

Institucionalidades do Decreto nº 6.640/2008 que Dispõe Sobre o Patrimônio Espeleológico Brasileiro

ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN

Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, com atuação na Promotoria Especializada do Meio Ambiente de Porto Alegre; Mestre em Direito Ambiental e Biotecnologia pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora da Escola Superior do MP-RS e dos cursos de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UFRGS, UNISINOS, PUC e IDC.

JOSÉ EDUARDO RAMOS RODRIGUES

Advogado da Fundação Florestal do Estado de São Paulo; Especialista em Gestão Ambiental e Mestre em Saúde Pública pela USP; Professor de Direito Ambiental em nível de Pós-Graduação; Diretor da Associação de Professores de Direito Ambiental do Brasil; Membro do ICOMOS/BRASIL e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais; Especialista em Direito Ambiental; Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; Professor de Direito Processual Ambiental no Curso de Pós-Graduação do Centro de Atualização em Direito – Belo Horizonte-MG.

SANDRA CUREAU

Subprocuradora-Cerel da República, Coordenadora da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Meio Ambiente e Patrimônio Cultural); Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais; Vice-Presidente da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente – Abrampa.

ZANI CAJUEIRO TOBIAS DE SOUZA

Procuradora da República em Minas Gerais, Titular do 1º Ofício da Tuteia Coletiva – Meio Ambiente e Patrimônio Cultural; Especialista em Direito Privado e Direito Ambiental.

Inconstitucionalidade da Supressão de Espaços Especialmente Protegidos por Meio de Decreto; 4 As Cavidades Subterrâneas como Patrimônio Cultural; 5 Inconstitucionalidade por Ineficácia Jurídica Vinculada à Vedação de Retrocessos Sociais; 6 Da Inconstitucionalidade por Afronta aos Princípios da Indisponibilidade dos Bens Públicos e da Impessoalidade; 7 Da Violação aos Princípios da Precaução e da Transgeracionalidade; 8 Conclusões.

1 A Importância do Patrimônio Espeleológico Brasileiro

Como sabido, o patrimônio espeleológico (do grego *speláion* = caverna), é constituído pelo conjunto de ocorrências geológicas que criam formações especiais e cavidades naturais no solo tais como grutas, cavernas, lapas, abrigos sob rochas etc., considerados bens da União a teor do disposto no art. 20, X, da Constituição Federal brasileira.

Atualmente (2008), segundo a Sociedade Brasileira de Espeleologia, o Brasil possui um número de 4.629 cavidades registradas no Cadastro Nacional de Cavernas do Brasil, sendo que cerca de 250 novos registros são feitos a cada ano, números que bem demonstram a grandiosidade do patrimônio espeleológico de nosso país.

A proteção desses locais é de fundamental importância sob o ponto de vista do patrimônio cultural principalmente pelo fato de que neles os arqueólogos e paleontólogos comumente encontram elementos informativos de grande relevância para melhor compreensão do passado da vida sobre a terra. Os estudos de cavernas revelaram um enorme potencial científico envolvendo na evolução destas feições geológicas, desde a ação de bactérias em grande profundidade corroendo rochas calcárias, até o abrigo de registros sedimentares únicos das variações ambientais ocorridas durante as últimas dezenas de milhares de anos, incluindo restos de animais extintos ou vestígios de ocupações pré-históricas.

Em quase todo o Brasil os ambientes de cavernas já proporcionaram material de pesquisa aos paleontólogos, sendo de se destacar os achados na região de Lagoa Santa – MG feitos por Peter Lund no século XIX, a riqueza fóssilífera das grutas da Bahia, bem como as recentes descobertas em cavernas inundadas do Mato Grosso do Sul. Também para a arqueologia o patrimônio espeleológico é fundamental, uma vez que as cavernas foram os primeiros refúgios do homem, que nelas encontravam abrigo contra a rudeza do clima e esconderijo contra seus inimigos naturais, muitas vezes gravando nas paredes dessas cavidades enigmáticas mensagens para as gerações futuras.

Por isso, a CF/88 previu no art. 216, V, que integram o patrimônio cultural brasileiro e os sítios de valor histórico, paisagístico, artístico,

arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, sendo dever do Poder Público e da comunidade a sua proteção.

As áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas são também de fundamental importância para a preservação de aspectos atinentes ao meio ambiente natural, uma vez que os frágeis ambientes cavernícolas: a) em muitos casos armazenam água, sendo úteis na recarga de aquíferos, rios subterrâneos e lençóis freáticos, garantindo o abastecimento de populações; b) abrigam espécies animais ou vegetais endêmicas e ameaçadas de extinção; c) protegem minerais raros e formações de grande beleza cênica.

Ademais, nos termos do art. 20, X, da CF/88 *as cavidades naturais subterrâneas são consideradas bens de propriedade da União*. Como salienta Paulo Affonso Leme Machado, não há necessidade de cada cavidade natural subterrânea ser declarada como bem da União. A norma é auto-aplicável. Vale chamar a atenção para o fato que não se exigiu excepcional ou notável interesse científico ou turístico para que a cavidade natural subterrânea seja bem público¹.

2 A Normatização Estabelecida pelos Decretos ns. 99.556/90 e 6.640/08

O Decreto nº 99.556/90 estabeleceu regime jurídico próprio para a proteção de cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional (art. 1º), para as suas áreas de influência (art. 2º) e para áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico (art. 3º), nos seguintes termos:

“Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990

Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no Território Nacional e dá outras providências

O Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nesta, arts. 20, X, e 216, como na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e no Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, decreta:

Art.1º As cavidades naturais subterrâneas existentes no Território Nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, serão preservadas e

¹ *Direito ambiental brasileiro*, p. 107.

conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Parágrafo único. Entende-se como cavidade natural subterrânea todo e qualquer espaço subterrâneo penetrável pelo homem com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e a flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que a sua formação haja ocorrido por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou do tipo de rocha encaixante. Nesta designação estão incluídos todos os termos regionais, tais como gruta, lapa, toca, abismo, fuma, e buraco.

Art. 2º A utilização das cavidades naturais subterrâneas e de sua área de influência deve fazer-se consoante a legislação específica, e somente dentro de condições que assegurem sua integridade física e a manutenção do respectivo equilíbrio ecológico.

Parágrafo único. A área de influência de uma cavidade natural subterrânea há de ser definida por estudos técnicos específicos, obedecendo às peculiaridades e características de cada caso.

Art. 3º É obrigatória a elaboração de estudo de impacto ambiental para as ações ou os empreendimentos de qualquer natureza, ativos ou não, temporários ou permanentes, previstos em áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico, os quais, de modo direto ou indireto, possam ser lesivos a essas cavidades, ficando sua realização, instalação e funcionamento condicionados à aprovação, pelo órgão ambiental competente, do respectivo relatório de impacto ambiental.

Parágrafo único. No que concerne às ações e empreendimentos já existentes, se ainda não efetivados os necessários estudo e relatório de impacto ambiental, devem estes ser realizados, em prazo a ser fixado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

Art. 4º Cabe ao Poder Público, inclusive à União, esta por intermédio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, preservar, conservar, fiscalizar e controlar o uso do patrimônio espeleológico brasileiro, bem como fomentar levantamentos, estudos e pesquisas que possibilitem ampliar o conhecimento sobre as cavidades naturais subterrâneas existentes no Territorial Nacional.

Parágrafo único. No cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, o IBAMA pode efetivar, na forma da lei, acordos, convênios, ajustes e contratos com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras.

Art. 5º Para efeito deste Decreto, consideram-se:

I – patrimônio espeleológico: o conjunto de elementos bióticos e abióticos, sócio-econômicos e histórico-culturais, subterrâneos ou superficiais, representado pelas cavidades naturais subterrâneas ou a estas associados;

II – área de potencial espeleológico: as áreas que, devido à sua constituição geológica e geomorfológica, sejam suscetíveis do desenvolvimento de cavidades naturais subterrâneas, como as de ocorrência de rochas calcárias;

III – atividades espeleológicas: as ações desportivas, ou aquelas técnico-científicas de prospecção, mapeamento, documentação e pesquisa que subsidiem a identificação, o cadastramento, o conhecimento, o manejo e a proteção das cavidades naturais subterrâneas.

Art. 6º As infrações ao disposto neste Decreto estão sujeitas às penalidades previstas na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e normas regulamentares.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

Entretanto, em 07 de novembro de 2008 foi editado Decreto nº 6.640 que alterou de maneira significativa o quadro de proteção do patrimônio espeleológico brasileiro, reduzindo drasticamente o “*status*” *protetivo* já existente, dispondo da seguinte forma:

“Decreto nº 6.640, de 7 de novembro de 2008

Dá nova redação aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º e acrescenta os arts. 5-A e 5-B ao Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, e tendo em vista o disposto nos arts. 20, inciso X, e 216, inciso V, da Constituição, e na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, *decreta*:

Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 1º As cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional deverão ser protegidas, de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Parágrafo único. Entende-se por cavidade natural subterrânea todo e qualquer espaço subterrâneo acessível pelo ser humano, com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, gruta, lapa, toca, abismo, fuma ou buraco, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e a flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que tenham sido formados por processos

naturais, independentemente de suas dimensões ou tipo de rocha encaixante.’ (NR)

‘Art. 2º A cavidade natural subterrânea será classificada de acordo com seu grau de relevância em máximo, alto, médio ou baixo, determinado pela análise de atributos ecológicos, biológicos, geológicos, hidrologicos, paleontológicos, cênicos, histórico-culturais e socioeconômicos, avaliados sob enfoque regional e local.

§ 1º A análise dos atributos geológicos, para a determinação do grau de relevância, deverá ser realizada comparando cavidades da mesma litologia.

§ 2º Para efeito deste Decreto, entende-se por enfoque local a unidade espacial que engloba a cavidade e sua área de influência e, por enfoque regional, a unidade espacial que engloba no mínimo um grupo ou formação geológica e suas relações com o ambiente no qual se insere.

§ 3º Os atributos das cavidades naturais subterrâneas listados no *caput* serão classificados, em termos de sua importância, em acentuados, significativos ou baixos.

§ 4º Entende-se por cavidade natural subterrânea com grau de relevância máximo aquela que possui pelo menos um dos atributos listados abaixo:

I – gênese única ou rara;

II – morfologia única;

III – dimensões notáveis em extensão, área ou volume;

IV – espeleotemas únicos;

V – isolamento geográfico;

VI – abrigo essencial para a preservação de populações geneticamente viáveis de espécies animais em risco de extinção, constantes de listas oficiais;

VII – habitat essencial para preservação de populações geneticamente viáveis de espécies de troglóbios endêmicos ou relictos;

VIII – habitat de troglóbios raro;

IX – interações ecológicas únicas;

X – cavidade testemunho; ou

XI – destacada relevância histórico-cultural ou religiosa.

§ 5º Para efeitos do § 4º, o atributo a que se refere seu inciso V só será considerado no caso de cavidades com grau de relevância alto e médio.

§ 6º Entende-se por cavidade natural subterrânea com grau de relevância alto aquela cuja importância de seus atributos seja considerada, nos termos do ato normativo de que trata o art. 5º:

I – acentuada sob enfoque local e regional; ou

II – acentuada sob enfoque local e significativa sob enfoque regional.

§ 7º Entende-se por cavidade natural subterrânea com grau de relevância médio aquela cuja importância de seus atributos seja considerada, nos termos do ato normativo de que trata o art. 5º:

I – acentuada sob enfoque local e baixa sob enfoque regional; ou

II – significativa sob enfoque local e regional.

§ 8º Entende-se por cavidade natural subterrânea com grau de relevância baixo aquela cuja importância de seus atributos seja considerada, nos termos do ato normativo de que trata o art. 5º:

I – significativa sob enfoque local e baixa sob enfoque regional; ou

II – baixa sob enfoque local e regional.

§ 9º Diante de fatos novos, comprovados por estudos técnico-científicos, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – Instituto Chico Mendes poderá rever a classificação do grau de relevância de cavidade natural subterrânea, tanto para nível superior quanto inferior.’ (NR)

‘Art. 3º A cavidade natural subterrânea com grau de relevância máximo e sua área de influência não podem ser objeto de impactos negativos irreversíveis, sendo que sua utilização deve fazer-se somente dentro de condições que assegurem sua integridade física e a manutenção do seu equilíbrio ecológico.’ (NR)

‘Art. 4º A cavidade natural subterrânea classificada com grau de relevância alto, médio ou baixo poderá ser objeto de impactos negativos irreversíveis, mediante licenciamento ambiental.

§ 1º No caso de empreendimento que ocasione impacto negativo irreversível em cavidade natural subterrânea com grau de relevância alto, o empreendedor deverá adotar, como condição para o licenciamento ambiental, medidas e ações para assegurar a preservação, em caráter permanente, de duas cavidades naturais subterrâneas, com o mesmo grau de relevância, de mesma litologia e com atributos similares à que sofreu o impacto, que serão consideradas cavidades testemunho.

§ 2º A preservação das cavidades naturais subterrâneas, de que trata o § 1º, deverá, sempre que possível, ser efetivada em área contínua e no mesmo grupo geológico da cavidade que sofreu o impacto.

§ 3º Não havendo, na área do empreendimento, outras cavidades representativas que possam ser preservadas sob a forma de cavidades testemunho, o Instituto Chico Mendes poderá definir, de comum acordo com o empreendedor, outras formas de compensação.

§ 4º No caso de empreendimento que ocasione impacto negativo irreversível em cavidade natural subterrânea com grau de relevância médio, o empreendedor deverá adotar medidas e financiar ações, nos termos definidos pelo órgão ambiental competente, que contribuam para a conservação e o uso adequado do patrimônio espeleológico brasileiro, especialmente das cavidades naturais subterrâneas com grau de relevância máximo e alto.

§ 5º No caso de empreendimento que ocasione impacto negativo irreversível em cavidade natural subterrânea com grau de relevância baixo, o empreendedor não estará obrigado a adotar medidas e ações para assegurar a preservação de outras cavidades naturais subterrâneas.' (NR)

'Art. 5º A metodologia para a classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas, considerando o disposto no art. 2º, será estabelecida em ato normativo do Ministro de Estado do Meio Ambiente, ouvidos o Instituto Chico Mendes, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e demais setores governamentais afetos ao tema, no prazo de sessenta dias, contados da data de publicação deste Decreto.' (NR)

Art. 2º Fica acrescido os arts. 5-A e 5-B ao Decreto nº 99.556, de 1990, com a seguinte redação:

'Art. 5-A. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou degradadores de cavidades naturais subterrâneas, bem como de sua área de influência, dependerão de prévio licenciamento pelo órgão ambiental competente.

§ 1º O órgão ambiental competente, no âmbito do processo de licenciamento ambiental, deverá classificar o grau de relevância da cavidade natural subterrânea, observando os critérios estabelecidos pelo Ministério do Meio Ambiente.

§ 2º Os estudos para definição do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas impactadas deverão ocorrer a expensas do responsável pelo empreendimento ou atividade.

§ 3º Os empreendimentos ou atividades já instalados ou iniciados terão prazo de noventa dias, após a publicação do ato normativo de que trata o art. 5º, para protocolar junto ao órgão ambiental competente solicitação de adequação aos termos deste Decreto.

§ 4º Em havendo impactos negativos irreversíveis em cavidades naturais subterrâneas pelo empreendimento, a compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, deverá ser prioritariamente destinada à criação e implementação de unidade de conservação em área de interesse espeleológico, sempre que possível na região do empreendimento.' (NR)

'Art. 5-B. Cabe à União, por intermédio do IBAMA e do Instituto Chico Mendes, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere o art. 23 da Constituição, preservar, conservar, fiscalizar e controlar o uso do patrimônio espeleológico brasileiro, bem como fomentar levantamentos, estudos e pesquisas que possibilitem ampliar o conhecimento sobre as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional.

Parágrafo único. Os órgãos ambientais podem efetivar, na forma da lei, acordos, convênios, ajustes e contratos com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras, para auxiliá-los nas ações de preservação e conservação, bem como de fomento aos levantamentos, estudos e pesquisas que possibilitem ampliar o conhecimento sobre as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional.' (NR)

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação."

Verifica-se à toda evidência que o novo Decreto diminuiu sensivelmente a proteção assegurada às cavidades brasileiras, na medida em que:

– Dispensou (art. 5º, *a*) do processo de licenciamento ambiental os estabelecimentos situados em áreas de potencial espeleológico (as áreas que, devido à sua constituição geológica e geomorfológica, sejam suscetíveis do desenvolvimento de cavidades naturais subterrâneas, como as de ocorrência de rochas calcárias – já mapeadas pelo Centro Nacional de Estudo, Proteção e Manejo de Cavernas – CECAV), o que antes era exigido pelo art. 3º do Decreto nº 99.556/90.

– Permite a destruição de cavidades consideradas como de "baixa relevância" sem qualquer tipo de compensação patrimonial ou ambiental (art. 4º, § 5º).

– Permite a destruição de cavidades com base em critérios não corroborados pelos cientistas e especialistas na área, pelo próprio Centro Nacional de Estudo, Proteção e Manejo de Cavernas (que se manifestou veemente contra à proposta por meio da Nota Técnica nº 065/08/CECAV) e sem qualquer discussão com a sociedade.

Segundo dados da Sociedade Brasileira de Espeleologia, com o novo regimento, 70% das cavernas brasileiras correm o risco de desaparecer, o

que constitui uma ameaça sem precedentes ao meio ambiente e ao patrimônio cultural de nosso país².

Registre-se ser fato notório que a redução protetiva efetivada por meio do novel decreto se deu por pressões econômicas e políticas, levadas a efeito por empreendimentos (mormente mineradores e produtores de energia elétrica), interessados em desenvolver suas atividades de forma livre e desimpedida, sem qualquer obstáculo relativo à proteção do meio ambiente natural e cultural.

As circunstâncias em que foi aprovado o Decreto nº 6.640/08, em tempo recorde, olvidando a manifestação técnica produzida pelo órgão nacional incumbido da tutela das cavidades (CECAV) e sem qualquer debate com a sociedade civil organizada e com o meio científico, evidenciam uma ação claramente voltada para a indução de um desenvolvimento econômico sem controle ou compromisso com a preservação de valores constitucionalmente protegidos, tais como o meio ambiente e o patrimônio cultural, o que revela menosprezo ao princípio do desenvolvimento sustentável, consagrado no art. 170, V, do texto magno vigente.

Tal despropósito mais se evidencia ante a constatação de que não há nenhum indício de que o patrimônio espeleológico brasileiro esteja dificultando o desenvolvimento de qualquer setor da economia nacional, pois o setor mineral tem aumentado sua produção a cada ano e o setor energético dispõe de alternativas mais econômicas, eficientes e menos impactantes para aumentar a oferta de energia elétrica.

3 Da Inconstitucionalidade da Supressão de Espaços Especialmente Protegidos por Meio de Decreto

Como já visto, o Decreto nº 99.556/90 estabeleceu regime jurídico próprio para a proteção de cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional (art. 1º), para suas respectivas áreas de influência (art. 2º) e para áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico (art. 3º).

Desta forma, tais espaços foram alçados formalmente à condição de “espaços territoriais especialmente protegidos”³, de que fala a CF/88, em seu art. 225, *literis*:

2 Disponível em: <<http://www.sbc.com.br/manifesto.asp>>.

3 Tecnicamente, não se pode confundir espaços protegidos com unidades de conservação. Por isso, como bem ressalta Antônio Herman Benjamin: “(...) toda Unidade de Conservação é área especialmente protegida, mas a recíproca não é verdadeira, pois a própria Constituição Federal traz exemplos de biomas que recebem tutela especial (Amazônia, Mata Atlântica, Pantanal) e, nem por isso, são, na sua totalidade, Unidades de Conservação. Bem a cabo a lição abalizada do mestre José Afonso da Silva para quem ‘nem todo espaço territorial especialmente protegido se confunde com unidades de conservação, mas estas são também espaços especialmente protegidos’”.

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III – definir, em todas as unidades da Federação, *espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção*.”

Ante o exposto, não resta dúvida que a recente alteração da proteção às cavidades naturais subterrâneas, suas áreas de influência e das áreas de ocorrência de cavidades ou de potencial espeleológico (todas expressamente protegidas pelo Decreto nº 99.556/90), colocando em risco mais de 70% do patrimônio espeleológico brasileiro, *não poderia se dar por meio de decreto, mas somente por meio de lei*.

Registre-se que se entende como espaços territoriais especialmente protegidos os:

“(...) espaços geográficos, públicos ou privados, dotados de atributos ambientais relevantes, que, por desempenharem papel estratégico na proteção da diversidade biológica existente no território nacional, requerem sua sujeição, pela lei, a um regime de interesse público, através da limitação ou vedação do uso dos recursos ambientais da natureza pelas atividades econômicas.” (Édis Milaré, 3. ed., 2004. São Paulo: RT. p. 233)

Comentando o dispositivo constitucional acima transcrito, Paulo Affonso Leme Machado ensina:

“A Constituição inova profundamente na proteção dos espaços territoriais como parques nacionais, estaduais, municipais, reservas biológicas, estações ecológicas, áreas de proteção ambiental. Poderão ser esses espaços territoriais criados por decreto e/ou por lei, mas não poderão ser alterados e/ou suprimidos por decreto. Não podemos ter a ilusão de que essas unidades de conservação da natureza tornaram-se perenes pelo sistema constitucional ora introduzido, mas, sendo a alteração e a supressão somente através de lei, abre-se tempo e oportunidade para os ambientalistas fazerem-se presentes perante os parlamentares. A norma constitucional não abriu qualquer exceção à modificação dos espaços territoriais e, assim, mesmo uma pequena alteração só pode ser feita por lei.”⁴

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 108-109.

A propósito, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 3540/DF, restou assentado que:

“(…) a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.”

Como no caso vertente, o recente Decreto nº 6.640/08, mais do que alterar o regime jurídico de proteção das cavidades naturais subterrâneas, quase chega a aniquilá-lo, colocando em risco cerca de 70% do patrimônio espeleológico nacional, resta patente a afronta ao art. 225, § 1º, III, da CF/88, razão pela qual o ato editado é flagrantemente inconstitucional.

4 As Cavidades Subterrâneas como Patrimônio Cultural

Como já foi referido acima, o Decreto nº 99.556 de 1º de outubro de 1990, em seu art. 1º original, havia declarado as cavidades subterrâneas brasileiras existentes no território nacional como patrimônio cultural brasileiro.

Constitucionalmente, o patrimônio cultural brasileiro é definido pelo art. 216 e incisos da CF/88. Dentre os bens ali arrolados, interessa-nos especialmente os bens de natureza material, imóvel, caracterizados como sítios de valor paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, *caput* e inciso V, da CF/88). Nestes estão incluídas as cavidades naturais subterrâneas.

O valor cultural, pela definição constitucional, inclui bens de valor ambiental cultural e natural. Quem atribui valor cultural a um bem é a sociedade brasileira. Numa sociedade democrática, cabe ao Estado apenas o dever de reconhecer esse valor preexistente e tomar as providências necessárias à preservação de tais bens para sempre, em conjunto com a comunidade. O tombamento é apenas um dos instrumentos legais disponíveis para a proteção do patrimônio cultural brasileiro, como se observa no § 1º do citado art. 216. O valor cultural de um bem pode ser reconhecido por inventário, por registro (especialmente o patrimônio cultural imaterial), por lei específica, por decisão judicial (em ação civil pública), por dispositivo constitucional específico (como é o caso dos quilombos pelo § 7º do mesmo art. 216). E pode também ser declarado por decreto, como ocorre no caso em tela.

A exigência de valor cultural “excepcional” para justificar a preservação de um bem, prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937, foi inteiramente suplantada pela Constituição Federal de 1988. Não se

discute mais se o patrimônio cultural constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou também aqueles de valor documental cotidiano; se inclui monumentos individualizados ou também conjuntos; se dele faz parte apenas a arte erudita ou também a popular; se contém apenas bens produzidos pela mão do homem ou também os naturais; se esses bens envolvem apenas aqueles de excepcional valor paisagístico ou inclusive ecossistemas; se abrange bens tangíveis e intangíveis. Todos esses tipos de bens acima citados estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos exatos termos constitucionais⁵. A identificação ou simpatia da comunidade por determinado bem pode representar uma prova de valor cultural bastante superior àquela obtida através de dezenas de laudos técnicos plenos de erudição, mas muitas vezes vazios de sensibilidade. Além de significar, por si só, uma maior garantia para a sua efetiva conservação⁶.

Os imóveis preservados por seu valor cultural, sejam artificiais, ou naturais (como é o caso das cavidades naturais subterrâneas), sejam individuais ou conjuntos, ocupando espaços territoriais como uma Serra do Mar ou de tamanho a abrigar uma única árvore, das dimensões de uma cidade, de um bairro ou de apenas uma casa, já que a Carta Magna não distinguindo dimensões, não autoriza o intérprete da lei a fazê-lo, constituem-se todos em espaços territoriais especialmente protegidos, sendo a sua alteração e supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, conforme o art. 225, § 1º, inciso III, da CF/88. Este entendimento tem importantes consequências jurídicas ao falar-se no cancelamento da proteção pelo Poder Público de bens protegidos por seu valor cultural. Destarte, apenas a lei, norma geral e abstrata, emanada do Poder Legislativo, teria o condão de cancelar ou reduzir as limitações determinadas por um ato de proteção. E mais, tal cancelamento somente é possível se inexistir valor cultural no bem protegido, que se presume existente, em virtude do ato de proteção⁷. O cancelamento da proteção de bem de efetivo valor cultural implicaria na aplicação ao admi-

5 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública, estatuto da cidade. In: MILARÉ, E. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 272.

6 Idem. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, n. 21, jan./mar. 2001. p. 180.

7 Idem. Aspectos jurídicos das unidades de conservação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, n. 01, jan./mar. 1996. p. 135.

nistrador público responsável das sanções cabíveis por improbidade administrativa.

Feitas tais considerações, podemos chegar às seguintes conclusões, quanto às alterações ocorridas nos arts. 1º a 5º do Decreto nº 99.556 de 1º de outubro de 1990, por força do Decreto nº 6.640 de 7 de novembro de 2008, do ponto de vista do instituto jurídico do patrimônio cultural brasileiro:

1) O reconhecimento como patrimônio cultural brasileiro das cavidades naturais subterrâneas situadas em território nacional, efetuado conforme disposto no *caput* do art. 1º do Decreto nº 9.556/90, não pode ser revogado pelo Decreto nº 6.640/08. Tal revogação somente poderia ser realizada por meio de lei e desde que fosse inequívoca a ausência de valor cultural da cavidade, cuja relevância se presume, nos termos dos arts. 216 e 225 da CF/88.

2) A aplicação dos critérios de excepcionalidade e relevância (local e regional) são inconstitucionais, nos termos do art. 216 da CF/88. Não existe patrimônio cultural local ou regional, somente patrimônio cultural brasileiro.

3) O Decreto nº 6.640/08 é também inconstitucional por não abrir canais de participação para a comunidade no processo de promoção e proteção das cavidades naturais subterrâneas, como determina o art. 216, § 1º da CF/88. Não se fala sequer em EIA/RIMA, ou ao menos em audiência pública. O decreto simplesmente desconsidera o inciso XVIII da Resolução CONAMA 01, de 23 de janeiro de 1986 (acrescido pela Resolução CONAMA 05, de 6 de agosto de 1987).

4) A legislação de preservação do patrimônio cultural brasileiro tem o escopo de conservá-lo para sempre, em função das presentes e futuras gerações. Tal não é a finalidade do Decreto nº 6.640/08. Pelo contrário, pelo § 9º que ele insere no art. 2º do Decreto nº 99.556/90, fica institucionalizada a insegurança jurídica que leva à descaracterização da proteção constitucional. Assim, uma cavidade natural subterrânea, ainda que declarada de relevância máxima, ou seja, não sujeita a impactos negativos irreversíveis, cuja utilização deve fazer-se somente dentro de condições que assegurem sua integridade física e a manutenção do seu equilíbrio ecológico (art. 3º, *caput*, do Decreto nº 99.556/90, com a redação dada pelo Decreto nº 6.640/08), poderá ser destruída diante do surgimento de “fatos novos comprovados por estudos técnico-científicos”. Ora, tais “fatos novos”, quais seriam? Do texto do decreto, conclui-se que são genéricos e indeterminados, podendo variar ao talante dos interesses econômicos e políticos.

5 Inconstitucionalidade por Ineficácia Jurídica Vinculada à Vedação de Retrocesso Social

O Decreto nº 6.640, de 07 de novembro de 2008, representa, no contexto da ordem jurídico ambiental brasileira, um inegável retrocesso socioambiental.

A teoria constitucional, herdada do direito alemão, denominada “proibição de retrocesso social” ou “princípio do não-retrocesso” diz respeito aos princípios relacionados aos direitos fundamentais. Essa construção doutrinária, inicialmente gestada para a proteção dos direitos sociais, vem sendo paulatinamente estendida a todos os direitos fundamentais⁸.

J. J. Gomes Canotilho ao examinar os contornos do princípio da proibição do retrocesso social assim se manifesta:

“O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998)

O princípio da proibição do retrocesso social pode ser visto como uma cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais (dentre eles o direito ao meio ambiente), especializados pela legislação infraconstitucional, e que assume uma função de defesa para o cidadão, contra as ingerências do Leviatã. A também chamada *cláusula de vedação do retrocesso* foi concebida na Europa, mais precisamente na Alemanha e em Portugal, como decorrência do Estado Democrático de Direito e sua função de garantidor das conquistas atingidas em termos de direitos fundamentais. Seu conteúdo vem bem delimitado no fragmento deste acórdão da Corte Constitucional Portuguesa:

“(…) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa e consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma

8 SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 418.

obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.” (Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa)

Ingo Sarlet foi o precursor, na doutrina pátria, da idéia de vedação de retrocesso ambiental. Segundo ele, esse princípio seria concebido no sentido de que a tutela normativa ambiental deva operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.

Comungando de semelhante entendimento, Fensterseifer sustenta que, no caso da legislação ambiental, deve-se:

“(…) conceber a sua blindagem contra retrocessos que a tornem menos rigorosa ou flexível, admitindo práticas poluidoras hoje proibidas, assim como buscar sempre um nível mais rigoroso de proteção, considerando especialmente o déficit legado pelo nosso passado e um suposto ajuste de contas com o futuro, no sentido de manter um equilíbrio ambiental também para as futuras gerações. O que não se admite, até por um critério de justiça entre as gerações humanas, é que sobre as gerações futuras recaia o ônus do descaso das gerações presentes, deixando para aquelas condições piores do que as recebidas pelas gerações viventes das gerações.

O princípio da proibição de retrocesso ecológico, na esteira do pensamento de Teixeira, encontra assento constitucional e visa inviabilizar toda e qualquer medida regressiva em desfavor do ambiente, impondo limites à atuação dos poderes públicos, bem como autorizando a intervenção do Poder Público para impedir o retrocesso, quer por medidas de polícia administrativa, quer por meio de decisões judiciais. Nesse contexto, conclui o jus-ambientalista que o direito fundamental ao ambiente só é modificável *in melius*, e não *in pejus*, uma vez que é expressão da sadia qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana.”⁹ (sublinhado por nós)

A vedação de retrocesso ou de “retrogradação socioambiental”¹⁰ implica, em última análise, que “se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou am-

9 FENTERSEIFER, Ingo. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 261-262.

10 Expressão utilizada por MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental*: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 103.

pliam direitos fundamentais, sem política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. A idéia é que a revogação de um direito, já incorporado como próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional”¹¹.

A Carta Magna de 1988 consagrou o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental da pessoa humana.

Conquanto não inserido expressamente no rol do art. 5º da CF, é, por força da abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, cláusula pétrea e sujeito à aplicabilidade direta, mesmo não constando do catálogo do art. 5º, uma vez que o constituinte optou por inseri-lo no âmbito das disposições constitucionais sobre a ordem social.

Apona Sarlet¹² que a cláusula de abertura, consagrada no art. 5º, § 2º, não restringe os direitos fundamentais fora do catálogo a direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional, de forma que todos os direitos fundamentais subordinam-se ao regime instituído pelo art. 5º, § 1º, o qual “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”. A abertura do sistema constitucional permite, ainda, que os tratados internacionais que dispõem sobre a proteção ambiental, especialmente naquilo que dizem respeito ao núcleo do direito fundamental ao meio ambiente, passem a integrar a Constituição.

Nesse sentido preleciona Milare¹³:

“A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, elencou o legislador constituinte, no caput do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desfrute de condições de vida adequada em um ambiente saudável ou, na dicção da lei, ecologicamente equilibrado.”

Leite Farias destaca que a doutrina qualifica o direito ao meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, inserido dentre os direitos de solidariedade, direitos de fraternidade ou direito dos povos. Segundo esse renomado autor:

11 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 69.

12 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 243.

13 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000. p. 95.

“(...) esta classe de direitos tem por destinatário mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, mas o gênero humano mesmo, engendrando o direito ao ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, o direito à participação no patrimônio da humanidade. Encontramo-nos, assim, diante de nova perspectiva do direito à vida como principal fundamento da proteção ambiental (...)”¹⁴

Silva, enfrentando o que chama de formação de um novo direito fundamental, pontua:

“Temos dito que o combate aos sistemas de degradação do meio ambiente converter-se numa preocupação de todos. A proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.”¹⁵

Trata-se de um direito formal e materialmente fundamental. Formal porque é parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, e encontra-se “submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60, CF)”¹⁶. Material, porque se trata de um direito fundamental “constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”¹⁷.

A jurisprudência também comunga desse entendimento.

Em aresto relativo à emenda constitucional que pretendia permitir, no Estado do Rio Grande do Sul, as queimadas de campo nativo, o Tribunal de Justiça daquela unidade da federação assim se pronunciou:

“Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com imposição ao Poder Público de preservação, restauração e fiscalização. Precedente do Tribunal que julgou inválida a Lei Estadual nº 11.498/00, que alterava o Código Florestal do Estado (Lei nº 9.119/92) e acrescentava a possibilidade do uso de fogo, além dos casos de eliminação de pragas em campos nativos, mediante permissão do poder público estadual ou municipal. A queima de campos nativos, por degradar o ambiente, e

14 FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 22.

15 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 36.

16 SARLET. Ob. cit., p. 78.

17 Idem, p. 99.

enfraquecer o direito ao meio ambiente equilibrado, contravém não só o art. 251, *caput*, senão que com o art. 13, V da Carta Estadual.”¹⁸ (grifos nossos)

Completa-se o raciocínio com as afirmações de que o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, com toda a extensão que lhe confere o texto constitucional de 1988, sobretudo no art. 225, é direito fundamental.

Ostentando tal *status*, esse direito submete-se a todos os controles de eficácia aplicáveis aos direitos sociais, inclusive à vedação de retrocesso, alunhada pelo já citado constitucionalista Ingo Sarlet de vedação de retrocesso ambiental.

Em relação ao Decreto Federal nº 6.640/08, há evidente redução ou retrogradação do nível de proteção que, até então, revestia o patrimônio espeleológico brasileiro.

As cavidades naturais subterrâneas, do ponto de vista estritamente patrimonial, são bens de domínio da União, por força do art. 20, inciso X, da CF.

Todavia, enquanto bens dotados de valor cultural (abarcados nessa expressão os valores paisagísticos, espeleológicos, arqueológicos, paleontológicos, artísticos, históricos, turísticos, religiosos, dentre outros) e ambiental, as cavidades subterrâneas são bens de uso comum do povo, *res communis omnium*, na dicção dos arts. 225 e 216 da Constituição Federal, justamente por serem hospedeiras, não raras vezes exclusivas, de diversos *habitats* e ecossistemas únicos e essenciais à preservação da vida não só da fauna e da flora nelas residentes, mas, para além disso, devido às conexões que os diversos seres típicos dos ambientes de cavernas travam com a vida corrente fora deles, projetam efeitos nos ambientes envoltórios.

Assim, o patrimônio espeleológico brasileiro integra o amplo conceito de meio ambiente e como tal se sujeita a todo o arcabouço protetivo que emerge do art. 225 da CF e se irradia pela legislação infraconstitucional.

O Decreto nº 6.640/08, embora não chegue a revogar totalmente o antecessor 99.556/90, na prática acaba com os mecanismos de proteção dos quais esse último estava prenhe.

18 ADIn 70005054010, 16.12.02. No mesmo sentido, vide MS 22164/SP – São Paulo, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.10.95.

Veja-se no quadro abaixo um paralelo entre os textos:

Artigos	Redação Decreto nº 99.556/90	Redação Decreto nº 6.640/08
Art. 1º	Considera as cavernas naturais como patrimônio cultural brasileiro.	Declara que as cavernas devem ser protegidas.
Art. 2º	Fala que a utilização deve ser feita de acordo com a legislação.	Fragmenta a classificação das cavernas em graus de relevância (máximo, alto, médio e baixo). Dá as diretrizes para a classificação.
Art. 3º	Obriga a elaboração de EIA-RIMA para qualquer atividade nas cavidades.	A cavidade com grau de relevância máximo não pode ser objeto de danos irreversíveis.
Art. 4º	Competência para a fiscalização e controle é do IBAMA.	Diz que as cavidades com grau alto, médio ou baixo podem ser objeto de danos irreversíveis, desde que a atividade seja licenciada.
Art. 5º	Conceitua patrimônio espeleológico, áreas de potencial espeleológico e atividades espeleológicas.	Dispõe sobre a metodologia a ser aplicada na classificação das cavidades, que será estabelecida em ato normativo do Ministério do Meio Ambiente.
Art. 5º-A		Diz que qualquer atividade nas cavidades depende de licenciamento. Diz que durante o processo de licenciamento é que se verificará a classificação do grau de relevância (§ 1º). Os estudos para verificar a classificação ficam por conta do empreendedor (§ 2º).
Art. 5º-B		Corresponde ao art. 4º da antiga redação.

A situação torna-se ainda mais preocupante quando se faz uma análise detalhada do art. 4º do referido decreto, que chega a admitir, para as cavidades naturais subterrâneas com graus de relevância alto, médio ou baixo, *impactos negativos irreversíveis*.

Dita norma está na contramão de toda uma tendência, não só nacional, mas mundial, de evitar e coibir danos ambientais, sobretudo relacionados a bens de valor cultural e, como tais, irremediáveis e irreproduzíveis.

O Decreto nº 6.640/08 caracteriza uma verdadeira insubordinação executiva¹⁹, pois contraria o amplo poder/dever imposto pela Magna Carta ao Poder Público (expressão ampla a abarcar os três entes federativos e seus

19 Nesse sentido, v. julgado do TJSP na Apelação Cível 0978630/2-00, de 24.02.03.

diversos órgãos e poderes) de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, CF).

Em relação à fauna, à flora, enfim, à biodiversidade presente nas cavidades subterrâneas, o decreto, além de ferir os incisos I, III, IV, VII e § 3º, todos do art. 225 e os incisos III, IV, VI e VII do art. 23, ambos da CF, revela-se desconforme à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), mais especificamente com os incisos VI e VII do art. 4º; além de bater de frente com o Decreto Federal nº 4.339, de 22.08.02, que institui os princípios e diretrizes da Política Nacional da Biodiversidade, a qual internaliza em nossa ordem jurídico-normativa a Convenção Internacional sobre Diversidade Biológica.

Nessa trilha, o Decreto nº 6.640/08 vai não só contra a lei, mas contra o texto constitucional, não merecendo prevalecer.

6 Da Inconstitucionalidade por Afronta aos Princípios da Indisponibilidade dos Bens Públicos e da Impessoalidade

Ora, se as cavidades são consideradas bens da União por força do texto constitucional (art. 20, X), jamais o decreto poderia autorizar a supressão das mesmas sem o estabelecimento de medidas compensatórias de cunho patrimonial e ambiental, definidos com base em critérios técnicos objetivos, que assegurem o efetivo ressarcimento aos cofres públicos (no que tange ao aspecto patrimonial) e as correspondentes medidas compensatórias de cunho ambiental/cultural.

O diploma em comento, como editado, assegura verdadeiro enriquecimento sem causa aos empreendedores, que poderão destruir o patrimônio espeleológico brasileiro sem qualquer contrapartida financeira ou ambiental.

Não é necessário maior esforço hermenêutico para se concluir que o decreto, por sua própria força, permite a alienação de patrimônio público imobiliário consistente nas cavidades naturais subterrâneas, o que afronta claramente as disposições previstas na Lei nº 9.636/98, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

Considerando que, neste aspecto, o decreto ora atacado é um decreto autônomo, uma vez que não se destina a regulamentar uma lei anteriormente existente, o mesmo é flagrantemente inconstitucional frente ao art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, merecendo a mácula direta ao texto constitucional ser combatida através de ADIn, conforme entendimento exarado pelo STF no julgamento da ADIn 1969-4, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO. DECRETO. Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade.”

Nessa esteira, a possibilidade de impactos irreversíveis em cavidade subterrânea de grau de relevância baixo, vale dizer, destruição da cavidade, sem contrapartida do empreendedor, macula também o princípio constitucional da indisponibilidade dos bens públicos, ainda que classificados como dominicais, eis que cabe à Administração Pública “geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim, a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. (...) A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser”²⁰.

Há evidente contrariedade, ainda, ao princípio da impessoalidade, ao permitir verdadeira alienação/doação de bem da União em afronta ao postulado da necessidade de licitação. Vale enfatizar que a cavidade subterrânea, além de inegável valor ambiental, poderá possuir também – o que não é raro – conteúdo patrimonial pela própria localização e valor do terreno/localidade. Como é cediço, o tema já foi enfrentado pela Suprema Corte Brasileira, tendo se posicionado no seguinte sentido:

“A licitação, no processo de privatização, há de fazer-se com observância dos princípios maiores consignados no art. 37, XXI, da Lei Maior.” (ADI 1.824-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29.11.02)

“Venda de imóveis públicos sem a realização da necessária licitação. Contrariedade ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. O ato normativo impugnado, ao possibilitar a venda direta de lotes e moradias em áreas públicas no perímetro urbano de Palmas-TO, viola a exigência de realização de prévia licitação para a alienação de bens públicos, na forma do mencionado dispositivo constitucional.” (ADI 651, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 20.09.02)

STF RT 106:820 – “Bem público, do domínio da União, somente pode perder a inalienabilidade, que lhe é peculiar, nos casos e forma prescrita pela lei, segundo o art. 67 do Código Civil. Fora desses casos, os bens dessa natureza estão fora do comércio e são insusceptíveis de apropriação, de sorte que a sua posse não pode ser adquirida por particulares.”

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 17.

7 Da Violação aos Princípios da Precaução e da Transgeracionalidade

O princípio da precaução foi adotado tanto pelo Constituinte brasileiro, conforme art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República, quanto através da ratificação da Declaração do Rio de Janeiro/92, da Convenção da Diversidade Biológica e da Convenção-Quadro sobre a mudança do Clima.

Ensina Paulo Affonso Leme Machado:

“Não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato – por mais atraente que seja para as gerações presentes.”²¹

E continua o Mestre:

“O princípio da precaução, abraçado pelo Brasil com a adesão, ratificação e promulgação das Convenções internacionais mencionadas, com a adoção do art. 225 da CF e com o advento do art. 54, § 3º, da Lei nº 9.605, de 12.02.98, deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no art. 37, *caput*, da CF.”²²

Não se pode olvidar, ainda, o princípio constitucional da transgeracionalidade do direito ambiental, pelo que se deve preservar o meio ambiente sadio às “gerações presentes e futuras”.

Nessa linha, interessantíssimo o artigo da Dra. Eleonora Trajano, Professora Titular do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, acerca da vida em cavidades subterrâneas, intitulado “Biologia Subterrânea”²³:

“No Brasil, até o momento, mais de 700 espécies de vertebrados e invertebrados foram registrados em trabalhos já publicados, e muitos outros têm sido descobertos recentemente. Por outro lado, números superiores foram registrados em países bem menores, porém melhor estudados, como a Suíça, França e Cuba. Muitas espécies ainda estão por ser descobertas e descritas para as cavernas brasileiras, e áreas inteiras por ser exploradas biologicamente, tais como a região de Ubajara, CE, a Chapada dos Guimaráes e o Alto Paraguai, MT.”

21 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. p. 166.

22 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. p. 61.

23 Disponível em: <http://www.redespeleto.org/espeleologia_biologia_subterranea.php>.

Lado outro, ressaltou o CECAV, através da nota técnica nº 65/08, que

“a – A proposta do CECAV considera a cavidade que se apresenta como abrigo de representantes de espécies citadas nas listagens oficiais de animais em risco de extinção, de troglóbios endêmicos ou raros, ou de troglóbios relictos subterrâneos como pertencentes à classe de relevância absoluta. A proposta de decreto, porém, à exceção do troglóbio raro, restringe esta condição aos casos de ‘populações geneticamente viáveis’, incisos VI e VII do § 4º do art. 2º. Portanto, desconsidera o fato de que, as comunidades cavernícolas são, antes de tudo, subterrâneas. Revelam-se nas cavidades, como vitrines ou mostruários para o homem, pois têm seu desenvolvimento distribuído entre fissuras, sedimentos inconsolidados, fraturas e outras feições igualmente inacessíveis ao ser humano. Desta forma, independentemente do tamanho da população avaliada, as cavidades que revelam a presença desses organismos devem ser efetivamente preservadas.”

A redação final do decreto, contudo, não seguiu o que pleiteavam os *experts* no tema. Observe-se, inclusive, que a preservação de duas outras cavidades, conforme proposto no art. 4º, § 1º, do normativo em tela, não contém qualquer previsão acerca da proximidade com a cavidade destruída, sequer no que tange à “similaridade da unidade geopolítica”.

Forçoso reconhecer, portanto, que não manteve o Decreto nº 6.640/08 qualquer preocupação em resguardar espécimes raros da biota para eventual utilização por gerações futuras, maculando, frise-se, os princípios da precaução e da transgeracionalidade ambiental, assegurados constitucionalmente pelo art. 225 da *lex maxima*.

8 Conclusões

- 1) As cavidades naturais subterrâneas, independente de estarem em terras particulares, são bens de domínio da União no sentido de seu aproveitamento econômico.
- 2) Além disso, por ostentarem inegáveis valores paisagísticos, espeleológicos, arqueológicos, paleontológicos, artísticos, históricos, turísticos e religiosos integram o patrimônio cultural brasileiro e o meio ambiente, sendo classificáveis, do ponto de vista do art. 225 da CF, como *res communis omnium*.
- 3) As cavernas são espaços territoriais especialmente protegidos e, como tais, sujeitas ao regime especial do art. 225, § 1º, inciso III, da CF, sendo passíveis de terem seu regime protetivo reduzido somente através de lei em sentido estrito.

4) As cavidades naturais subterrâneas integram o conceito de patrimônio cultural brasileiro definido pelo art. 216, *caput* e inciso V da CF/88.

5) A aplicação dos critérios de excepcionalidade e relevância (local e regional) para classificação das cavidades são inconstitucionais, nos termos do art. 216 da CF/88.

6) O Decreto nº 6.640/08 é também inconstitucional por não abrir canais de participação para a comunidade no processo de promoção e proteção das cavidades naturais subterrâneas, como determina o art. 216, § 1º da CF/88.

7) O Decreto Federal nº 6.640/08 é inconstitucional por representar retrocesso ambiental inegável, por afrontar ao art. 225, § 1º, inciso III, da CF e por exorbitar do poder regulamentar (art. 84, IV, da CF).

8) No tocante ao aspecto patrimonial, o Decreto Federal nº 6.640/08 afronta claramente as disposições previstas na Lei nº 9.636/98, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional frente ao art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988. Ademais, afronta também os princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da impessoalidade.

9) O novel regime jurídico estabelecido para as cavidades naturais subterrâneas pelo Decreto Federal nº 6.640/08 afronta os princípios da precaução e da solidariedade transgeracional, previstos constitucionalmente.