 1984, p. 1-43.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013. p. 200.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002. p. 23-50.
- TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 27, p. 95-101, 2004.
- _____. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional no direito estudantil. *Revista de doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 7, jul., 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2018.
- TROUWBORST, Arie. The precautionary principle and the ecosystem approach in international law: differences, similarities and linkages. *RECIEL*, Review of European Comparative and International Environmental Law, v. 18, n. 1, 2009, p. 26-37.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao art. 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.314-1.315.
- _____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.