

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

- Tópico I -** PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE
- Tópico II -** FEDERALISMO E MEIO AMBIENTE: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL
- Tópico III -** ESPAÇOS NATURAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS
- Tópico IV -** RESPONSABILIDADE CIVIL E MEIO AMBIENTE
- Tópico V -** TUTELA ADMINISTRATIVA DO MEIO AMBIENTE
- Tópico VI -** O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
- Tópico VII -** RESPONSABILIDADE PENAL E MEIO AMBIENTE – NOÇÕES GERAIS

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico I

PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

Os princípios são mandamentos basilares de um ordenamento jurídico. Possuem os princípios natureza normogenética, pois, nas palavras de Canotilho, “são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”¹.

Como elementos diretores do sistema jurídico normativo fundamental, os princípios contêm elevado grau de abstração, exigindo mediações concretizadoras², para deles ser extraída toda sua fecundidade.

Acentua Jorge Miranda que os princípios exibem “uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem”³. Em suma, exercem os princípios uma função ordenadora, possibilitando a qualificação do sistema jurídico.

A relevância dos princípios para a formação, desenvolvimento e interpretação do sistema jurídico é inocultável, porquanto conduzem a uma permanente otimização deste, calcada em exigências de justiça.

O estudo e a aplicação do Direito Ambiental não podem prescindir do balizamento de princípios. Há princípios jurídicos fundamentais, norteadores do

¹CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1087.

²Idem, ibidem, p. 1086.

³MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 227.

adequado balanceamento dos valores e interesses que gravitam em nossa sociedade.

A Constituição de 1988 agasalhou princípios que registram a especial preocupação com a temática da proteção ambiental. Em vários momentos, com efeito, a Constituição Federal refere-se a princípios e normas-princípio de conteúdo ambientalista, instituindo-se – pode-se dizer – uma **ordem constitucional ambiental**. A outra conclusão não se chega a partir da vinculação do exercício do direito de propriedade a uma função social (artigo 5º, XXIII); da estipulação da defesa do meio ambiente como um princípio geral da atividade econômica (artigo 170, VI); da definição do meio ambiente como um bem de uso comum do povo (artigo 225, *caput*); da exigência de prévio estudo de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (artigo 225, §1º, IV); da responsabilização civil, penal e administrativa em relação às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (artigo 225, §3º); da previsão de um zoneamento ambiental, com a definição de espaços territoriais especialmente protegidos (artigo 225, §1º, III); da promoção da educação ambiental e da conscientização pública para a preservação do meio ambiente (artigo 225, §1º, VI).

Importa destacar, nesta oportunidade, princípios específicos que inspiram a aplicação do Direito Ambiental na busca de uma correta e eficaz tutela jurídica das florestas tropicais brasileiras. Sob essa perspectiva, podem ser alinhados os seguintes princípios básicos (sem prejuízo de outros que, emanando destes, podem ser qualificados de subprincípios): 1) princípio da intervenção estatal compulsória; 2) princípio da participação comunitária; 3) princípio do acesso equitativo aos recursos naturais; 4) princípio da natureza pública da proteção ambiental; 5) princípio da função socioambiental da propriedade; 6) princípio do desenvolvimento sustentável; 7) princípio da integração e da cooperação entre os povos; 8) princípio da precaução; 9) princípio da prevenção; 10) princípio da correção na fonte; 11) princípio da informação; 12) princípio do poluidor-pagador.

1 Princípio da intervenção estatal compulsória

A Constituição Federal prescreve, no artigo 225, *caput*, que o Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, em prol das gerações presentes e futuras.

Na realidade, o princípio em tela deflui do dever genérico que tem o Estado de proteger e promover os direitos fundamentais. Como destacam Canotilho e Vital Moreira, os direitos fundamentais:

vinculam as entidades públicas, não apenas de forma ‘negativa’ – impondo-lhes uma proibição de agressão ou ingerência na esfera do direito fundamental –, mas também de forma ‘positiva’ – exigindo delas a criação e manutenção dos pressupostos de facto e de direito necessários à defesa ou satisfação do direito fundamental.⁴

Uma forma **positiva** de atuar do Estado reside exatamente nesse dever de intervir na defesa dos direitos fundamentais, assegurando, por meio de medidas de variado naipe (sanções administrativas, sanções criminais etc.), o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais.

No que concerne à proteção ambiental, o Estado tem o dever de adotar uma **postura positiva** – no sentido de assegurar e proporcionar a higidez do bem em tela – e, também, uma **postura negativa** – impondo-se-lhe o dever de não agir de forma prejudicial ao meio ambiente.

As medidas de cunho positivo permeiam, por exemplo, o terreno da adoção de limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade, do exercício do poder de polícia administrativa, da implementação de políticas públicas adequadas à promoção do meio ambiente sadio, da construção de um *corpus* normativo inspirado pelo valor ambiental agasalhado na Constituição e da atuação jurisdicional eficaz em relação à defesa do meio ambiente.

⁴CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 139.

No tocante ao *atuar* negativo, impõe-se ao Estado o dever de não flexibilizar os mecanismos de proteção e, principalmente, de não agir de forma a pôr em risco o meio ambiente, como, por exemplo, licenciando indevidamente uma atividade degradante.

2 Princípio da participação comunitária

Esse princípio preconiza a integração da comunidade nos processos de definição, implantação e execução de políticas públicas ligadas à proteção ambiental.

A integração comunitária nessas tomadas de decisão constitui corolário da idéia de um fortalecimento da democracia participativa. A democracia de participação consiste na ativa interação do povo-cidadão no processo de formação e desenvolvimento das atividades primaciais do Estado, adensando-as de legitimação. Como preconiza Paulo Bonavides,

a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.⁵

No plano constitucional, pode-se apontar a presença do princípio da participação no campo da proteção ambiental no *caput* do artigo 225, da Constituição Federal, que alude ao dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente. Em nível infraconstitucional, várias são as remissões ao princípio em cotejo, valendo destacar:

- a) a participação nos procedimentos de licenciamento ambiental de atividades efetiva ou potencialmente degradadoras, por meio de audiências públicas – Decreto n. 99.274/1990, artigo 17, §3º; Resolução CONAMA n. 1/1986, artigo 11, §§1º e 2º; Resolução CONAMA n. 9/1987;

⁵BONAVIDES, P. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (Por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51.

b) a participação de representantes de usuários e de organizações civis de recursos hídricos no Conselho Nacional de Recursos Hídricos e nos Comitês de Bacia Hidrográfica – Lei n. 9.433/1997, artigo 34 e 39;

c) a cooperação de organizações não governamentais e pessoas físicas na realização de “estudos, pesquisas científicas, práticas de educação ambiental, atividades de lazer e de turismo ecológico, monitoramento, manutenção e outras atividades de gestão das unidades de conservação”, assegurada a participação de representantes das comunidades em Conselhos Consultivos e em Conselhos Deliberativos – Lei n. 9.985/2000, artigo 5º, IV; artigo 17, §5º; artigo 18, §2º; artigo 20, §4º; artigo 29; artigo 30.

3 Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais

O mito da inesgotabilidade dos recursos naturais foi há muito superado. O risco de esgotamento desses recursos assombra nosso cotidiano, impondo uma tomada de posição compatível com essa realidade, conforme se vê consignado no Princípio 5 da Declaração de Estocolmo, de 1972:

os recursos não renováveis da Terra devem ser explorados de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe os benefícios de sua utilização.

Esse posicionamento pressupõe, portanto, equilíbrio e fruição compartilhada.

A consideração da equidade no acesso e na utilização dos recursos naturais pressupõe a vinculação dos indivíduos a um compromisso de sujeição mutuamente vantajoso para todos, de molde a assegurar a promoção dos interesses próprios em relação aos elementos do ambiente a serem usufruídos, na medida dos esforços balanceados de cada um.

Essa equidade possui, de outra face, uma dimensão temporal subjacente, impondo a salvaguarda dos interesses destas e das novas gerações. Registra, a propósito, Cançado Trindade que a incidência do fator temporal no campo da proteção ambiental é amplamente difundida. Para ele,

têm-se considerado vítimas potenciais e atraído atenção à possibilidade de dano que possa ocorrer no futuro (resultante de uma atividade ou um incidente, e bem após a ocorrência), o que pode ser tido como uma advertência no sentido de que o estudo da proteção de vítimas potenciais ou prospectivas constitui hoje uma real necessidade e não uma especulação teórico-acadêmica.⁶

A Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano (1972), estabeleceu, em relação a isso, que os recursos naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante cuidadoso planejamento e ordenação – Princípio 2. A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Comissão Brundland), em 1987, também sublinhou a prevalência da nota da temporalidade no *corpus* normativo de proteção ambiental, amoldando o princípio da equidade intergeracional, no sentido de que a salvaguarda do meio ambiente deve ter em conta os interesses das gerações presentes e futuras (Princípio 2). A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) não deixou de enfatizar essa dimensão temporal, estabelecendo, no Princípio 3, que o direito ao desenvolvimento “deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras”⁷.

No plano normativo-constitucional brasileiro, o artigo 225, *caput*, da Carta Maior, abriga a equidade intergeracional, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

⁶TRINDADE, A. A. C. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 55.

⁷Na avaliação de José Rubens Morato Leite, as “declarações internacionais constituem importantes métodos de aperfeiçoar novos conceitos e princípios gerais e, uma vez adotados, passam a influenciar e servir de orientação geral aos Estados e tendem a influir nas políticas ambientais destes”. (LEITE, J. R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47).

4 Princípio da natureza pública da proteção ambiental

Esse princípio traduz o pensamento de que o meio ambiente deve ser salvaguardado em nome e no interesse de toda a coletividade.

A vocação pública do plexo normativo ambiental é informada pela ideia de que, sendo o meio ambiente o direito de todos, de feição difusa e indisponível, deve preponderar o matiz garantidor dessa perspectiva comunitária de aproveitamento e de proteção dos recursos naturais.

A afirmação de que a proteção do meio ambiente é de caráter público reforça a vertente que considera o Direito Ambiental fundamentalmente um ramo do direito público, ainda que para o alcance de suas metas possam concorrer regras tradicionalmente encartadas nos domínios do direito privado⁸.

Cada vez mais se torna inadequado, entretanto, essa repartição estanque de domínios e dualismo, ante a crescente e inevitável intervenção do Estado no domínio das “relações privadas”, em que deve exercer indispensável papel regulador. Aquilo que se convencionou denominar de direito público interpenetra-se com o direito privado, numa demonstração de que sociedade civil e Estado mantêm relações que não podem mais ser tratadas de forma estanque.

O intervencionismo estatal, tão renegado pelas correntes liberais, é uma realidade presente nas relações negociais, como forma de equilibrar forças

⁸A distinção entre direito público e direito privado deita raízes em Ulpiano. O estado romano, por meio desse dualismo, fortalecia-se, separando os negócios públicos da coisa privada. Segundo analisou Kelsen, o direito privado representaria uma relação entre sujeitos em posição de igualdade, ao passo que o direito público expressaria uma relação entre um sujeito supraordenado e um sujeito ordenado, detendo o primeiro um valor jurídico superior (KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 378-379). É o próprio Kelsen quem aponta o caráter ideológico da dicotomia direito público e direito privado, a traduzir apenas o maior ou menor grau de interferência do poder político no domínio das relações privadas. Conforme observa, o comando da autoridade estatal se faz presente tanto na regulação dos atos públicos como nos negócios jurídicos privados, regulados por normas impostas pela vontade do Estado. Assim, nas palavras de Kelsen, por meio desse dualismo, “pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito ‘privado’, criado pela via jurídica negocial do contrato, não é menos palco de actuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração” (Idem, *ibidem*, p. 382).

contrapostas e de assegurar a proeminência de determinados interesses de natureza pública. As esferas de atuação do Direito público e do Direito privado passam, assim, por uma redefinição, tornando tênues e nebulosas as suas fronteiras⁹.

No campo do Direito Ambiental, enfrentam-se conflitos relativos a institutos outrora merecedores de tratamento tradicional na seara exclusiva do direito privado, como, por exemplo, a forma de utilização da propriedade. Internalizando-se nesse conceito a ideia de uma função socioambiental, promove-se, hoje, uma releitura do instituto, relativizando-o e subordinando o exercício desse direito a um interesse público de promoção da higidez do meio ambiente. Não se trata aí de mera “publicização” do direito privado, mas sim de um redimensionamento do conteúdo de um instituto privatista, para conformá-lo com os valores solidaristas que marcam o Texto Constitucional promulgado em 1988.

A afirmação de que a proteção ambiental obedece a uma diretriz de índole pública repercute, portanto, a ideia de que o plexo normativo deve atender primacialmente aos objetivos permeados por toda a sociedade, cabendo-lhe apenas secundariamente tutelar os chamados direitos subjetivos individuais. Noutras palavras, a dimensão coletiva deve preponderar, via de regra, sobre os interesses individuais.

5 Princípio da função socioambiental da propriedade

A Constituição Federal elenca o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, XXII). Ao mesmo tempo, estabelece que a “propriedade atenderá sua função social” (artigo 5º, XXIII). Mais adiante, no artigo 170, III, está prevista a função social da propriedade como um princípio norteador da atividade econômica.

⁹Como anota Gustavo Tepedino, “pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública”. (TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 19).

Por meio da sistematização desses preceitos constitucionais, chega-se facilmente à conclusão de que o direito de propriedade, longe de ser absoluto, está irremediavelmente jungido a uma finalidade de cunho social.

Mas o que de há de se entender por função social da propriedade? A resposta à indagação reconduz-nos ao disposto no artigo 170 da Constituição Federal brasileira, o qual acentua que a ordem econômica tem por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se, entre outros princípios, a função social da propriedade (inciso III). Nessa linha, é intuitivo que esta função social se materialize na medida em que for capaz de proporcionar uma existência pautada por parâmetros de dignidade.

Assim, o princípio em tela significa, noutras palavras, atrelar o exercício da propriedade à satisfação de outros valores (por vezes estranhos aos do proprietário) imersos no contexto social em que tal direito é exercido. A função social da propriedade impõe uma projeção dialética desse direito, relacionando-o com todos os demais direitos fundamentais, como, de resto, com os objetivos essenciais da República, indicados no artigo 3º da Constituição Federal, entre os quais se destaca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

O conteúdo da função social sofre algumas variações, em se tratando de propriedade urbana e de propriedade rural. Isso se revela possível e necessário para melhor adequação do modo de utilização desses bens.

A função social da propriedade urbana é satisfeita mediante o atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (CF, artigo 182, §2º). A seu turno, a propriedade rural cumpre sua função social quando preenche simultaneamente, consoante critérios e graus de exigência definidos em lei ordinária, os requisitos elencados nos incisos do artigo 186, CF, a saber: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância

das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Constata-se, no tocante à propriedade rural, que esta representa muito mais que um bem patrimonial, tratando-se, em verdade, de um **bem de produção**. A propriedade rural deve atingir um fim social e econômico, conforme revelam os incisos acima mencionados, sob pena de não ser cumprida sua função social.

No tocante à utilização adequada dos recursos naturais como um dos vetores de realização da função social da propriedade, a Lei n. 8.629/1993 estabelece, no artigo 9º, §2º, que tal adequação se verifica “quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade”.

É impossível, de fato, cogitar do cumprimento da função social da propriedade sem a observância da diretriz constitucional de promoção do meio ambiente. Daí resulta a expressão **função socioambiental**, a significar que o direito de propriedade deve ser exercido de modo a que não sejam malferidos os interesses da coletividade no que tange à promoção do meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

6 Princípio do desenvolvimento sustentável

Tal princípio sintetiza um dos mais importantes pilares da temática jus-ambiental, compondo o núcleo essencial de todos os esforços empreendidos na construção de um quadro de desenvolvimento social menos adverso e de um cenário de distribuição de riquezas mais equânime. Numa visão eointegradora, trata-se de estabelecer um liame entre o direito ao desenvolvimento, em todas as suas dimensões (humana, física, econômica, política, cultural, social), e o direito a um ambiente sadio, edificando condições para que a humanidade possa projetar o seu amanhã¹⁰.

¹⁰Meriem Bouamrane e Martine Antona observam, neste sentido, que “[...] o conceito de sistema produtivo é superado pelo conceito de ecossistema. Este último passa a se constituir, daqui por

A Constituição Federal alberga esse princípio, no artigo 170, *caput*, e inciso VI, e artigo 225, *caput*. E muito antes do Texto Constitucional, a Lei n. 6.938/1981, que adotou a Política Nacional do Meio Ambiente, já elencava entre os objetivos do PNMA a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (artigo 4º, I). No que toca à exploração dos recursos florestais, o desenvolvimento sustentável deve materializar-se por meio da implementação permanente de programas de reflorestamento e da adoção de planos de manejo sustentado, na forma preconizada no artigo 225, §1º, I, da Constituição da República.

A disseminação da expressão **desenvolvimento sustentável** remonta ao “Relatório Brundtland”, elaborado por uma Comissão presidida pela ex-Primeira Ministra da Noruega (*World Commission on Environment and Development*), instalada por iniciativa da Assembleia das Nações Unidas, em 1983. A essência do raciocínio então articulado está em que a sustentabilidade do desenvolvimento pressupõe a satisfação das necessidades e aspirações do presente sem comprometimento aos recursos equivalentes ao atendimento das próprias necessidades das futuras gerações.

Antes disso, porém, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo, no ano de 1972, já havia assinalado na Declaração dela resultante, a necessidade de os recursos naturais serem utilizados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante criterioso planejamento e ordenação, assegurando-se a capacidade de renovação dos recursos naturais (Princípios 1, 2, 3 e 4). A Declaração de Estocolmo já acentuava, também, no Princípio 4, que os Estados, ao planejarem o desenvolvimento econômico, devem atribuir atenção especial à conservação da natureza, evitando-se, ao mesmo tempo, o risco de esgotamento dos recursos naturais (Princípio 5).

diantes, num novo ponto de referência para tomadas de decisão envolvendo opções produtivas”. (BOUAMRANE, M.; ANTONA, M. Do ecodesenvolvimento à gestão viável de recursos renováveis: o exemplo das agro-florestas na Indonésia. In VIEIRA, P. F.; RIBEIRO, M. A.; FRANCO, R. M.; CORDEIRO, R. C. (Org.). *Desenvolvimento e Meio Ambiente no Brasil: a contribuição de Ignacy Sachs*. Florianópolis: APED, 1998. p. 146).

Apesar da conclusão esposada nessa Declaração, Gerd Kohlhepp registra que vários países em desenvolvimento apontaram, por ocasião da Conferência, que as propostas de proteção ambiental eram um “luxo” e um entrave ao desenvolvimento econômico.

O discurso da sustentabilidade, na análise de Henri Acselrad, não contempla a diversidade social e as contradições presentes na sociedade. A conjugação da sustentabilidade com a equidade intergeracional, segundo o autor, é socialmente vazia, porque decorre dos efeitos que pretende atingir, e não dos processos sociopolíticos que deverão ser articulados com vistas a esse objetivo.

Para Acselrad, o discurso da sustentabilidade tem sua origem nas hostes da tecnoburocracia do desenvolvimento capitalista. Em suas palavras, na “lógica da própria tecnoburocracia haveria o reconhecimento de que o desenvolvimento capitalista estaria ameaçado porque as suas bases materiais de reprodução estariam sendo comprometidas”¹¹. O autor não despreza, porém, a pressão dos movimentos ambientalistas, que contribuiu para o desnudamento dos problemas globais ligados à preservação do meio ambiente. Na mesma linha, Selene Carvalho Herculano anota que a proposta do desenvolvimento sustentável “é uma soma de mecanismos de ajustes em prol de um capitalismo *soft*”.

Sem embargo desse registro, inegável é o acerto da tese do desenvolvimento sustentável. Tal conceito traz em si o reconhecimento de que os recursos naturais não são inesgotáveis. Ao mesmo tempo, expressa a compreensão de que não pode haver desenvolvimento pleno se os caminhos trilhados para sua consecução desprezarem um sistema de exploração racional e equilibrada do meio ambiente. E mais: desenvolvimento sustentável implica necessariamente melhoria da qualidade de vida dos povos que habitam o planeta, impondo-se, nesse sentido, a redução das desigualdades socioeconômicas.

¹¹ACSELRAD, H. Sustentabilidade, espaço e tempo. In: HERCULANO, S. C. (Org.). *Meio Ambiente: questões conceituais*. Niterói: Pós-Graduação em Ciências Ambientais da UFF/Riocor, 2000. p. 98.

Há, sem dúvida, uma nítida vinculação entre a situação de pobreza e o menor estágio de desenvolvimento sustentável. Sociedades em que preponderam elevados índices de pobreza e miséria tendem a uma exploração desordenada dos recursos naturais, com reflexos deletérios na qualidade do meio ambiente, inviabilizando, com isso, a concretização de um desenvolvimento sustentável. A propósito, o Simpósio de *Beijing* sobre Países em Desenvolvimento e Direito Ambiental Internacional, ocorrido em agosto de 1991, sob o copatrocinio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e do Ministério das Relações Exteriores da China, destacou que os problemas ambientais dos países em desenvolvimento resultam em larga escala das condições de pobreza, impondo-se a adoção de medidas destinadas a romper o vicioso círculo de pobreza e degradação do meio ambiente, assegurando-se condições propícias ao desenvolvimento sustentável e crescimento econômico¹².

O Relatório da Comissão Brundtland também navega nessa direção, acentuando que o conceito de desenvolvimento sustentável exige a erradicação da pobreza generalizada, com a implementação de estilos de vida consideravelmente menos consumistas e mais compatíveis com as limitações dos recursos ecológicos. Reconhece tal Relatório que pobreza, injustiça social e degradação ambiental interagem de modo complexo, devendo ser concentrados esforços internacionais na consecução de um modelo de desenvolvimento capaz de atacar a raiz do problema da deterioração do meio ambiente.

Para que um comportamento social atenda ao princípio em comento, é necessário que a taxa de utilização dos recursos naturais seja pelo menos equivalente à taxa de reposição ou de geração de recursos sucedâneos. De igual

¹²"It was felt that unless widespread and abject poverty in the developing countries was tackled head on, the international community would not be avoiding, at its own peril, facing up to a major contributor to environmental degradation in the developing world. The environmental problems of developing countries were often a reflection of the inadequacy of development. Addressing these environmental problems in their totality and in a balanced manner would require that full cooperation be extended to the developing countries in their efforts to break the vicious circle linking poverty, underdevelopment and environmental degradation. Special attention would have to be given to the particular needs and concerns of the least developed countries. Solution of global environmental problems would have to be accompanied by solution of the problem of global poverty." (trecho do Relatório do Simpósio de Beijing).

sorte, a taxa de emissão de efluentes deve ser no máximo igual aos índices de regeneração ambiental. Não sendo alcançadas tais condições, fatal será o processo de degradação ambiental, com a crescente redução dos recursos naturais renováveis. Esse último quadro representa a antítese do desenvolvimento sustentável.

A exploração econômica dos recursos naturais, portanto, deve observar a capacidade de saturação dos ecossistemas, de molde a que seja resguardada a possibilidade de renovação dos mesmos.

7 Princípio da integração e da cooperação entre os povos

Contrariando a ideia de “indiferentismo social” e de quebra dos laços de solidariedade, subjacente ao famigerado fenômeno do neoliberalismo, o Direito Ambiental empunha o princípio da cooperação, o qual possui caráter constitutivo de uma “nova ordem internacional ambiental”.

Referido princípio possui matriz rousseauiana, espelhando a ideia desenvolvida n’ *O Contrato Social*, consistente na integração dos indivíduos num todo, movidos por uma **vontade geral**, conducente à promoção de fins comuns. Rousseau principia com a advertência de que “o homem nasceu livre e por toda a parte se acha agrilhado”¹³. O filósofo genebrino propõe, então, a reconstrução de um novo modelo social, com base na vontade geral. Esta, por seu turno, consistiria numa ressocialização calcada no interesse comum.

A *volonté générale* – marco da passagem de uma visão pessimista para uma perspectiva otimista da realidade social propugnada por Rosseau – traduzir-se-ia na negação dos interesses privados e egoísticos do homem, redimindo-o e reconduzindo-o a um pensar coletivo e socializante, com a formação de um corpo moral e coletivo. A vontade geral pressupunha, pois, a renúncia aos interesses individuais, em prol da consecução dos interesses da coletividade. Trata-se, sem

¹³ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 9.

dúvida, da proposta de um novo pacto social, no qual uma inédita e revolucionária visão de liberdade se apresenta: a liberdade condicionada à felicidade geral, à satisfação do interesse comum.

O princípio da cooperação e integração constitui uma baliza norteadora da atuação da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (CF, artigo 4º, IX), nas diversas áreas de atuação.

A integração e a cooperação no campo da proteção do meio ambiente determinam a conjugação de esforços entre sociedade e Estado, no sentido da realização de uma política ambiental consentânea com o valor a ser protegido.

Nessa mesma linha, o caráter transfronteiriço do processo de degradação do meio ambiente aponta para a necessidade de implementação de mecanismos de cooperação internacional, mediante a inspiração do princípio em tela.

A cooperação internacional no campo da proteção do meio ambiente encontra-se registrada nos Princípios 7, 9, 12, 18, 19 e 27 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/1992).

8 Princípio da precaução

A especificidade do bem ambiental e a frequente irreversibilidade dos danos causados ao meio ambiente justificam o caráter precautório do Direito Ambiental. Daí considerar-se que o princípio da precaução é estruturante do Direito Ambiental, configurando a pedra de toque das políticas ambientais a serem implantadas.

A precaução acha-se bem delineada no Princípio n. 15 da multicitada “Declaração do Rio” (ECO/92), nos seguintes termos:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para

postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O princípio da precaução tem como centro de gravidade a **aversão ao risco**, no sentido de que a ausência de certeza quanto à ocorrência de danos ambientais deve apontar para a adoção de providências capazes de impedir o resultado lesivo, obstando, se necessário, o desenvolvimento da atividade potencialmente causadora de prejuízo.

É essencial à consecução dos objetivos propugnados pelo Direito Ambiental a disseminação dessa ótica acauteladora. A incerteza quanto à (in)ofensividade de determinada atividade em relação ao meio ambiente deve apontar para uma atitude compatível com o ideal de proteção ambiental.

Tal é a repercussão desse princípio que sua inteira efetividade e sua aplicação com responsabilidade têm o condão de determinar alterações substanciais nas atividades econômicas em curso ou em perspectiva. Daí poder-se afirmar que o princípio em foco é verdadeiramente revolucionário, na medida em que preconiza uma mudança de mentalidade nas concepções de desenvolvimento humano, motivando a formação de um compromisso ético com a implantação de práticas que não ofereçam risco de degradação ambiental, para o presente e para o futuro.

A visão prospectiva é inerente à aplicação do princípio da precaução. Não basta, com efeito, alcançar a segurança de que a atividade colimada não oferece riscos para as gerações atuais. É necessário, também, avaliar os seus possíveis reflexos no futuro, certificando a qualidade do legado ambiental a ser deixado. A equidade intergeracional norteia, pois, a implementação do princípio da precaução.

Uma das molas mestras do princípio da precaução é a previsão de realização de estudo prévio de impacto ambiental em relação a atividades potencialmente geradoras de danos ao meio ambiente (CF, artigo 225, IV). Por

meio de um estudo criterioso sobre a natureza da atividade, sua finalidade, seus benefícios sociais, seus custos sociais e ambientais e, fundamentalmente, sobre seu grau de lesividade, é que se pode definir pela admissibilidade ou não da mesma, para fins de autorização do poder público¹⁴.

Mas não apenas o diagnóstico do impacto ambiental se afigura relevante no terreno da aplicação do princípio da precaução. Antes de se indagar se o empreendimento é danoso ao ambiente, é importante questionar se a atividade pretendida coaduna-se com o modelo de desenvolvimento programado e se guarda compatibilidade com as metas de sustentabilidade traçadas.

A avaliação de impactos ambientais constitui um dos instrumentos de realização do princípio da precaução, estabelecendo mecanismos de controle para a Administração e, ao mesmo tempo, oferecendo parâmetros objetivos de definição sobre a liberação ou não de atividades com considerável grau de incerteza científica no que tange à potencialidade danosa.

Nesse passo, cumpre gizar que a incerteza científica quanto à lesividade atua em prol do meio ambiente (*in dubio pro ambiente*). Dessa forma, extrai-se a conclusão de que caberá ao empreendedor demonstrar convincentemente que a atividade pretendida não oferece riscos de degradação ambiental.

No plano internacional, registre-se a adoção do princípio da precaução pela Convenção sobre Mudança do Clima, anteriormente mencionada, a qual, no artigo 3º, n. 3, assim dispôs:

As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas [...].

¹⁴“A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O ‘Estudo de Impacto Ambiental’ insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo”. (MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 64).

O Tratado da Comunidade Européia também se dedica ao assunto, estabelecendo, no artigo 174/2 o seguinte:

A política da Comunidade no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.¹⁵

9 Princípio da prevenção

Muitos autores não estabelecem qualquer distinção entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção, ora referindo-se ao primeiro, ora ao segundo, com a atribuição do mesmo significado¹⁶.

Os conteúdos finalísticos de um e outro identificam-se, sem dúvida, eis que ambos se acham impregnados de inequívoca ênfase preventiva. Por isso que ao princípio da prevenção também é de ser atribuído o carácter estruturante outorgado ao princípio da precaução¹⁷. Precaução e prevenção se interpenetram, perfazendo a dimensão preventiva essencial à efetividade do plexo normativo ambiental.

¹⁵Texto do Tratado com as modificações introduzidas pelo Tratado de Amsterdã. Corresponhia ao artigo 130, R/2 (cf. VILAÇA, J. L.; GORJÃO-HENRIQUES, M. *Tratado de Amesterdão*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 137).

¹⁶Luís Roberto Gomes, Toshio Mukai, Álvaro Luiz Valery Mirra e a tríade Cláudia Maria Cruz Santos, José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias e Maria Alexandra de Sousa Aragão, por exemplo, aludem ao princípio da prevenção (cf. respectivamente: “Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente”. *Revista de Direito Ambiental*, n. 16, out./dez. 1999. São Paulo: Rev. dos Tribunais. p. 178; “Princípios fundamentais do Direito Ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, n. 2, abr./jun. 1996. São Paulo: Rev. dos Tribunais. p. 61; *Direito Ambiental Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 35; Introdução ao Direito do Ambiente. In: CANOTILHO, J. J. G. (Coord.). Lisboa: Universidade Aberta, 1997. p. 44). Cristiane Derani, à sua vez, refere-se ao princípio da precaução (cf. DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 165). Édis Milaré aponta o dissenso, adotando, porém, o princípio da prevenção “como fórmula simplificadora, uma vez que prevenção, pelo seu carácter genérico, engloba precaução, de carácter possivelmente específico”. (MILARÉ, É. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 102). Paulo Afonso Leme Machado encampa os princípios da precaução e da prevenção, dando-lhes contornos distintos (MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 49-66).

¹⁷“O princípio da prevenção surge no direito do ambiente como princípio estruturante. A dimensão preventiva deste ramo de direito assenta desde logo na Constituição e na Lei de Bases do Ambiente”. (CUNHA, P. O ambiente, os terceiros e a função preventiva do Direito. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, n. 2, 1998. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 647).

Existem, porém, algumas nuances que, a nosso ver, justificam a separação de tais princípios ora proposta. Com efeito, enquanto que sob a estrita ótica da precaução, a dúvida e a incerteza são os elementos determinantes do atuar preventivo, o princípio da prevenção trabalha com os indicativos técnicos de iminência da produção do dano, certo e definido, acenando a adoção de medidas preventivas, antes da consumação “anunciada” do resultado prejudicial ao meio ambiente. O princípio da precaução inspira-se em argumentos de prudência, ante as consequências incertas de um evento pretendido. O princípio da prevenção baseia-se em critérios de antecipação diante de um resultado certo, mas não querido¹⁸.

À luz do princípio da prevenção, verifica-se o dever de impedir a cristalização de danos ao meio ambiente, conferindo-se contornos jurídicos ao popular aforismo “mais vale prevenir que remediar”. Nesse prisma, adiante-se que a avaliação de impacto ambiental norteia-se tanto pelo princípio da precaução como pelo princípio da prevenção, realçando a dimensão preventiva da atividade do Poder Público no que se refere às atividades potencialmente geradoras de reflexos nocivos ao ambiente.

Afora esse aspecto, cabe aqui outra referência à dimensão preventiva da atuação da Administração no campo da atividade licenciadora, máxime em relação à elaboração do estudo de impacto ambiental. É que a “procedimentalização” da avaliação dos impactos ambientais funciona como eficiente mecanismo de tutela preventiva da atividade da Administração, na medida em que propicia visibilidade ao processo de formação da “vontade” administrativa, em suas diversas fases, facilitando o seu controle externo (*v.g.*, jurisdicional). Trata-se, pode-se dizer, de uma outra perspectiva do princípio da prevenção.

¹⁸Neste sentido, José Rubens Morato Leite: “Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta”. (LEITE, J. R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48).

10 Princípio da correção na fonte

O princípio da *correção na fonte* relaciona-se, de certo modo, com o princípio da prevenção. Por ele, deve-se buscar o desenvolvimento de ações preventivas no sentido de corrigir na origem, tanto quanto possível, os fatos geradores de degradação ambiental. Tal princípio acha-se inserido no Tratado da Comunidade Européia, no artigo 174/2, acima mencionado¹⁹.

Inspirado por esse princípio, impõe-se definir **quem**, ou seja, qual é a fonte dos danos ao meio ambiente, com vistas à eliminação da conduta nociva.

Deve-se, também, detectar **onde** se processa a atividade lesiva, com o objetivo de vedar a migração do produto prejudicial e de viabilizar a solução do problema no local, evitando-se sua disseminação por outras áreas não contaminadas²⁰.

Finalmente, pelo princípio em cotejo, estabelece-se **quando**, ou seja, o momento em que deverão ser adotadas as medidas de contenção dos danos ao meio ambiente, com ênfase, sempre, a uma atuação *a priori*.

Fácil é constatar que o referido princípio manifesta preocupação com o caráter transfronteiriço dos danos ambientais, impondo a necessidade de que os resíduos sejam tratados tão próximo do lugar em que tenham sido gerados, quando possível²¹.

¹⁹“A política da Comunidade no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, **da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente** e do poluidor-pagador”. (VILAÇA, J. L.; GORJÃO-HENRIQUES, M. *Tratado de Amesterdão*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 137).

²⁰Nesse sentido, como advertem Cláudia Maria Cruz Santos, José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias e Maria Alexandra de Sousa Aragão, “o princípio da correcção na fonte tem uma especial aplicação no campo dos resíduos, legitimando restrições à liberdade de circulação de mercadorias através do encerramento das fronteiras aos resíduos perigosos provenientes de outros Estados”. (SANTOS, C. M. C.; DIAS, J. E. de O. F.; ARAGÃO, M. A. de S. In: CANOTILHO, J. J. G. (Coord.). *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997. p. 47.

²¹KRÄMER, L. *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*. Traducción de la tercera edición de la obra *E.C. Treaty and environmental Law* (1998), realizada por Luciano Parejo Alfonso y Ángel Manuel Moreno Molina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1999. p. 96.

11 Princípio da informação

Segundo esse princípio, o Poder Público deve propiciar à sociedade o pleno acesso às informações relativas às políticas públicas sobre meio ambiente, bem como sobre a existência de atividades potencialmente nocivas ao bem estar das comunidades²². O Enunciado n. 10 da Declaração do Rio (ECO/92) corporifica esse princípio:

[...] No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões.

A base da participação comunitária e da cooperação está na manutenção e crescente amplificação dos mecanismos de informação da coletividade. Com efeito, sem o acesso à informação, ficaria inviabilizada, por exemplo, a participação da comunidade nas audiências públicas referentes à discussão de estudos prévios de impacto ambiental, reduzindo a dimensão participativa a um aspecto meramente formal. Impossibilitado restaria, também, o manejo do instrumento da ação popular ambiental, por meio do qual o cidadão exercita o direito de buscar em Juízo a prevenção/correção de um dano ao meio ambiente.

12 Princípio do poluidor-pagador

Aquele que degrada o meio ambiente deve arcar com os ônus decorrentes dessa atividade, responsabilizando-se pelos custos referentes à exploração dos recursos naturais, como também pelos custos destinados à prevenção e reparação dos danos ao ambiente. Essa é a síntese do princípio do poluidor-pagador, o qual encontra abrigo normativo no artigo 4º, VII, da Lei n. 6.938/1981²³.

²²Ramón Martín Mateo, nesse sentido, destaca: *“Desde la primera perspectiva mencionaremos un derecho aún incipiente, que legitima la exigencia a las autoridades ambientales de facilitar la información de que dispongan y que pueda ser útil o interesante para que los que la demanden, lo que gráficamente se ha venido ya calificando como ‘teléfono verde’”*. (MATEO, R. M. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v. I. p. 127).

²³A Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Trata-se de imputar ao degradador o custo social da deterioração por ele gerada, com a internalização dos custos externos na própria cadeia de produção.

Reportando-se a esse princípio, Cristiane Derani assinala que juntamente com o processo produtivo, além do produto destinado à comercialização, produzem-se “externalidades negativas”, assim chamadas porque “são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor”²⁴. Isso ocorre, com frequência, por meio do lançamento de resíduos poluentes nos cursos d’água, da emissão de gases tóxicos, entre outras práticas decorrentes da atividade produtiva.

Mediante a aplicação desse princípio, busca-se redistribuir os custos da deterioração, internalizando as externalidades ambientais negativas, ou seja, fazendo com que o sujeito econômico arque com os custos da degradação. Como esclarece Ludwig Krämer,

el coste del deterioro ambiental, del daño producido por la contaminación, así como del proceso de limpieza no debería ser soportado por la sociedad a través de impuestos, sino que debería serlo por la persona que causó la contaminación.²⁵

As vantagens resultantes do *polluter pays principle* residem no seu caráter preventivo, eis que, redistribuindo-se os custos dos danos ambientais para os atores diretamente responsáveis pelos mesmos, poderá haver um crescente desestímulo à atividade poluidora desmedida, em vista do ônus de suportar o custo econômico em prol do Estado.

Nesse ponto, tem-se a diferença entre o princípio do poluidor pagador e a ideia da mera responsabilização civil, uma vez que esta é eminentemente retrospectiva, buscando a reparação por danos ambientais causados, ao passo que o princípio em tela privilegia o sentido da prevenção, “ameaçando” com a

²⁴A autora refere-se, neste passo, à “privatização dos lucros e à socialização das perdas”. (DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 158).

²⁵KRÄMER, L. *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*. Traducción de la tercera edición de la obra *E.C. Treaty and environmental Law* (1998), realizada por Luciano Parejo Alfonso y Ángel Manuel Moreno Molina. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1999. p. 97.

internalização dos custos econômicos da poluição e motivando, dessarte, uma mudança de atitude do produtor em relação às suas externalidades ambientais.

Apesar disso, há um nítido entrelaçamento entre o princípio do poluidor-pagador e o postulado da responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental (cf. as disposições em nível constitucional e legal acerca desse princípio – CF, artigo 225, §3º, e Lei n. 6.938/1981, artigo 14, §1º), já que se impõe ao poluidor o ônus de arcar com os custos de sua atividade nociva. Daí a denominação, também, de princípio da responsabilidade²⁶.

Sem embargo da relevância do princípio em foco como eficiente diretriz no campo da otimização dos recursos naturais, não têm escapado à crítica algumas contradições que podem resultar da aplicação desse princípio. Ramón Martín Mateo registra, nesse sentido, a possibilidade real de os produtores transferirem aos consumidores os gravames anteriormente sofridos, repassando-os aos preços dos produtos lançados no mercado²⁷. Afora esse aspecto, a aplicação do princípio do poluidor-pagador poderia refletir, na realidade, a transferência para o mercado das responsabilidades atinentes às políticas ambientais mais satisfatórias ao bem-estar da coletividade, condicionando-as à sua (do mercado) capacidade de equalização da relação custo-benefício.

Dessa forma, esse mecanismo acarretaria, ao fim e ao cabo, a mesma repartição dos custos sociais da produção, impondo à coletividade o ônus de arcar com as consequências econômicas da deterioração ambiental, ao sabor das políticas do mercado. Daí propor Ramón Mateo uma solução radicalmente contrária, porém com efeitos similares, consistente em:

hacer pesar directamente los costos sobre todos los ciudadanos, mediante subvenciones de los poderes públicos a los contaminadores,

²⁶Ver DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 158.

²⁷MATEO, R. M. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991, v. I. p. 48. Na mesma linha, Cristiane Derani, acentuando, com apoio em Rehbinden, que essa transferência de custos acarreta uma sobrecarga no mercado, “sendo prejudicial à justa distribuição de riquezas, posto que, em última análise, o consumidor é quem arca com o custo da utilização de produtos que não prejudiquem o ambiente”. DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 158-159.

para que instalen los dispositivos correctores adecuados, o indemnizar también con cargo a los fondos públicos, a los que sufren perjuicios.²⁸

A Declaração do Rio (ECO/92) agasalhou o princípio em foco, no Enunciado n. 16 (“Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”). O princípio do poluidor-pagador também mereceu guarida no Tratado da Comunidade Européia, no artigo n. 174/2.

²⁸MATEO, R. M. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991, v. I. p. 48.

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico II

FEDERALISMO E MEIO AMBIENTE: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

1 Uma abordagem preliminar

O exame prévio da organização administrativa e constitucional do Estado Federal brasileiro é importante para a discussão sobre a complexa rede de distribuição de competências em matéria de proteção do meio ambiente.

A Constituição Federal é, como sabido, o marco responsável pela delimitação dos espaços de atuação dos entes federativos, concebendo o modelo federal ora numa vertente centralizadora em prol da União, ora numa postura descentralizadora, atribuindo-se um leque maior de competências aos Estados-membros. Além disso, evidencia-se no arcabouço federativo pátrio a outorga de atribuições específicas aos municípios, sob o signo da promoção de interesses locais.

Tudo isso tem por objetivo básico assegurar o adequado funcionamento do Estado, representado por seus diversos organismos, para, no dinâmico processo de correlação de forças que permeiam o embate político, realizar-se a *vontade constitucional*.

Contrapondo-se ao *laissez faire* liberal – conquista maior do século XIX, que preconizava um Estado mínimo – inaugurou-se no século XX um modelo de Estado mais intervencionista. Deste, além das liberdades e garantias individuais já conquistadas, passou-se a exigir a afirmação de direitos sociais, “cuja função

imediatamente é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas”¹, compatibilizando segurança jurídica com segurança social.

Coincide, pois, a *era de ouro* com a era do Estado-providência, na qual aspirações de bem-estar foram positivadas em regras jurídicas, passando a constituir mais do que meras expectativas sociais, mas exigências *judicializáveis*.

No entanto, as *décadas de crise* remarcaram o colapso do próprio sistema capitalista, com alterações na economia de mercado, com as modificações processadas no cotidiano das relações intersubjetivas e com a descompassada aceleração da competição global de todos contra todos ².

Afirmar que tal período de desmoronamento não teve seus efeitos restritos ao universo econômico seria tautológico. De fato, seria impensável que os fortes impactos na economia não repercutissem noutras searas, deixando de influenciar ou de ditar radicais alterações nas relações sociais e, também, no campo do Direito. Analisando, nessa linha, os problemas do final do século XX no plano político-constitucional, Jorge Miranda registra a

chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social) ³.

Concatenada a crise econômica mundial com a crise do Estado-providência, e somando-se a isso a derrocada do socialismo real, pode-se vislumbrar, então, a trilha conducente à festejada *crise dos paradigmas*. Tal crise é marcada pela desregulação global da vida econômica, social e política.

¹MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 96.

²Assinala, a propósito, Eric Hobsbawm: “A tragédia histórica das Décadas de Crise foi a de que a produção agora dispensava visivelmente seres humanos mais rapidamente do que a economia de mercado gerava novos empregos para eles [...] A economia mundial se expandia, mas o mecanismo automático pelo qual essa expansão gerava empregos para homens e mulheres que entravam no mercado de trabalho sem qualificações especiais estava visivelmente desabando ” (op.cit., p. 404).

³MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 98.

Nesse terreno, germinou o fenômeno neoliberal que, aproveitando-se da indigitada crise global, apontou o esgotamento dos *velhos paradigmas*, fragilizando conceitos de soberania do Estado-nação e sugerindo a existência de uma nova ordem social.

A forma de organização do Estado brasileiro é compatível com esse cenário historicamente redesenhado? A distribuição de poderes plasmada no texto constitucional propicia o alcance das finalidades precípua do Estado?

É nesse contexto que se deve inserir a discussão acerca da organização administrativa e constitucional do Estado brasileiro. A finalidade primacial de nossa abordagem é, portanto, a partir do exame do modelo organizacional adotado em nossa Federação, propiciar o surgimento de um espaço de reflexão crítica no tocante à adequação da atual estrutura organizacional com as metas constitucionalmente estabelecidas.

2 Organização Constitucional do Estado Federal

2.1 Uma ideia de Estado

A arquitetura do Estado federal constitui uma tarefa de laboriosa engenharia constitucional, ante a complexidade de sua estrutura jurídico-política ⁴. Um dos maiores desafios impostos ao federalismo contemporâneo é o estabelecimento de mecanismos asseguradores de uma convivência harmônica entre os diversos entes federados.

Antes de enveredar por essa seara específica, cumpre apresentar as principais correntes doutrinárias acerca da natureza do Estado. Jorge Miranda oferece o seguinte sumário da questão, partindo das seguintes contraposições ⁵:

⁴HORTA, Raul Machado. Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 346.

⁵Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 9 -10.

- a) correntes **idealistas** – o Estado é encarado como ideia ou finalidade – e **realistas** – o Estado é visto como ser de existência temporal e sensível;
- b) correntes **objetivistas** – o Estado considerado como realidade exterior aos homens – e **subjetivistas** – o Estado é tomado como realidade predominantemente subjetiva ou até como expressão fundamentalmente psicológica de relações humanas;
- c) correntes **atomistas ou nominalistas** – o Estado é mero conjunto de indivíduos, nome sem realidade substancial – e **organicistas ou realistas** – o Estado é irreduzível aos indivíduos, sendo suscetível de ser tomado como uma entidade específica ou com vontade própria;
- d) correntes **contratualistas** – o Estado como produto da vontade, como associação – e **institucionalistas** – o Estado como sentido, relação, ordem objetiva ou objetivada, como instituição;
- e) correntes **monistas** – o Estado é o centro do poder político – e **dualistas** – o Estado como objeto do poder ou instrumento ao serviço dos verdadeiros detentores do poder;
- f) correntes **normativistas** – o Estado como realidade normativa, sistema ou unidade de normas – e **não normativistas** – o Estado não redutível a normas jurídicas ou, numa visão mais radical, somente realidade sociológica à margem de normas jurídicas.

Na atualidade, o Estado pode ser sintetizado como um “esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas” ⁶. Trata-se, ainda no dizer de Canotilho, de “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organização de

⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 86.

poder”⁷. Tais *qualidades* são a **soberania** (poder político de comando no plano interno e, no plano internacional, igualdade soberana dos Estados), o **território** (base física e limite da atuação jurídica do Estado⁸) e o **povo** (somatório de indivíduos dotados de identidades culturais comuns, pertencentes ao mesmo conjunto territorial do Estado ⁹).

O Estado pressupõe, portanto, comunidade e poder organizados. Equivale, como resume Jorge Miranda, “a falar em comunidade ao serviço da qual está o poder e em organização que imprime carácter e garantias de perdurabilidade a uma e outro” ¹⁰.

2.2 Estado Federal

Entre os diversos modelos de Estado, o federativo é aquele revestido de maior complexidade, em razão de sua engenhosa construção jurídico-política. Além dessa forma, têm-se a confederação e o Estado unitário como manifestações dessa tipologia política, não cabendo, nos estreitos limites deste trabalho, o exame dessas figuras.

O Estado Federal caracteriza-se por um acentuado grau de descentralização. Tradicionalmente, no dizer de Dalmo Dallari, o Estado Federal é uma aliança ou união de Estados, em que o poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas. “Existe um governo federal, do qual participam as unidades federadas e o povo, e existem governos estaduais dotados de autonomia política, podendo fixar sua própria orientação nos assuntos de seu interesse, desde que não contrariem a Constituição Federal” ¹¹.

⁷Idem, *ibidem*, op. cit.

⁸ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 12.

⁹Idem, *ibidem*, op. cit.

¹⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 23.

¹¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 224 e 226.

Santi Romano considera que o Estado Federal constitui uma unidade complexa, “uma corporação paritária e, sob este ponto de vista, a sua união é semelhante à confederação, da qual, porém, difere pelo simples fato de que é ela mesma um Estado: noutras palavras, tem-se uma confederação em desenvolvimento até assumir os caracteres de um Estado” ¹².

A Constituição norte-americana de 1787 costuma ser apontada como o marco histórico do federalismo. O pacto federal ali concebido considerava duas esferas de poder – a União e os Estados. Tal federalismo formou-se de forma centrípeta, pois surgiu a partir da união de Estados outrora soberanos, os quais abdicaram de sua soberania para dar conformação a um novo ente: o Estado Federal. Trata-se, portanto, de um federalismo centrípeto ou, na acepção de Georges Scelle, de um **federalismo por agregação** ¹³.

Diferentemente, o federalismo brasileiro é **centrífugo** ou por **segregação**, porque formado a partir da descentralização de um ente unitário, com a queda da monarquia em 1889.

2.2.1 Federalismo dual e federalismo cooperativo

Entre os tipos de federalismo, verificam-se basicamente o federalismo dual e o federalismo cooperativo.

O federalismo dual é caracterizado pela distribuição do poder político entre dois entes políticos componentes de um mesmo Estado, formado por um governo central e diversos governos descentralizados ¹⁴.

¹²ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 180.

¹³Apud HORTA, Raul Machado. Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 347.

¹⁴Como anota Dircêo Torrecillas Ramos, o federalismo dualista atendia o “ideal de separar duas esferas estanques, a da União de um lado e a do Estado-Membro de outro. Este tipo de dualismo concebia-se nos séculos XVII e XIX e dele decorria a repartição horizontal de competências com a previsão de tributos exclusivos.” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 48).

Já o federalismo cooperativo cresceu juntamente com o modelo de Estado-providência, a partir da primeira metade do século XX, pressupondo a realização de estratégias de cooperação entre a União e as unidades federadas. Desde a crise capitalista de 1929, o federalismo cooperativo é a forma prevalecente nas organizações estatais federativas.

No âmbito do federalismo cooperativo, Augusto Zimmermann identifica duas modalidades: o federalismo cooperativo autoritário e o federalismo cooperativo democrático. O federalismo cooperativo autoritário – praticado, segundo o autor, em federações meramente nominais – evidencia-se por meio de um executivo federal hipertrofiado, o qual tende a instrumentalizar e politizar a sujeição e dependência dos executivos estaduais, debilitando o prestígio dos órgãos representativos e marginalizando o Congresso Nacional e os poderes legislativos estaduais ¹⁵.

No federalismo cooperativo democrático, tem-se o poder “estabelecido em correlação com os valores democráticos de governo, onde o cidadão pode efetivamente exercitar, em distintos graus e esferas, o seu direito fundamental de participação e controle do poder político” ¹⁶. Sob o primado da Constituição, verifica-se a solidariedade entre os entes federativos, numa integração consentida, restando assegurada a juridicidade dos laços entre o poder federal e os poderes estaduais.

Entre as formas de cooperação, pode ser destacada a realização de programas e convênios entre os diversos entes da Federação, expressando a ideia de aliança e de solidariedade. A cooperação envolve, também, como lembra Dircêo Torrecillas Ramos, o processo político e, pois, o uso do poder: “O Congresso deveria exercer um poder menos extenso do que a Constituição permite, devido às

¹⁵Cf. ZIMMERMANN, invocando escólio de Paulo Bonavides. In: *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 58.

¹⁶Idem, *ibidem*, op. cit.

objeções dos Estados; ao contrário, outras vezes é a urgência dos Estados que exige a pronta ação do governo federal”¹⁷.

No Brasil, o federalismo cooperativo revela-se por meio do

estabelecimento de órgãos regionais de desenvolvimento formados por Estados e Regiões Metropolitanas formadas por Municípios, nos Estados-Membros; pela repartição tributária de impostos federais e de impostos estaduais, beneficiando Estados e Municípios, mediante atribuições de percentuais da arrecadação dos impostos que se tornaram objeto da repartição¹⁸.

2.2.2 Federalismo simétrico e federalismo assimétrico

O termo simetria traduz ideia de justa proporção, de correspondência em grandeza. Significa harmonia decorrente de combinações e proporções regulares. Um dos aspectos candentes do terreno do federalismo é a manutenção do equilíbrio entre os diversos componentes da federação.

Em termos ideais, num sistema federal simétrico, os estados devem assegurar, de acordo com o autor citado: mesmo grau de relacionamento para com a autoridade central; igual divisão de poderes entre os governos central e dos estados; mesma base de representação do governo central para cada componente político, e igualdade de distribuição do sustentáculo das atividades do governo central¹⁹.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer a existência de desnivelamentos sociais e econômicos entre os diversos entes políticos federados e a consequente necessidade de um balanceamento das diferenças existentes. Com efeito, a desejável igualdade numa federação não pode desprezar o elemento fático irrecusável de que as diversas regiões de um mesmo Estado federal podem expressar diferentes graus de desenvolvimento a exigir “uma certa dose de moderação das ações centrais e crédito aos grupos regionais menos prósperos,

¹⁷RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 50.

¹⁸Idem, ibidem, p. 52.

¹⁹Idem, ibidem, p. 62.

mas também de uma efetiva responsabilização destes entes federados, em face da autonomia conferida pela Constituição Federal”²⁰. Daí a ideia de federalismo assimétrico que se traduz nas diversidades ocorrentes no interior do Estado nos planos sociocultural e econômico. Essa assimetria demanda maior esforço cooperativo dos entes federados na busca de uma adequada compreensão das heterogeneidades e de estratégias conducentes à necessária harmonia e à unidade federativa.

Um exemplo claro de federalismo simétrico pode ser encontrado nos Estados Unidos da América, por possuir um grau razoável de homogeneidade, muito embora não se ignore a existência de alguma assimetria entre seus entes federativos não só quanto ao número de habitantes, mas também quanto à dimensão territorial e ao desenvolvimento socioeconômico²¹.

O Brasil bem exemplifica o federalismo assimétrico, com sua disparidade social, seus diferentes graus de desenvolvimento econômico e sua desequilibrada densidade demográfica.

2.3 Composição do Estado Federal brasileiro

Nos termos da Constituição de 1988, a federação brasileira, assimétrica, é composta pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º). A organização político-administrativa da República do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos dotados de autonomia, nos termos da Carta Constitucional (art. 18).

A estrutura federal constitui cláusula de pedra na Constituição Republicana. Não se admite qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado (CF, art. 60, §4º, I). Isso não significa, todavia, a

²⁰ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 61.

²¹Idem, p. 62.

proibição de emendas sobre o federalismo, com vistas ao seu aperfeiçoamento. O que se veda é a extinção do modelo federal.

2.3.1 União

A União é entidade federativa autônoma em relação às demais unidades da Federação. Como lembra José Afonso da Silva, é unidade federativa, mas não é unidade federada. À União compete exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. São os órgãos da União que representam o Estado federal no plano das relações internacionais. Costuma-se apontar que a União é pessoa jurídica de Direito Internacional, o que não é inteiramente correto, uma vez que tal condição é reservada ao Estado federal (República Federativa do Brasil). Na realidade, tal assertiva tem por objetivo frisar dois aspectos, na dicção de José Afonso da Silva:

a) as relações internacionais da República Federativa do Brasil realizam-se por intermédio de órgãos da União, integram a competência desta, conforme dispõe o art. 21, incs. I-IV; b) os Estados federados não têm representação nem competência em matéria internacional, nem são entidades reconhecidas pelo Direito Internacional, são simplesmente de direito interno ²².

No plano interno, a União, na qualidade de pessoa jurídica de direito público interno, é titular de direitos e de obrigações expressas na Constituição.

2.3.2 Estados-membros

Os Estados-membros são figuras típicas da estrutura da Federação. Gozam de autonomia, traduzida essa na capacidade de legislar, se auto-organizar legislar e se autoadministrar, observados os limites ditados pela Constituição, nos termos dos artigos 18 e 25/28.

A autonomia dos Estados-membros constitui a pedra de toque essencial ao delineamento do Estado federal. Reconstruindo a concepção do federalismo, a

²²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, p. 426.

Constituição de 1988, a exemplo da Carta de 1946, assegurou mecanismos capazes de viabilizar o exercício da cogitada autonomia. Na visão de Raul Machado Horta, o “federalismo constitucional de 1988 exprime uma tendência de equilíbrio na atribuição de poderes e competências à União e aos Estados”. Afastou-se – continua o autor – “das soluções centralizadoras de 1967 e retomou, com mais vigor, soluções que despontaram na Constituição de 1946, para oferecer mecanismos compensatórios, em condições de assegurar o convívio entre os poderes nacionais-federais da União e os poderes estaduais-autônomos das unidades federadas”²³.

Como é próprio de uma Federação, a garantia de autonomia dos estados se evidencia pela estipulação de um autogoverno, mediante regramentos próprios. Tais regras decorrem de suas respectivas Constituições e das leis emanadas de suas Casas Legislativas. Convém lembrar, todavia, que o poder constituinte dos estados federados não é originário, mas sim decorrente, derivado, condicionado pela Constituição da República.

O exercício do poder constituinte dos estados federados acha-se condicionado por princípios constitucionais encartáveis numa dúplici categoria: os princípios constitucionais sensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos. Tais princípios atuam como balizas à capacidade de autorregência dos estados, em prol da preservação da própria estrutura do federalismo e de sua organização constitucional.

Os princípios constitucionais sensíveis são aqueles encartados no art. 34, VII, CF, representando o cerne da atuação e da organização constitucional de todos os entes da Federação, a saber: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

²³HORTA, Raul Machado. Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 526.

A inobservância de tais princípios é causa de intervenção da União nos estados, nos termos da cabeça do art. 34, CF. Em se tratando de intervenção, prescreve o art. 36, III e §3º, da Constituição Federal, que a intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação formulada pelo Procurador-Geral da República, sendo que o “decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”.

Os princípios constitucionais estabelecidos, na dicção de Raul Machado Horta, limitam a autonomia dos estados federados. A identificação de tais princípios

reclama pesquisa dos princípios fundamentais não enumerados, e a limitação dos princípios constitucionais enumerados [...] A limitação prosseguiu na revelação antecipada da matéria que vai ser reproduzida na organização do estado-membro, especialmente nos setores da discriminação de rendas, dos princípios da elaboração orçamentária, da autonomia dos municípios, dos preceitos aplicáveis ao Ministério Público, funcionários públicos e à Justiça dos estados. A limitação da autonomia do estado-membro não se esgota nas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização. Normas constitucionais de outra natureza, como as de caráter vedatório e os princípios da organização política, social e econômica, determinam o retraimento da autonomia estadual ²⁴.

Tais princípios acham-se disseminados no texto constitucional, gerando limitações expressas, limitações implícitas e limitações decorrentes do sistema constitucional adotado. José Afonso da Silva dedica-se à tarefa de identificá-los exhaustivamente. O quadro de princípios estabelecidos que condicionam e limitam o poder constituinte estadual pode ser exemplificado da seguinte forma: normas dos arts. 19, 150 e 152; norma impeditiva de intervenção nos municípios, salvo nos casos estritos do art. 35; normas que determinam a observância de regramentos, tais como a disposição de princípios da organização dos municípios (art. 29), a disposição sobre sua administração pública, observadas as regras dos arts. 37 a 41, a disposição sobre criação de juizados especiais, organização da Justiça, do

²⁴HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, 1964. p. 225-6. Apud VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 187, p. 18, jan./mar.1992.

Ministério Público e da Defensoria Pública; limitações implícitas decorrentes da previsão das matérias de estrita competência da União (arts. 21 e 22); limitações implícitas decorrentes da estipulação da matéria de competência exclusiva dos municípios (art. 30); limitações referentes ao sistema tributário, vedando a previsão de outros tributos além dos indicados nos arts. 145 e 155 ²⁵.

O atendimento aos princípios acima apontados representa importante restrição à autonomia dos Estados-membros, no que tange à sua capacidade de auto-organização. Por se tratar de imposição de limitações a um dos princípios da ordem constitucional brasileira (art. 1º, CF) – “cerne e essência do princípio federalista” – recomenda José Afonso da Silva que os princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal que impliquem limitações à autonomia estadual devam ser compreendidos e interpretados restritivamente, sob pena de se superpor a vontade constituída à vontade constituinte ²⁶.

2.3.3 Distrito Federal

Inicialmente tratado como um “quase-estado”, em face da ausência do poder de auto-organização, o Distrito Federal é considerado, hoje, como uma unidade da Federação, nos termos dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal.

O Distrito Federal possui relativa autonomia no que tange à sua capacidade de organização, conforme dispõe o art. 32 da Carta. Aproximando-se do modelo dos Estados-membros, o Distrito Federal possui Câmara Legislativa com competência para votar sua lei orgânica. Sua competência legislativa é a mesma atribuída aos estados e aos municípios (art. 32, §1º), dispondo também das competências concorrentes com a União (art. 24).

Possui o Distrito Federal autonomia para eleger seus representantes, compondo a Câmara Legislativa e o Poder Executivo. Possui, também,

²⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, p. 516-519.

²⁶Idem, *ibidem*, p. 519.

representação no Senado Federal (art. 46), cabendo ao povo que ali possui domicílio eleitoral eleger representantes para a Câmara dos Deputados.

No que toca às competências, vale registrar, contudo, que nem todas as matérias reservadas aos estados e aos municípios foram conferidas ao Distrito Federal. Com efeito, cabe à União legislar sobre a organização judiciária do Ministério Público, da Defensoria Pública do DF e dos Territórios, bem como sobre a organização administrativa desses (CF, art. 22, XVII). Nesse mesmo passo, cabe observar, também, que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios integra o Ministério Público da União, nos termos do art. 128, I, CF, numa nítida demonstração de uma autonomia mitigada.

2.3.4 Municípios

Os municípios integram a Federação brasileira, nos termos dos artigos 1º e 18, CF. Partícipes da organização político-administrativa brasileira, os municípios formam uma terceira esfera de autonomia, modificando visceralmente, como lembra Paulo Bonavides, a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de uma nova dimensão básica. Não obstante tal constatação, é questionável, na doutrina, a ideia de uma “federação de municípios”, porque, como bem pondera Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “não se vê sua participação na vontade e nas decisões dos órgãos federais, como acontece com os Estados Membros, não podendo, ainda, como estes, propor Emendas à Constituição Federal e exercer, por moto próprio, a função judiciária” ²⁷.

Sua presença na estrutura federativa é, sem dúvida, inovadora, em se tratando de delineamentos constitucionais do Estado Federal mundo afora. Essa posição de vanguarda é assinalada por Bonavides:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País

²⁷FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: RT, 1993. p. 62.

com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia ²⁸.

Como fatores evidenciadores da posição dos municípios como entes integrantes da Federação, dotados de autonomia, podem-se elencar os seguintes pontos:

- a) definição de território próprio, como condição de sua autonomia;
- b) capacidade de autogoverno, mediante eleição de representantes para o Executivo e Legislativo;
- c) auto-organização por meio de lei orgânica, observados os limites postos na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais (as leis orgânicas representam autênticas “constituições municipais” que norteiam a vida dos municípios);
- d) capacidade normativa própria, mediante a competência para elaborar leis municipais relativas a matérias reservadas pela Constituição Federal (art. 30);
- e) capacidade para instituir e arrecadar tributos de sua competência, nos termos da Constituição Federal.

Assim, nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, os municípios “são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, autonomia essa limitada pelos princípios contidos na própria Lei Magna do Estado Federal e naqueles das Constituições Estaduais” ²⁹.

²⁸BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 275.

²⁹FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: RT, 1993. p. 63.

2.4 Repartição constitucional de competências

O conceito de competência relaciona-se diretamente com a ideia de poder – mais precisamente de poder estatal. A delimitação espacial ou funcional do poder do Estado conduz à competência, considerada esta como a quantidade ou qualidade de poder que a lei atribui a determinados entes ou agentes públicos, com vistas à realização do comando estatal ³⁰.

A repartição de competências constitui, na dicção de LOEWENSTEIN, a pedra de toque do Federalismo ³¹. É a Constituição Federal o marco responsável pela delimitação dos espaços de atuação dos entes federativos, concebendo o modelo federal ora numa vertente centralizadora em prol da União, ora numa postura descentralizadora, atribuindo-se um leque maior de competências aos Estados-membros.

Na estratégia clássica de repartição de competências, que se identifica no modelo erigido a partir da Constituição norte-americana de 1787, pode ser detectada uma tendência à enumeração dos poderes à União, com a consequente e posterior atribuição aos Estados de poderes reservados (decorrência direta da Emenda X, de 1789). Tal técnica disseminou-se mundo afora, alcançando, até mesmo, as Constituições da antiga URSS de 1936 e de 1977.

O modelo adotado no Brasil, a partir da Constituição de 1891, seguiu a ideia de enumeração dos poderes da União e da reserva de outros aos Estados. Já a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de *Weimar*, intensificou a competência da União, adotando, ao mesmo tempo, a concepção de um federalismo cooperativo como forma de mitigar os efeitos da perda de poderes dos Estados-

³⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A competência legislativa e executiva do município em matéria ambiental (a nova organização federal e as atribuições do Município na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 111, ano 28, p. 124-125, jul./set. 1991.

³¹Tal é a relevância do tema referente à distribuição de competências que Karl Loewenstein o apontou como “la clave de la estructura del poder federal”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitution*. Barcelona: Ariel, 1970. p. 356.

membros. Raul Machado Horta registra, a propósito, que o Texto Constitucional de 1934,

para compensar os novos poderes da União, deslocou matérias da competência privativa da União para o domínio comum da legislação federal e da legislação estadual supletiva ou complementar, que descaracterizou a privatividade originária, admitindo a dupla atividade legislativa, federal e estadual, sobre as mesmas matérias ³².

Dessa forma, afastou-se a concepção dualista de distribuição de competências baseada na delimitação de poderes enumerados à União e na reserva de poderes aos Estados-membros. Cresceu e ganhou dimensão a ideia de um federalismo pautado pela proposta de um equilíbrio de atuação dos entes políticos, com vistas à reunião de esforços e realização de metas comuns e conducentes ao bem-estar da coletividade ³³.

O abandono do chamado federalismo dual, e o consequente adensamento do federalismo cooperativo, fez-se presente em todas as Constituições brasileiras que se seguiram, destacando-se, na Constituição de 1988, a referência explícita à presença dos municípios como entidades políticas integrantes da Federação, com competências ali traçadas (art. 30) ³⁴.

A Constituição Federal de 1988 acha-se impregnada por esse espírito de cooperação e solidariedade que caracteriza o moderno federalismo. Imprimiu-se, na síntese de José Afonso da Silva, um

³²HORTA, Raul Machado: Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995. p. 356.

³³Na análise de Dircêo Torrecillas Ramos, a CF de 1988, nos arts. 23, 43 e 151, manifesta a assimetria do federalismo brasileiro, “reconhecendo as diferenças e procurando o equilíbrio, ou a diminuição das desigualdades.” (In: *O Federalismo Assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 173).

³⁴Não pode escapar o fato de que a participação dos municípios na estrutura federativa tem sido alvo de ponderáveis questionamentos que refutam essa tese. José Afonso da Silva pondera que não existe “federação de municípios”, mas sim uma “federação de estados”. Ademais, entre outros argumentos invocados, os municípios, como divisões político-administrativas dos estados, não possuem território próprio. (cf. SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 408-409). Nada obstante, a Constituição Federal conferiu aos municípios uma inegável natureza federativa, inserindo-os num complexo sistema de comunhão política.

sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabem à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência complementar ³⁵.

A técnica de distribuição de competências no modelo federativo plasmado na Constituição atual prevê, destarte, a repartição de competências materiais (exclusivas e comuns, cumulativas ou paralelas) e competências legislativas (exclusivas, privativas, concorrentes e suplementares) ³⁶.

No que se refere ao meio ambiente, a Constituição Federal – núcleo definidor da “competência das competências” – estabelece a competência administrativa comum³⁷ da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de proteger o meio ambiente e combater a poluição sob todas as formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, incisos VI e VII).

A Constituição Federal estipula, ainda, a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, inciso VI), como também sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente (art. 24, inciso VIII). No campo da competência legislativa concorrente, a competência da União diz respeito à

³⁵SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 413.

³⁶Idem, ibidem.

³⁷Como esclarece Raul Machado Horta, a competência comum “condensa preceitos e recomendações dirigidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, traduzindo intenções programáticas do constituinte, reunidas em conjunto de normas não uniformes, muitas com as características de fragmentos que foram reunidos na regra geral por falta de outra localização mais adequada.” (HORTA, Raul Machado. *Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo*. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995. p. 417.)

definição de normas gerais, reservando-se aos Estados uma competência suplementar (CF, art. 24, §§2º e 3º).

No tocante aos Municípios, sua competência legislativa decorre da predominância de assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), cabendo-lhes, também, suplementar a legislação federal e estadual, naquilo que for pertinente (CF, art. 30, II). Têm os municípios competência legislativa suplementar, podendo apenas regulamentar ou suprir lacunas deixadas pela legislação federal e estadual, ajustando-a ao interesse local.

Tais previsões acham-se coerentes com a ideia de estabelecer um modelo de federação na qual sejam compartilhados, entre todos entes políticos, os esforços na consecução dos objetivos comuns de promoção do bem-estar de todos. Em se tratando da temática ambiental, a repartição de competências, nos moldes acima apontados, importa o reconhecimento de responsabilidades conjuntas nesse campo, com atribuição de tarefas a serem implementadas de forma comum. Não obstante isso, há inúmeros problemas daí decorrentes, como adiante será enfocado.

Assim, a competência administrativa comum dos diversos entes federativos deverá ser exercida consoante normas de cooperação a serem estabelecidas por lei complementar, “tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF, art. 23, parágrafo único).

2.5 Aspectos da competência legislativa

O aspecto crucial da repartição de competências na Federação brasileira consiste na repartição da competência legislativa. Isto porque é por meio dela que os entes políticos expressam seu poder, estabelecem suas atividades, expressando de forma significativa sua autonomia. Afinal, o autogoverno é caracterizado primacialmente pela capacidade que cada unidade tem de determinar suas próprias regras.

No tocante à matéria legislativa, a Constituição Federal estabeleceu o seguinte quadro: a) rol de temas de competência privativa da União (art. 22), com possibilidade de delegação aos estados (art. 22, parágrafo único); rol de matérias de competência concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal (art. 24); c) competências remanescentes ou reservadas dos estados (art. 25, §1º); d) competências exclusivas dos municípios (art. 30, I); e) competência suplementar dos municípios (art. 30, II) e g) competência reservada do Distrito Federal (art. 32, §1º) ³⁸.

A União detém competência privativa para legislar sobre as seguintes matérias:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

V - serviço postal;

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII - comércio exterior e interestadual;

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte;

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIV - populações indígenas;

XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

³⁸Cf. MORAES, Alexandre: *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 278.

XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXIII - seguridade social;

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

XXV - registros públicos;

XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

XXIX - propaganda comercial.

Nos termos do parágrafo único do art. 22, CF, lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo 22.

No campo da competência legislativa concorrente, a Constituição Federal estabelece que a União, os Estados e o Distrito Federal poderão legislar *concorrentemente* sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Em se tratando de matéria concorrente, sobressaem, ainda, as seguintes disposições constitucionais:

Artigo. 24.....

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Ganha relevo, nesse ponto, a discussão sobre a competência da União para o estabelecimento de normas gerais. A expressão *normas gerais* vem sendo, de fato, muito discutida na doutrina, em face de sua proximidade conceitual com a categoria dos *princípios*. Numa síntese do debate, pode-se identificar o conteúdo

das *normas gerais* através dos seguintes critérios apontados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em valioso estudo dedicado ao tema ³⁹:

1. declaram um valor juridicamente protegido;
2. conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante;
3. vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nelas declarado;
4. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa federal;
5. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-Membro (ou Município) não haja exercido sua competência concorrente particularizante;
6. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-Membro (ou Município) haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado.

No que tange à competência “remanescente” dos Estados, dispõe o art. 25, §1º, que são reservadas a esses entes todas as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal. Noutras palavras, os Estados poderão legislar sobre quaisquer matérias que, expressa ou implicitamente, não lhes tenham sido vedadas.

³⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 100, ano 25, p. 155/156, out./dez.1988.

É oportuno destacar a crítica formulada por Fernanda Dias Menezes de Almeida no que concerne à expressão “competências reservadas”. Diz a autora que tal expressão remonta à tradição norte-americana, pois nos EUA a Federação surgiu por meio de um processo de agregação de Estados independentes, tendo estes reservado poderes que não foram delegados à União. No Brasil, continua, “onde a Federação se formou por processo de segregação de um Estado unitário, não se verificou a mesma reserva, porque os Estados não detinham, como próprios, poderes que pudessem guardar para si. Receberam, isto sim, os poderes que lhes foram conferidos pelo Estado brasileiro”⁴⁰.

Quanto à competência legislativa dos municípios, estabelece o art. 30, I e II, CF:

Artigo. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber

As competências legislativas municipais acham-se marcadas pelo princípio da predominância do interesse local, o que se evidencia, também, pela regra do art. 182, CF, segundo a qual tais entes federativos elaborarão os respectivos planos diretores, com vistas a ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A expressão “interesse local”, constante do art. 30, I, CF, substituiu “peculiar interesse”, presente na Carta Constitucional pretérita, sem que, contudo, tenha havido alteração radical do sentido da norma. Por interesse local não se deve entender interesse único e exclusivo do município, mas sim aquele que se entrelaça predominantemente com a realidade da comuna. Como adverte Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “não há interesse local que também não seja reflexamente da União e dos Estados Membros, como não há interesse nacional ou

⁴⁰ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 82.

regional que não se reflita nos Municípios, como parte integrante de uma realidade maior que é a Federação brasileira” ⁴¹.

Além de legislar sobre temas de *interesse local*, cabe aos municípios suplementar a legislação estadual e a legislação federal, no que couber. Quanto a isso, dúvida existe quanto à natureza e os limites dessa atividade suplementar. Ilustrando o dissenso doutrinário, Alexandre de Moraes assinala que a competência suplementar dos municípios consiste “na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: *interesse local*” ⁴². De outro lado, Fernanda Dias Menezes de Almeida pondera que a atividade suplementar não é apenas administrativa regulamentar, mas também legislativa, cabendo aos municípios estabelecer “as normas específicas e, em sendo o caso, também as normas gerais, sempre que isto for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas” ⁴³.

Seja como for, é essencial frisar que a suplementação só deve caber naquilo que disser respeito ao interesse local do município. Este não poderá contrariar as normas gerais da União, tampouco as normas estaduais de complementação, “embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais”.⁴⁴

Finalmente, no tocante à competência legislativa do Distrito Federal, o art. 32, §1º, CF, estabelece que a esse ente são atribuídas as competências reservadas aos estados e aos municípios.

⁴¹FERRARI: Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: RT, 1993. p. 80.

⁴²MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 289.

⁴³ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 157.

⁴⁴Idem, *ibidem*, p. 159.

2.6 Aspectos da competência material comum relativa ao meio ambiente

No que toca à proteção do meio ambiente, a Constituição Federal, no art. 23, incisos III, IV, VI, VII e XI, estabelece, de uma forma geral, competências comuns à União, estados, Distrito Federal e municípios. Trata-se de expressão do chamado federalismo cooperativo, segundo o qual todos os entes federativos estão legitimados a agir administrativamente na realização de medidas de cunho preventivo e repressivo e na execução de serviços e de tarefas fiscalizadoras em prol da higidez do meio ambiente natural e cultural.

Alguns parâmetros têm sido apontados pela doutrina no campo do exercício das competências materiais comuns.

No que se refere à definição de bases normativas para a execução de medidas administrativas, por exemplo, Vladimir Passos de Freitas sustenta, com base em precedente do STJ (Resp n. 48.753-6/SP, j. 08.03.1995), que “o Estado-membro tem competência material para agir administrativamente, mesmo nos casos em que a legislação seja da União ou do município”⁴⁵. Na mesma linha, Andreas J. Krell assinala:

A expressa distinção entre as competências legislativas, de um lado, e as administrativas, de outro, também não faria qualquer sentido se cada esfera política continuasse podendo executar meramente as suas próprias normas. Os doze incisos do art. 23 CF seriam simplesmente supérfluos se esta competência administrativa existisse somente em conexão com os respectivos poderes de legislar, como foi o caso durante a vigência das Constituições brasileiras anteriores. Sob o novo regime jurídico, os municípios devem atuar também justamente naquelas áreas onde eles não são competentes para baixar normas legais, em razão de que o art. 24 CF não os autoriza a tanto ⁴⁶.

Muito embora, sob o ângulo estritamente formal, a estratégia do federalismo cooperativo proponha resultados mais eficazes em prol da realização dos objetivos comuns da Federação brasileira, uma superposição de competências

⁴⁵FREITAS, Vladimir Passos. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2000. p. 73.

⁴⁶KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2004. p. 99.

enseja, na prática, alguns embaraços notadamente no campo da proteção do meio ambiente.

A lei complementar incumbida de fixar as normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, até hoje, não foi editada. Sendo assim, não é difícil o surgimento de situações de verdadeiro impasse no exercício das diversas competências comuns, podendo haver situações em que todos permaneçam inertes, aguardando a atuação dos demais entes “competentes”. Também não deixa de ser problemática a situação em que todos os entes federativos exerçam, ao mesmo tempo, sua competência.

No campo da proteção do meio ambiente (CF, art. 23, VI e VII), a situação é paradigmática. Qual ente, por exemplo, detém competência para licenciar atividade localizada em bem da União, com impacto restrito ao território de uma unidade federativa? Ou, ainda, caso a União e um Estado exerçam simultaneamente seu poder de polícia no tocante à mesma atividade, fiscalizando e punindo o agente causador de um dano ambiental, qual o auto de infração prevalecente? A quem deverá ser revertido o valor de uma multa aplicada? Ou, ainda: cogitando-se ser comum a competência para licenciar, quais as obrigações que devem ser cumpridas pelo empreendedor: as impostas pela União, pelo Estado, pelo Município ou por todos, concomitantemente? E se houver discrepância entre os diversos órgãos ambientais das distintas esferas federativas, qual o posicionamento que deverá preponderar?

Se for levada “a ferro e a fogo” a ideia de comunhão de atribuições, o exercício dessa competência material comum poderá acarretar situações caóticas de superposição de instâncias administrativas, notadamente naqueles casos em que, a despeito da predominância de um interesse federal, por exemplo, interponha-se um estado federado no campo de atividades relativas a licenciamento ambiental ou do poder de polícia repressivo.

Existem, pois, situações de considerável complexidade que potencializam o risco de conversão do federalismo cooperativo em autêntico e indesejável “federalismo predatório”. Andreas Krell, a propósito disso, adverte que

um novo sistema de atribuições federativas deve procurar evitar as consequências maléficas que as antigas competências concorrentes têm provocado para a prestação de serviços públicos, como a superposição de comandos e de recursos, a falta de responsabilização das entidades governamentais pela inexistência ou inadequação dessas atividades e os conflitos interinstitucionais ⁴⁷.

Dessa forma, a concretização da competência material comum em matéria ambiental deve buscar também outros parâmetros de igual matriz constitucional que permitam o deslinde de eventuais conflitos intrafederativos.

2.6.1 Critérios determinantes da delimitação da competência material comum dos diversos entes federativos

a) Preponderância do interesse e dominialidade

Deve-se partir da premissa de que o modelo de federalismo cooperativo adotado pela Constituição brasileira não rejeita peremptoriamente a ideia de repartição de competências, seja no campo legislativo, seja na seara da atuação administrativa.

Como asseverado acima, a lei complementar a que se refere o art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal, até hoje não foi promulgada, o que dificulta a compreensão e materialização do sistema de cooperação entre os diversos entes da Federação. Tramitam na Câmara dos Deputados os projetos de lei complementar n. 12/2003, 127/2007 e 388/2007, apensados, tendo sido esse último apresentado pelo Poder Executivo. O PLP n. 388/2007 estabelece ações administrativas da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, propondo a definição de competências de implementação a partir de critérios de dominialidade, territorialidade e da abrangência do impacto ambiental. Deixa,

⁴⁷KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais* – um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2004. p. 101.

porém, na penumbra, a solução de questões ligadas às áreas definidas como *patrimônio nacional* e peca ao restringir a concepção de impacto de âmbito nacional ou regional a aspectos meramente territoriais.

A demora na regulamentação da matéria espelha, em verdade, a complexidade do tema e as inúmeras dificuldades de definição dos critérios de interação e articulação dos entes federativos na implementação de competências tidas como “comuns” pela Constituição da República (art. 23), haja vista a superposição de atividades e a frequente atuação político-administrativa de um ente federado em seara que, a rigor, caberia a outro ente.

Calha, porém, a advertência de Luís Roberto Barroso, no sentido de que muito embora inexista a lei complementar a que se refere o parágrafo único do art. 23, CF, relativamente às competências político-administrativas em matéria ambiental, “isso não significa, por evidente, que cada ente possa atuar como se fosse um Estado soberano, ignorando o nível de abrangência dos interesses que lhe são cometidos” ⁴⁸.

Sem embargo da lacuna normativa apontada, curial é assinalar que a regra do art. 23, CF, não diz respeito à titularidade de serviços ou ações administrativas, mas sim à necessidade de definição de estratégias para implementação cooperada e integrada de medidas que expressem o alcance de finalidades comuns aos diversos entes federativos, em nome do “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Nada impede, portanto, que, nesse contexto, sejam reconhecidas competências específicas, compartilhando-se, porém, o modo de exercício dessas atribuições, à luz do art. 23 c/c o art. 241, CF.

Noutro passo, no exercício das competências materiais comuns em regime de cooperação e coordenação, há que observar o indicativo constitucional no tocante à competência legislativa concorrente, segundo o qual cabe à União ditar

⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. Serviço de transporte ferroviário e federação: instituição de padrões ambientais e de segurança. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111.

normas gerais, reservando-se para os demais entes federativos a legislação de caráter suplementar. Noutras palavras, deve-se reconhecer uma certa proeminência da União no terreno das competências administrativas em matéria ambiental, a partir da verificação da existência de um interesse geral, de âmbito nacional, que se sobreponha, por isso, a interesses de âmbito regional ou local. Lembrem-se, nesse passo, das palavras de José Afonso da Silva, para quem à União “resta uma posição de supremacia no que tange à proteção ambiental [incumbindo a ela] a política geral do meio ambiente, o que já foi materializada pela Lei 6.938/81”⁴⁹.

Não é raro, com efeito, no campo da proteção do meio ambiente, depararmos-nos com situações merecedoras de enfoque mais abrangente, seja pela repercussão transfronteiriça dos efeitos, positivos ou negativos, da atividade, seja porque a matéria a ser regulada e fiscalizada exige, por sua amplitude, uniformidade de tratamento, seja porque a atividade incide em bem de titularidade da União (vg. unidades de conservação federal). Há, noutras palavras, atividades de caráter nacional e outras de interesse regional ou local. Tem-se, pois, que a aplicação do art. 23, CF, deve ser feita sob o pálio do princípio da predominância do interesse. Destaque-se a posição de Luís Roberto Barroso:

Neste contexto, e como parece evidente, as competências legislativas condicionam o exercício de competências administrativas, e não o contrário. Assim, não é correto afirmar que o art. 23, por si só, forneceria a todos os entes poder normativo primário em matéria ambiental, como se este fosse um instrumento indispensável para a realização de suas atribuições político-administrativas. Essa interpretação faria desaparecer a distinção entre competências legislativas e materiais e tornaria sem sentido o sistema de repartição de competências previsto na Constituição.

À luz desses parâmetros, é possível concluir que caberá à União a primazia no controle administrativo incidente sobre as atividades que apresentem repercussão ambiental nacional; aos Estados e ao Distrito Federal, as atividades de repercussão regional; e aos Municípios, a fiscalização das atividades que apresentem impacto local⁵⁰.

⁴⁹SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 49.

⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. Serviço de transporte ferroviário e federação: instituição de padrões ambientais e de segurança. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 125.

Fernanda Dias Menezes de Almeida, também a propósito do tema, observa:

Referimo-nos, em particular, às regras de competência legislativa pelas quais se haverá de pautar a regulamentação normativa, que é pressuposto para o exercício das competências materiais comuns. Ora, essas regras sinalizam, no caso, para a preponderância da União.

De fato, como se percebe pelo cotejo dos artigos 23 e 24, as leis que servirão de embasamento para a execução das tarefas comuns serão, em sua maior parte, fruto de competência legislativa concorrente, em que caberá à União editar normas gerais e às demais esferas a legislação suplementar. Assim, por exemplo, tarefas como cuidar da saúde e da proteção dos deficientes; proteger o patrimônio cultural; proporcionar o acesso à cultura e à educação; proteger o meio ambiente; preservar as florestas, a fauna e a flora, pressupõem a observância de normas gerais da União, com base no disposto nos incisos VI; VII; VIII; IX; XII e XIV do artigo 24.

Cabendo, por igual, à União estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX), essas diretrizes não podem ser desrespeitadas pelas leis estaduais e municipais voltadas ao exercício da competência material comum prevista no artigo 23, IX ⁵¹.

No mesmo sentido, também são oportunas as palavras de Márcia Leuzinger e Sandra Cureau:

Como a competência material não envolve poder para editar leis, dever-se-á observar, em se tratando de questões ambientais, a legislação editada, na maioria das vezes, no exercício da competência concorrente, em que cabe à União a edição de normas gerais e aos estados-membros a de normas específicas [...] Isso significa que, mesmo no campo das competências materiais comuns, haverá hierarquia a ser observada pelos entes federativos, eis que caberá à União o comando geral, a partir do comando legislativo que lhe pertence (ALMEIDA, 1991).

As questões relacionadas à proteção ambiental estão especialmente contidas nos incisos III, IV, VI, VII e XI do art. 23; e VIII do art. 30 da Constituição Federal, e dizem respeito, em geral, ao exercício do poder de polícia administrativa ambiental, mediante o qual o Poder Público protege o meio ambiente. O poder de polícia, como espécie de poder administrativo, é inerente às três esferas políticas, nos limites de suas competências institucionais, e traduz-se na faculdade de que dispõe a Administração Pública de limitar e restringir o uso de bens, o gozo de direitos e o exercício de atividades, tendo em vista o interesse público. Como cada entidade estatal dispõe de poder de polícia relativamente à matéria que lhe caiba regular, incumbe à União, aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios, dentre outros, agir para restringir e condicionar o uso de bens, o gozo de direitos e o exercício de atividades que possam causar danos ao ambiente natural, aplicando as sanções

⁵¹Idem, ibidem, p. 133.

pertinentes nos casos de violação às normas, eis que os três entes federativos têm o dever de proteger o meio ambiente ⁵².

Flávio Dino perfilha também o mesmo entendimento, ao discorrer sobre os impasses no plano federativo quanto à aplicação do art. 76 da Lei n. 9.605/1998. Vale transcrever os seguintes excertos:

Para tanto, adota-se como premissa a inexistência de incompatibilidade entre competência comum e algum tipo de delimitação de esferas de competência para o trato de assuntos classificados como de interesse da União, dos Estados e Municípios.
[...]

Na vigente Constituição Federal, legislar sobre ‘florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição’ constitui competência legislativa concorrente da União e dos Estados, cujas regras estão expostas nos parágrafos do art. 24. Destas, pertinente destacar neste momento a que adjetiva a competência estadual como sendo suplementar.

Isto posto, conclui-se – segundo a premissa teórica acima assinalada – que se a competência dos Estados para legislar em matéria ambiental é suplementar, do mesmo modo a sua competência administrativa deve ser assim qualificada ⁵³.

Tais considerações vêm exatamente a calhar na ilustrativa questão atinente à destinação das multas referentes às infrações administrativas ambientais, conforme previsão do artigo 76 da Lei n. 9.605/1998. O critério normativamente adotado – advirta-se – não poderia ter sido mais infeliz. Estabelece referido dispositivo que “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência”.

O preceito, apesar de possuir antecedente no art. 14, I, da Lei n. 6.938/1981, não oferece o melhor caminho ao eventual conflito de competências, porquanto, ao contrário de fomentar a prática do federalismo cooperativo idealizado na Constituição, enseja disputa entre os entes políticos, relativamente à

⁵²LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora (Direito ponto a ponto), 2008. p. 41-42.

⁵³COSTA, Flávio Dino de Castro. A competência para multar na nova Lei Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, v. 11, p. 10-11, jul.set. 1998.

titularidade da multa correspondente ao dano ambiental, potencializando o “federalismo predatório”.

A regra do art. 76 da Lei n. 9.605/1998 foi inspirada na previsão atinente à competência material comum prevista no art. 23 da Constituição Federal. Tal previsão, contudo, não poderá implicar a subtração de uma de suas principais consequências decorrentes do poder de polícia dos entes federais, qual seja a aplicação da sanção correspondente ao ato ilícito, notadamente quando a infração atingir bens pertencentes à União.

Há que se projetar, destarte, uma trilha para o equacionamento da competência material dos entes federativos nesse campo. Para tanto, além dos aspectos já mencionados, imprescindível é a menção ao princípio da predominância do interesse, o qual coexiste com a concepção do modelo federativo de cooperação. Com base nesse princípio, cabe à União a competência no tocante aos assuntos em que predomina o interesse geral; aos Estados reserva-se a competência para as questões de interesse regional e aos municípios restringem-se as questões de interesse eminentemente local.

No que concerne à questão ambiental, existem situações em que, como já mencionado, ora se verifica um interesse meramente local, ora a prevalência de um interesse regional, ora a preponderância de um interesse geral (*rectius*, nacional). O exercício da competência material dependerá, pois, da predominância do interesse em jogo.

Todavia, não se deve perder de vista o fato de que, no campo da proteção do meio ambiente, há nítida preponderância de um interesse geral. De fato, a temática relativa à proteção ambiental frequente, como já salientado, a agenda internacional contemporânea. Em diversos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, avultam os compromissos do Estado brasileiro na preservação do meio ambiente, em variados aspectos.

Evidencia-se, com isso, em muitos casos, a predominância do interesse federal, a ensejar a primazia da competência material da União. Essa é, aliás, a conclusão esposada por José Afonso da Silva, ao acentuar que a União desempenha um papel de supremacia em relação à proteção ambiental, incumbindo a ela a política geral do meio ambiente⁵⁴. Assim também se posiciona Vladimir Passos de Freitas:

Na referida lei, por ser comum a competência, não deve existir hierarquia. Porém, como cabe à União legislar sobre normas gerais, é previsão razoável a de que a ela caberá o comando geral das competências materiais. É inegável que, mesmo ocupando os entes políticos posições iguais, não havendo hierarquia estabelecida no texto constitucional, na realidade e de fato acaba por existir prevalência do interesse federal ⁵⁵. (grifei)

Não é à toa, pois, que o art. 21 da Constituição Federal reserva para a União, de forma exclusiva, competências materiais em diversas questões relacionadas, direta ou indiretamente, com a proteção do meio ambiente. Ressaltam em importância aquelas atividades ligadas à promoção da inteireza do Estado federal, à garantia da integridade do território nacional e ao estabelecimento de tratamento uniforme em assuntos de interesse nacional. A título de ilustração, destaquem-se as matérias relacionadas nos incisos IX, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, XXIV, XXV.

Em se tratando especificamente da proteção de florestas, para efeito de ilustração, conquanto seja, nos termos da Constituição da República, comum a competência material, tem-se hipótese típica de predominância do interesse geral. A relevância de tais ecossistemas no plano global e sua importância para a preservação da fauna e garantia da biodiversidade não permitem a existência de “zonas de intersecção” no enfrentamento da matéria. Ao revés, ante o aspecto interterritorial subjacente, evidenciado pelo fato de as florestas comumente ultrapassarem os limites de um só Município, bem como de um só Estado-federado, exige-se um tratamento uniforme das questões referentes à proteção das

⁵⁴SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 73.

⁵⁵FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000. p. 79.

florestas, evitando-se uma atuação “autônômica” e descontínua da matéria, capaz de comprometer a eficácia da proteção encetada.

Corroborar esse raciocínio a regra do art. 225, §4º, CF, ao considerar como patrimônio nacional a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica, a Zona Costeira, a Serra do Mar e o Pantanal Matogrossense. Como já enfatizado, a expressão *patrimônio* nacional, embora despida de conteúdo dominial, evidencia a existência de um interesse que ultrapassa os lindes do território municipal ou estadual. Trata-se de interesse geral, de toda a Nação, devendo, pois, prevalecer a competência material da União na preservação dos ecossistemas florestais brasileiros. Daí decorre a competência dos órgãos federais para exercer o poder de polícia, de índole preventiva e repressiva, em relação a atividades nesses biomas, ainda que por meio de convênios de cooperação (CF, art. 241).

Não obstante tal entendimento, observa-se que o legislador infraconstitucional tem caminhado em sentido contrário, “incrementando” competências materiais dos estados e municípios, em detrimento das tarefas que, a nosso sentir, deveriam ser exercidas pelo ente federal.

A regra do art. 19, *caput*, do Código Florestal, com a redação dada pela Lei n. 11.284/2006, por exemplo, em posição diametralmente oposta à redação anterior, estabelece que a “exploração de florestas e formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado, dependerá de prévia aprovação pelo órgão estadual competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA [...]” Nos termos do §2º, incisos I e II do mesmo dispositivo, tal competência será exercida pelo órgão ambiental municipal, nas florestas públicas de domínio municipal ou nas unidades de conservação criadas pelos municípios. Apenas no tocante às florestas públicas de domínio da União e nas unidades de conservação por ela criadas é que a competência para aprovação da atividade de exploração referida no *caput* do dispositivo caberá ao órgão ambiental federal. A Lei n. 11.428/2006, que dispõe sobre a proteção e utilização da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica, também privilegia, nos arts. 14 e parágrafos, 24, parágrafo único, 25 e 28, a

competência estadual para autorização de supressão de vegetação em Mata Atlântica, *patrimônio nacional*.

Percebe-se, sem esforço, que o legislador parte de premissas ligadas à dominialidade da área, para a definição de competências materiais, relegando, porém, a plano secundário, aspectos concernentes à predominância do interesse federal no que toca ao tratamento uniforme que deve ser dado pelo Estado brasileiro em relação ao patrimônio florestal.

Sem embargo disso, parece não haver dúvida de que a competência dos órgãos federais avulta com maior força em se tratando de atividades que repercutam, direta ou indiretamente, em bens de domínio da União. Nesse caso, é inexorável o fato de a competência administrativa em matéria ambiental vir a ser exercida primacialmente pela União.

Assim, por exemplo, não será possível mitigar o poder de polícia do órgão federal, dele retirando a eficácia de sua atividade sancionadora, a exemplo do disposto no art. 76 da Lei n. 9.605/1998. Essa é, também, a posição de Flávio Dino, ressaltando que o dispositivo em comento, “ao prever situação que ensejará a elisão de multa imposta por órgão ou ente federal, não pode prevalecer, por atingir parcela do poder de polícia titularizado pela União em virtude dos preceitos constitucionais referidos”⁵⁶.

Voltando ao art. 76 da Lei n. 9.605/1998, não deve ser dada a esse dispositivo uma interpretação que implique vulnerar a competência da União no tocante à defesa do meio ambiente, fragilizando seu poder de polícia, com a supressão de sua competência de punir. Eventual sanção imposta pelo órgão federal deve prevalecer, portanto, sobre cominações a serem aplicadas por estados ou municípios, em todas as hipóteses em que se verificar o interesse federal prevaemente ou em se tratando de bem de titularidade federal. Em tais situações, haverá a competência primacial da União, resultando daí a necessidade de se dar

⁵⁶COSTA, Flávio Dino de Castro e. A competência para multar na nova Lei Ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 11, p. 8, jul.-set. de 1998.

ao art. 76 da Lei n. 9.605/1998 uma interpretação conforme ao sistema constitucional de competências em matéria ambiental ⁵⁷.

Outro exemplo que se traz à colação para fins de reafirmação do critério da preponderância diz respeito à veiculação de interesses distintos por entes federativos diversos, relativos à criação de unidades de conservação de categorias diferentes sobre um mesmo território. Imagine-se, para efeito de ilustração, a existência, de um lado, de interesse da União na implantação de uma unidade de conservação federal do tipo reserva extrativista e, de outro, de interesse de um Estado federado na implantação, no mesmo território, de duas unidades de conservação estaduais – floresta pública e área de proteção ambiental ⁵⁸.

Há, aí, dois interesses de fundo ambiental em aparente confronto: um, precedentemente vocalizado pela União, e outro veiculado pelo Estado, consistente na criação de duas unidades de conservação estaduais.

Para a verificação do interesse prevalecente, é importante salientar que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação não se volta apenas à promoção do desenvolvimento sustentável, a partir da manutenção dos recursos naturais. Entre os objetivos primaciais do SNUC, destaca-se, como bem assinalado no art. 4º, XIII, da Lei n. 9.985/2000, a proteção dos “recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente”.

Deve haver, como visto, uma convergência de propósitos entre proteção ambiental e desenvolvimento, cujo marco mais significativo, em se tratando dos direitos de populações locais, é a garantia do modo de vida necessário à

⁵⁷A interpretação conforme a Constituição é muito mais que um preceito de hermenêutica, consistindo, em verdade, uma ferramenta de controle de constitucionalidade. Como leciona Luís Roberto Barroso, “o princípio enseja que se afirme a compatibilidade de uma lei com a Constituição, com exclusão expressa de outras possibilidades interpretativas, reputadas inconstitucionais”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.183).

⁵⁸A situação não é fictícia, tendo havido, até data recente, impasse entre a União e o Estado do Pará com tais contornos.

subsistência física e à reprodução cultural de comunidades tradicionais (comunidades indígenas, ribeirinhos, seringueiros, castanheiros, quilombolas etc.). Estas se encontram, precisamente, no entrecruzamento dos fundamentos da biodiversidade e da sociodiversidade.

Para as comunidades tradicionais, o território não há de ser compreendido apenas em sua dimensão espacial, mas, sobretudo, como um espaço indispensável à sua reprodução física e cultural, onde predominam o uso sustentável e de baixo impacto dos recursos naturais, o desempenho de práticas culturais não predatórias e a gestão compartilhada de recursos naturais. Aí reside a ideia de **territorialidade**, reunindo fatores que transcendem o mero aspecto da ocupação de um espaço geográfico, para expressar a presença de vínculos sociais e simbólicos, criando-se um regime de propriedade comum, um sentido de pertencimento a um lugar e uma busca de autonomia cultural de grupos sociais que irão desenvolver formas específicas e peculiares de uso e apropriação sustentável dos recursos naturais existentes na região.

A reserva extrativista é o modelo de unidade de conservação que reúne essas duas dimensões da proteção do meio ambiente, tendo como pressuposto básico, no dizer de Juliana Santilli, o reconhecimento da essencialidade do território para as comunidades tradicionais e de sua importância para a própria construção de sua identidade coletiva ⁵⁹.

A Reserva Extrativista – UC colimada pelo ente federal, no caso proposto – é uma unidade de conservação de uso sustentável que, nos termos do art. 18 da Lei n. 9.985/2000, é

utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

⁵⁹SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Ed. Petrópolis, 2005. p. 140.

Estabelece, ainda, a Lei do SNUC que, embora seja de domínio público, a reserva extrativista tem seu uso concedido às populações extrativistas, as quais se obrigam a participar da preservação, recuperação, defesa e manutenção da unidade de conservação, nos moldes do que vier a ser estabelecido em contrato (art. 18, § 1º, c/c art. 23).

Percebe-se que a utilização dos recursos naturais pelas populações tradicionais está impregnada da ideia de sustentabilidade ambiental, sendo explicitada, no § 2º do art. 23 da Lei n. 9.985/2000, a observância das seguintes normas: I - proibição do uso de espécies localmente ameaçadas de extinção ou de práticas que danifiquem os seus habitats; II - proibição de práticas ou atividades que impeçam a regeneração natural dos ecossistemas; III - demais normas estabelecidas na legislação, no Plano de Manejo da unidade de conservação e no contrato de concessão de direito real de uso.

O uso sustentável de uma “reserva extrativista” por comunidades tradicionais constitui o traço característico vital na identificação dessa unidade de conservação. Esta deve ser instituída, então, com a dupla finalidade de proteger o meio ambiente e de viabilizar a posse de comunidades em áreas por elas tradicionalmente ocupadas, compatibilizando a proteção do meio ambiente com o *modus vivendi* peculiar dessas populações. A implantação de uma reserva extrativista atende, pois, a duas importantes políticas públicas: de um lado, é assegurada a utilização sustentável de recursos naturais; de outro, garante-se a posse da terra a uma população que com ela se relaciona de modo singular, proporcionando sua sobrevivência física e cultural, cumprindo-se, assim, um objetivo político-constitucional relevante no que toca à regularização fundiária. Daí a observação de Miguel Serediuk Milano, no sentido de que a reserva extrativista é um “misto de unidade de conservação e forma de assentamento rural” ⁶⁰.

⁶⁰MILANO, Miguel Serediuk. Unidade de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 29.

Por outro lado, as florestas públicas e as áreas de proteção ambiental, embora também sejam unidades de conservação de uso sustentável, possuem peculiaridades distintas das reservas extrativistas.

Verifica-se, de início, que, em relação a tais tipos de unidades de conservação, tem-se a possibilidade de uso direto dos recursos naturais. Admite-se, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei n. 9.985/2000, a exploração econômica dos recursos naturais, de modo sustentável: “O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais”.

Embora se admita a permanência de populações tradicionais em floresta pública (Lei n. 9.985/2000, art. 17, § 2º), o foco prioritário de tal espécie de unidade de conservação é a exploração econômica sustentável dos recursos florestais, aparecendo a questão atinente à permanência das comunidades tradicionais de forma acidental, apenas como uma possibilidade, nos exatos termos do art. 17, §2º, da Lei n. 9.985/2000.

Reforça esse entendimento a nova Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para produção sustentável, disciplinando a exploração econômica dos recursos florestais mediante contrato de concessão florestal ⁶¹.

No que se refere às APAs – Áreas de Proteção Ambiental, não há previsão legal quanto à regularização fundiária de comunidades tradicionais. Preponderam, nesse tipo de unidade de conservação, os objetivos de proteção da diversidade biológica, a disciplina do processo de ocupação humana e a garantia do uso sustentável dos recursos naturais (artigo 15 da Lei n. 9.985/2000).

⁶¹“Art. 3º, VII, da Lei nº 11.284/2.006 - concessão florestal: delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Feitas tais considerações sobre a natureza e as características da Reserva Extrativista e das unidades de conservação do tipo *floresta pública* e *área de proteção ambiental*, impõe-se, agora, examinar qual deve ser o interesse prevalecente.

Para tanto, cabe observar que os entes federativos invoquem razões ligadas à proteção do meio ambiente, os aspectos acima apontados evidenciam, em muitos pontos, interesses colidentes.

De fato, a implantação de uma reserva extrativista inspira-se primordialmente na proteção do meio ambiente, no uso sustentável dos recursos naturais e na regularização fundiária de comunidades tradicionais, assegurando-se-lhes meios conducentes à sua sustentabilidade física e cultural. Em contrapartida, a criação de uma floresta pública e de uma APA não leva em conta tais aspectos, mas sim, e tão somente, o uso sustentável dos recursos florestais em padrões economicamente viáveis.

A confrontação das pretensões veiculadas de lado a lado sinaliza no sentido da prevalência da implantação da RESEX em relação à intenção do Estado de criação de unidades de conservação de uso sustentável, voltadas à gestão e exploração econômica de recursos florestais.

Tal primazia decorre do fato de ser mais abrangente e socialmente mais relevante o interesse vocalizado pelo ente federal, na medida em que atende a dois propósitos socioambientais: a utilização sustentável de recursos naturais e a regularização fundiária, garantindo-se a subsistência física e cultural de comunidades tradicionais.

Apesar de comum a competência para a proteção do meio ambiente, tem-se, na hipótese, a predominância do interesse federal ante a dupla finalidade de que se reveste a implantação da reserva extrativista (proteção ambiental e regularização fundiária). Ora, considerando-se essa dimensão de regularização fundiária, a

criação de uma reserva extrativista pelo ente federal coincide com um dos propósitos da política agrícola e fundiária, que é de competência exclusiva da União, *ex vi* do art. 184 da Constituição da República. Isso também justifica a predominância do interesse federal, em face da existência de um elemento materializador de um interesse público que transcende os lindes da unidade federativa estadual.

A instalação de reserva extrativista pela União, no caso figurado, tem preferência sobre quaisquer outras atividades a serem desenvolvidas pelo estado federado, ainda que inspiradas no propósito de utilização sustentável dos recursos naturais.

Deve-se atribuir mais “peso” e assegurar, pois, numa correta ponderação de valores e interesses, predominância ao interesse vocalizado pelo ente federal, no que tange à implantação da RESEX, por sua maior abrangência.

Não se trata de estabelecer uma hierarquização na Federação. Não! Cuidar-se, sim, de constatar que, em diversas matérias, o ordenamento jurídico adota como parâmetro para solução de tensões entre interesses protagonizados por entes federativos distintos o critério da preponderância do interesse, emprestando valor superior àquele objetivo perseguido pelo ente federal, por ser mais abrangente.

Nesse sentido, pronunciou-se o Ministro Celso de Mello, nos autos da ação cautelar inominada n. 1.255/RR, em hipótese semelhante. A questão posta sob apreciação do STF, naquela oportunidade, dizia respeito à pretensão do Estado de Roraima de obstaculizar procedimento administrativo a cargo da União e do Ibama, o qual tinha por escopo a criação de uma reserva extrativista. O Estado de Roraima invocou o argumento de que a iniciativa da União e do Ibama violava o pacto federativo e comprometia a execução de programas instituídos por aquela unidade da Federação, tais como projetos de assentamento, reserva extrativista e programas de manejo florestal. Ao indeferir o pedido de liminar, considerou o

Ministro Relator que, diante da concorrência de projetos da União e de um Estado-membro, decorrentes do exercício de competência material comum – como, no caso, a proteção do meio ambiente –, deve-se privilegiar o interesse vertido pela União, pelo critério da predominância. Vejam-se os seguintes trechos da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

A questão central suscitada nesta causa consiste em saber se a União Federal, agindo por si ou por intermédio do IBAMA, pode, ou não, instituir reservas extrativistas em áreas que compreendem terras pertencentes a um determinado Estado-membro e nas quais tal unidade federada esteja a implantar e a desenvolver projetos da mesma natureza. Sabemos que, no sistema constitucional brasileiro, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios dispõem de competência para adotar medidas tendentes a assegurar a proteção ambiental (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 75, item n. 8, 5. ed., 2004, Malheiros), mesmo porque a preservação da integridade do meio ambiente – além de representar direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas – traduz obrigação político-jurídica indeclinável que se impõe a todas as esferas de poder, como esta Suprema Corte já teve o ensejo de reconhecer e proclamar

.....

É certo que os limites de atuação normativa e administrativa das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional da Federação brasileira (CF, art. 18, “caput”) acham-se predeterminados no próprio texto da Constituição da República, que define, mediante a técnica dos poderes enumerados e residuais, a esfera de atribuições de cada uma das unidades integrantes do Estado Federal, como resulta claro do que dispõem os arts. 21 a 24 da Lei Fundamental.

Nesse contexto, cabe, à União Federal, considerada a maior abrangência dos interesses por cuja defesa deve velar, o desempenho de um papel de alto relevo no plano da proteção ambiental e da utilização dos mecanismos inerentes ao fiel adimplemento de tal encargo constitucional.

Expressivo, sob tal aspecto, o douto magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Direito Ambiental Constitucional”, p. 76, item n. 10, 5ª ed., 2004, Malheiros), que bem situa o exercício, pela União Federal, dos poderes que derivam de sua competência constitucional em tema de proteção ao meio ambiente:

“À União resta uma posição de supremacia no que tange à proteção ambiental. A ela incumbe a Política geral do Meio Ambiente, o que já foi materializado pela Lei 6.938, de 1981. Cabe-lhe elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, IX). Só nisso já se tem uma base sólida para o estabelecimento de planos nacionais e regionais de proteção ambiental.

Vê-se, portanto, considerada a repartição constitucional de competências em matéria ambiental, que, na eventualidade de surgir conflito entre as pessoas políticas no desempenho de atribuições que lhes sejam comuns – como sucederia, p. ex., no exercício da competência material a que aludem os incisos VI e VII

do art. 23 da Constituição –, tal situação de antagonismo resolver-se-á mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e, quando tal for possível, pela utilização do critério da cooperação entre as entidades integrantes da Federação, tal como observa, em preciso magistério, CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO (“Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 79, item n. 4.2, 7ª ed., 2006, Saraiva): “Por vezes, o fato de a competência ser comum a todos os entes federados poderá tornar difícil a tarefa de discernir qual a norma administrativa mais adequada a uma determinada situação. Os critérios que deverão ser verificados para tal análise são: a) o critério da preponderância do interesse; e b) o critério da colaboração (cooperação) entre os entes da Federação, conforme determina o já transcrito parágrafo único do art. 23. Desse modo, deve-se buscar, como regra, privilegiar a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum”. (grifei)

Isso significa que, concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir – como já assinalado – que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência.

.....”
(AC 1255 MC/RR, Relator Ministro Celso de Mello; vide Informativo STF nº 432). (os grifos não são do texto original)

Outra situação que pode ser invocada para fins de demonstração do critério definidor da competência político-administrativa refere-se à atividade de carcinicultura. A criação de camarões em cativeiro é desenvolvida em larga escala na Zona Costeira da Região Nordeste. No Ceará, por exemplo, por circunstâncias ligadas ao clima, ao ecossistema estuarino e à grande extensão de manguezais, fatores considerados propícios para o êxito econômico dessa atividade, são inúmeros os projetos em curso. O órgão ambiental estadual já expediu mais de duzentos e setenta licenças para projetos de carcinicultura.

Presente, aí, porém, o conflito de competência, bem captado e suscitado pelo Ministério Público Federal no Ceará que, em outubro de 2003, ajuizou ação civil pública objetivando, entre outras coisas, o reconhecimento da competência do Ibama para proceder ao licenciamento ambiental dos empreendimentos de carcinicultura localizados na Zona Costeira e em terrenos de marinha, haja vista a localização dessas atividades em bem da União e em área definida como *patrimônio nacional*. Aponta a inicial, com acerto, que “os bens da União (especialmente o mar territorial) sofrerão diretamente impactos ambientais, pois é

no mar territorial que ocorre a descarga dos efluentes dos viveiros de criação de camarão, sendo daí assimilados pelos ecossistemas circundantes, especialmente os manguezais.” (processo n. 2003.81.00.024755-5). A pretensão foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, declarando a competência do órgão ambiental federal para licenciar atividades de carcinicultura na Zona Costeira e em terrenos de marinha.

Esse, aliás, é o vetor fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. n. 588.022/SC, Rel. Min. José Delgado, cujo acórdão ficou assim ementado:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.
2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.
3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.
4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, *in casu*, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.
5. Recursos especiais improvidos.

Mais um exemplo vem a calhar, a partir de semelhante iniciativa do MPF em Fortaleza. Desta feita, questionou o Órgão, por meio de ação civil pública ajuizada em dezembro de 2008, licença ambiental expedida pelo órgão ambiental estadual para empreendimento hoteleiro localizado em Zona Costeira, com reflexos em área de dunas (área de preservação permanente). Diz a ação da lavra dos Procuradores da República Alessandro W. Sales e Márcio Andrade Torres: “[...] o licenciamento ambiental do empreendimento demandado é da competência do IBAMA, de forma originária, seja porque se trata de área definida como Zona Costeira, portanto patrimônio nacional e, assim, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante o dano perpetrado neste grande Bioma é caracterizado como dano nacional, ensejando a competência do órgão federal; seja porque parte considerável das intervenções se localizam em bens da União, principalmente terrenos de marinha ou nas suas proximidades, ou seja porque, mesmo se admitindo a competência originária da SEMACE este órgão estadual vem conduzindo de forma ineficiente este licenciamento, como se demonstrou, surgindo, nesta situação uma competência supletiva do IBAMA. Desta forma, no presente caso, seja através de uma competência originária, seja mediante o exercício de uma competência supletiva, forçoso se reconhecer a competência do IBAMA para a realização do licenciamento ambiental do empreendimento em questão.

b) Predominância de competências específicas sobre competências genéricas

Tal critério é desenvolvido com percuciência por Luís Roberto Barroso. Segundo o autor, embora haja pontos de contato entre as diversas matérias presentes no rol de atribuições comuns dos entes federativos, a definição de uma competência específica para determinado ente federativo afasta a competência de caráter geral alusiva a pessoas políticas diversas. Eis suas palavras:

É natural que haja pontos de conexão entre as diferentes matérias inseridas nas esferas de competência dos entes federativos. No entanto, a outorga de competência específica a um deles inclui logicamente o poder de dispor sobre questões inerentes à matéria que lhe foi conferida. Sobretudo quando isso se afigure indispensável para o desempenho da competência, cuja realização representa para o seu titular um dever, e não uma mera faculdade. Não se afigura razoável, portanto, que

outros entes, invocando competências genéricas, pretendam inviabilizar ou onerar excessivamente o exercício de competências específicas cometidas à esfera de governo diversa ⁶².

Na linha do raciocínio do autor, fixando a Constituição da República numa competência específica para desenvolvimento de determinada atividade – no seu exemplo, serviços de transporte ferroviário (CF, art. 21, XII, 'd') –, daí decorreriam prerrogativas necessárias à sua implementação, incluindo-se aí o enfrentamento de questões ambientais. Vale dizer, a competência específica em determinada matéria atrairia a competência para o conjunto de demais medidas relacionadas com o desempenho daquela, inclusive no tocante às “repercussões ambientais da atividade”, afastando-se, pelo critério da especialidade, a competência genericamente determinada para a proteção do meio ambiente (CF, art. 23).

Harmoniza o autor, como se pode perceber, a técnica dos poderes implícitos (a outorga de um poder geral sobre determinada matéria implica inexoravelmente o reconhecimento dos meios necessários ao exercício daquele) com os critérios presentes no campo da hermenêutica para a conhecida problemática do conflito entre normas gerais e normas especiais, cuja solução consiste na prevalência da *lex specialis* ⁶³.

Realmente, não faria sentido, por exemplo, outorgar-se a competência específica à União para explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento de minérios nucleares (CF, art. 21, XXIII), mas limitar, em nome do art. 23, VI, c/c art. 30, I e VIII, CF, tais atividades à satisfação dos interesses locais de um determinado município, em cujo território se achem instaladas. Seria subordinar a competência especificamente estabelecida a uma regra de cunho geral. Em tais casos, a atribuição político-administrativa, notadamente no que diz respeito ao plexo *licenciar-fiscalizar-punir*, deverá ser exercida pelo ente federal,

⁶²op. cit., p. 112.

⁶³Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994. p. 95-96.

num único nível de competência, em face da especialidade das disposições correlatas.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Serviço de transporte ferroviário e federação: instituição de padrões ambientais e de segurança. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A competência para multar na nova Lei Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, v. 11, p. 8 e 10-11, jul./set. 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de Direito Municipal*. São Paulo: RT, 1993.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000.

HORTA, Raul Machado. Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KRELL, Andreas J. *Discrecionariade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2004.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora (Direito ponto a ponto), 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1970.

MILANO, Miguel Serediuk. Unidade de Conservação – Técnica, Lei e Ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 100, ano 25, p. 155-156, out./dez.1988.

_____. A competência legislativa e executiva do município em matéria ambiental (a nova organização federal e as atribuições do Município na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 111, ano 28, p. 124-125, jul./set. 1991.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Ed. Petrópolis, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 187, p. 18, jan./mar.1992.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico III

ESPAÇOS NATURAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

Consoante dispõe o art. 225, §1º, III, da Constituição Federal, cabe ao Poder Público “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”.

Na mesma linha, o art. 8º da Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto Legislativo n. 2, de 1994) estabelece que os Estados-partes deverão manter um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica.

A definição de espaços naturais protegidos constitui um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Nesse sentido, a Lei n. 6.938/1981 dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente rege-se por princípios, dentre os quais, a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas (art. 1º, IV). Com a alteração dada pela Lei n. 7.804/1989, introduziu-se, naquele diploma legal, entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal.

A regra constitucional do art. 225, §1º, III, não se referiu apenas às unidades de conservação *stricto sensu*. Ao reportar-se a espaços naturais especialmente protegidos, a Constituição instituiu um **gênero**, remetendo ao legislador infraconstitucional a tarefa de estabelecer diferentes espécies, consoante as

especificidades de cada ecossistema e o grau de proteção necessária. Aliás, o próprio Texto Constitucional já faz alusão a determinados espaços territoriais dignos de proteção especial, elencando-os no §4º do art. 225, CF, quais sejam: a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira.

Considerando-se a expressão “espaços territoriais especialmente protegidos” como **gênero**, podem ser elencadas, destarte, como **espécies**, além dos biomas mencionados no §4º do art. 225, CF, as unidades de conservação típicas, instituídas pela recente Lei n. 9.985/2000, e, ainda, as áreas de preservação permanente, as reservas legais florestais, as terras indígenas e os monumentos naturais tombados, sem prejuízo da eventual instituição de outras áreas merecedoras de especial atenção.

Independentemente de quaisquer classificações, deve-se sublinhar que a concepção de ETEPs atende à necessidade de proteção dos espaços naturais de singular relevância, atraindo a especial atenção do Poder Público como *garante* qualificado de seus componentes. Em linhas gerais, sua finalidade precípua é a promoção da biodiversidade e a manutenção de ecossistemas de peculiar significado ambiental, em prol, inclusive, das gerações vindouras.

1 Regime especial de fruição e de alterabilidade

Por serem áreas representativas de ecossistemas relevantes, a Constituição Federal incumbiu-se de ditar um regime singular de fruição e de modificabilidade em relação aos espaços territoriais e seus componentes singularmente protegidos. De fato, a regra do art. 225, §1º, inciso III, CF, estabelece que sua alteração e supressão somente serão permitidas através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Tal regime alcança, como já destacado, tanto as áreas sujeitas ao domínio público como aquelas pertencentes a particulares. A depender, porém, do grau de proteção

exigível, poderá haver desapropriação, a fim de assegurar integral preservação necessária a determinado tipo de ecossistema.

No que toca ao regime especial de alterabilidade, tem-se que a alteração e/ou supressão de ETEPs somente pode ocorrer por meio de lei. Vale dizer, se, para a criação, existe certa flexibilidade, exigindo-se apenas ato do Poder Público (lei, decreto, resolução), a modificação dos espaços territoriais especialmente protegidos pressupõe lei em sentido formal. O sentido da norma constitucional é, indubitavelmente, assegurar certa rigidez ao regime especial de alterabilidade, propiciando, destarte, maior perenidade aos ecossistemas especialmente tutelados.

Note-se, neste passo, que a lei instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei n. 9.985/2000) estabelece, em consonância com o regime próprio de todos os espaços territoriais especialmente protegidos, que a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica (art. 22, §7º).

Entretanto, o preceito normativo em foco não poderá conduzir à conclusão de que qualquer atividade humana em ETEPs dependa diretamente de autorização legislativa. A interpretação do enunciado em tais termos esvaziaria a ação administrativa, concentrando-a no Parlamento.

De fato, somente lei em sentido estrito poderá prever a alteração, supressão, desafetação de ETEPs ou, ainda, a redução dos seus limites, eis que tais ações implicam modificação visceral no regime e nos objetivos da área protegida. Sem expressa autorização legislativa, é vedado à Administração praticar quaisquer atos tendentes a alterar e/ou suprimir, ainda que parcialmente, os espaços territoriais especialmente protegidos.

Por outro lado, em se tratando de intervenção humana que possa ser compatibilizada com as finalidades, as características e o regime de fruição do

ETPE, torna-se desnecessária autorização legal específica, devendo ser exigido, porém, estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, §1º, IV). É indispensável, porém, que o ato administrativo emanado do órgão competente esteja em consonância com a lei destinada a disciplinar o modo de utilização do espaço territorial.

2 As unidades de conservação

Unidade de conservação, nos termos da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, é

[...] o espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º, I).

Conforme a rubrica da Lei n. 9.985/2000, tal diploma legal propõe-se a regulamentar o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC.

Nesse ponto, jaz uma sensível impropriedade terminológica, pois, a ser observada estritamente a ementa, referida Lei estaria esgotando o conteúdo normativo do inciso III, do §1º, art. 225, CF, considerando como espaços territoriais especialmente protegidos apenas aqueles enumerados no diploma legislativo em tela, os quais são rotulados de unidades de conservação.

Sem embargo de opiniões nessa direção, consideramos, como já salientado no item antecedente, que **unidade de conservação** é espécie do gênero **Espaço Territorial Especialmente Protegido – ETEP**. Assim, é de se entender que o diploma legal instituidor do SNUC não esgota o rol dos espaços territoriais dignos de especial proteção.

As unidades de conservação descritas na Lei do SNUC estão, por evidente, sujeitas a regime especial de alterabilidade e de fruição, nos moldes do que foi acima exposto.

Integrantes de um **sistema**, as unidades de conservação expressam uma ideia de “unidade de sentido”¹. Com efeito, as UCs possuem fundamentos e caracteres próprios, vinculados a um núcleo densificador comum de promoção da biodiversidade e de delineamento de responsabilidades básicas do Poder Público em relação à sua preservação e conservação, bem como de seus componentes, assegurada a participação da sociedade na consecução de seus objetivos primaciais.

Além do especial regime de alterabilidade e de fruição já destacado, a estrutura jurídica que dá suporte às unidades de conservação apresenta os seguintes elementos comuns: individualização, normatividade, afetação, relevância natural e declaração formal. Tais componentes – é importante sublinhar – acham-se presentes noutras espécies de ETEPs, como, por exemplo, nas áreas de preservação permanente e nas reservas legais florestais, ainda que sob o signo da generalidade.

A **individualização** expressa a determinação territorial da unidade, especificando-se os lindes do espaço sob regime especial. Tal elemento ressalta evidente do próprio conceito expresso no art. 2º, I, da Lei n. 9.985/2000, segundo o qual a unidade de conservação terá objetivos de conservação e **limites definidos**.

¹“Um sistema possui duas características básicas: ordem e unidade. Entende-se por ordem um conteúdo racional desenvolvido num processo de consequência lógica. A unidade de um sistema é a sua formação coesa, onde seus elementos são suficientes para formatar um todo. É uma ordem e unidade de sentido. Com a identificação de sentido no interior do sistema, pode-se extrair, de maneira mais eficiente, o conteúdo dos elementos que compõem o sistema. O operador do sistema torna-se, assim, capacitado para uma orientação seletiva, intencionada dos elementos que compõem o todo sistêmico, trabalhando a diversidade de construção do possível”. (DERANI, Cristiane. A Estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei nº 9.985/00. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, Editora Esplanada-ADCOAS & IBAP, v. 5, p. 608, fev. 2001.).

Quanto à **normatividade**, pretende-se externar a existência de regramentos próprios dispendo sobre o regime especial de administração de cada unidade, seus objetivos específicos e as hipóteses de utilização permitidas.

O componente da **afetação** relaciona-se com o elemento anterior, na medida em que daquele deriva a ideia de que cada unidade de conservação “modelada” na Lei n. 9.985/2000 está afetada a uma função ecológica previamente estabelecida, não podendo o Poder Público, através de atos inferiores, desnaturar as finalidades e as características das “áreas-tipo”, tampouco permitir sua utilização de maneira diversa daquela estabelecida para cada qual. Nesse sentido, o art. 28 da Lei n. 9.985/2000 estabelece que são proibidas, nas UCs, “quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos”.

A **relevância natural** encontra-se na essência da tipificação da unidade de conservação. A criação de uma UC pressupõe a presença de significativo valor ecológico de repercussão local, regional ou nacional, devidamente constatado em estudos técnicos. Essa relevância é informada e condicionada pelos objetivos perseguidos pelo SNUC, insertos no art. 4º da Lei n. 9.985/2000², não sendo imprescindível a presença de um atributo de excepcional transcendência ecológica. Pertinente, nesse ponto, é a observação de Herman Benjamin, para quem “relevância natural não implica, genericamente, raridade ou singularidade do bem,

²“Art. 4º - O SNUC tem os seguintes objetivos: I - contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais; II - proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional; III - contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais; IV - promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais; V - promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento; VI - proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica; VII - proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural; VIII - proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos; IX - recuperar ou restaurar ecossistemas degradados; X - proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; XI - valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica; XII - favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico; XIII - proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente.”

podendo ser constituída de elementos comuns, corriqueiros ou até banais da natureza, mesmo quando ausente qualquer endemismo ou particularidade notável”³.

Por **declaração formal**, nas palavras de Ramón Mateo, busca-se, no mínimo, “*un acto administrativo que identifique especialmente el espacio afectado y le adjudique directa o indirectamente el estatuto jurídico que le corresponda*”⁴.

As unidades de conservação são criadas através de ato do Poder Público (art. 22 da Lei n. 9.985/2000), observadas as áreas-tipo desenhadas no diploma legal. Trata-se de um pressuposto de validade formal da unidade. A Lei não especifica a natureza do ato, o que permite a conclusão de que o ato de criação pode emanar de qualquer uma das três dimensões do Poder Público – a executiva, a legislativa e a judiciária. Noutras palavras, o ato formal de criação da unidade de conservação pode corporificar-se em lei, decreto, resolução, ou decisão judicial. Pode ser fruto, também, de termo de ajustamento de conduta, do qual resulte a obrigação de criar uma unidade de conservação.

3 Tipologia

Em se tratando especificamente das unidades de conservação tipificadas na Lei n. 9.985/2000, pode-se apontar a seguinte tipologia, à luz do mencionado diploma legal: unidades de conservação de proteção integral e unidade de conservação de uso sustentável.

Nos termos do art. 7º, §1º, da Lei n. 9.985/2000, as unidades de conservação de proteção integral têm por objetivo primacial preservar a natureza,

³BENJAMIN, Antonio Herman. O Regime Brasileiro de Unidades de Conservação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, n. 21, p. 39, jan.-mar. 2001. Ramón Martín Mateo vai além, acentuando que “*en determinadas categorías de estos espacios pueden incluirse además valores que implican a recursos naturales inertes, a monumentos históricos o a hitos etnográficos de especial significación*” (MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v. III, p. 322.).

⁴MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v. III, p. 323.

sendo vedados o aproveitamento e a exploração dos recursos naturais, admitindo-se apenas o uso indireto deles, com exceção dos casos previstos na lei. As unidades de uso sustentável, por sua vez, visam a compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais (art. 7º, §2º). Essas últimas UCs admitem a exploração e o aproveitamento diretos, de maneira planejada e regulamentada. Em sentido contrário, as unidades de proteção integral são mais restritivas, devendo ser mínimo o grau de intervenção antrópica.

O diploma legal em tela, ao cogitar de unidades de conservação de proteção integral, parece incidir numa *contradictio in terminis*. É que **conservacionismo** e **preservacionismo** encerram, em verdade, concepções distintas: o primeiro pressupõe um valor instrumental da natureza, tornando-a passível de aproveitamento racional; o segundo justifica e impõe um regime de proteção mais rigoroso, tendo em vista o equilíbrio do ecossistema, não admitindo a exploração econômica direta. Dessa forma, as unidades de proteção integral, não sendo suscetíveis de aproveitamento econômico direto, não poderiam ser, a rigor, chamadas de unidades de **conservação**, já que o termo “conservação” sugere a possibilidade de uso econômico direto.

Nada obstante, a Lei do SNUC adotou tal terminologia, estabelecendo categorias de unidades de conservação de preservação (*rectius*, de proteção integral) e unidades de conservação de uso sustentável, as quais são componentes de um Sistema.

Faz-se oportuno referir a cada uma das categorias de unidades de conservação, ainda que de forma perfunctória.

O agrupamento das unidades de conservação de proteção integral possui as seguintes categorias: estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento natural e refúgio de vida silvestre (art. 8º da Lei n. 9.985/2000).

A **estação ecológica** – unidade de conservação de proteção integral – é de posse e domínio públicos. Destinando-se à preservação da natureza e à realização de pesquisas científicas, sendo proibida a visitação pública, exceto em se tratando de objetivos educacionais, de acordo com as disposições do plano de manejo ou do regulamento específico. É permitida a pesquisa científica, sujeita, porém, à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade (Lei n. 9.985/2000, art. 9º, §§2º e 3º).

A **reserva biológica** – unidade de proteção integral – tem como finalidade a preservação integral da biota e dos demais atributos naturais existentes em sua área. Não se admite interferência humana direta, tampouco modificações ambientais, salvo as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo adequadas à recuperação e à preservação do equilíbrio natural, da diversidade biológica e dos processos ecológicos naturais. É de domínio público, razão pela qual as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser objeto de desapropriação. A visitação pública é proibida, salvo quando presentes objetivos educacionais, conforme o regulamento próprio. Admite-se pesquisa científica, mediante autorização prévia do órgão encarregado da administração da unidade (Lei n. 9.985/2000, art. 10, §§1º a 3º).

O **parque nacional** – unidade de proteção integral – tem por finalidade básica a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica. Admite-se a realização de pesquisas científicas, como também o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico, consoante dispuser o plano de manejo. Conquanto o art. 8º da Lei do SNUC refira-se apenas a parques nacionais (instituídos pelo Poder Público federal), os Estados e Municípios têm competência para criar parques, denominados, respectivamente, de parques estaduais e parques naturais municipais (art. 11 da Lei n. 9.985/2000, §§ 1º a 4º).

O **monumento natural** – unidade de proteção integral – tem por objetivo a preservação de sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. Tal

unidade de conservação pode incidir em área de domínio público ou particular. Em se tratando de área particular, ter-se-á uma limitação administrativa, desde que seja possível conciliar os fins da unidade com a exploração do imóvel e de seus recursos naturais, por parte do proprietário. Não sendo possível tal compatibilização, a área deverá ser desapropriada, com vistas a assegurar a plena finalidade da criação do monumento natural (art.12, §§ 1ª a 3ª, da Lei n. 9.985/2000).

O **refúgio de vida silvestre** – unidade de proteção integral – visa à proteção de ambientes naturais destinados à existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória. Pode incidir em área pública ou privada. Tratando-se de área particular, se não houver possibilidade de conciliar os objetivos da unidade de conservação com a utilização da área pelo particular, haverá a necessidade de desapropriação. Admite-se visitação pública, consoante o plano de manejo da unidade. A pesquisa científica é permitida, mediante prévia autorização do órgão responsável pela administração da UC (art.13, §§ 1ª a 4ª, da Lei n. 9.985/2000).

A **área de proteção ambiental** – categoria de unidade de uso sustentável – pode ser constituída por terras públicas ou particulares. Exibe “um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas” (art. 15, *caput*, da Lei do SNUC). Seus objetivos fundamentais são os seguintes: a proteção da diversidade biológica, a disciplina do seu processo de ocupação e a garantia de sustentabilidade da exploração dos recursos naturais. Admitem-se a visitação pública e a pesquisa científica, de acordo com as condições fixadas pelo órgão gestor da unidade (nas áreas sob domínio público), ou pelo proprietário (nas áreas de domínio privado), observadas as prescrições legais (Lei n. 9.985/2000, art.15, §§ 1ª a 5ª).

A **área de relevante interesse ecológico** – unidade de uso sustentável – “é uma área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação

humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional [...]” Sua finalidade precípua é a conservação dos ecossistemas naturais de importância regional ou local e a regulação do uso admissível, consoante os fins de conservação da natureza (art. 16, *caput*, da Lei n. 9.985/2000). Pode ser constituída por áreas públicas ou privadas.

A **floresta nacional** – unidade de uso sustentável – é definida como uma área com cobertura florestal de espécies preponderantemente nativas. Sua finalidade básica é o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas (art. 17, *caput*, da Lei do SNUC). A FLONA é de posse e domínio públicos. Admite-se, em tal categoria de unidade de conservação, a permanência das populações tradicionais, a visitação pública e a realização de pesquisas científicas (art. 17, §§1º a 4º, da Lei n. 9.985/2000). Os estados e os municípios podem criar tais categorias de unidades de conservação, denominando-as de florestas estaduais e municipais, no exercício da competência comum de que trata o art. 23, VII, CF.

A **reserva extrativista** – unidade de uso sustentável – é “uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte [...]” (Lei n. 9.985/2000, art. 18, *caput*). Tem como objetivos básicos a proteção dos meios de vida e da cultura das populações tradicionais, bem como a garantia do uso sustentável dos recursos naturais da unidade. A reserva extrativista é de domínio público, sendo a posse e o uso conferidos às populações tradicionais, mediante contrato de concessão de direito real de uso, na forma a ser estabelecida no regulamento da Lei. Afigura-se indispensável a existência de plano de manejo para o fim de disciplinar a utilização dos recursos naturais, a visitação pública e a pesquisa científica.

No tocante ao uso dos recursos naturais das reservas extrativistas, as populações tradicionais devem participar da preservação, recuperação, defesa e manutenção da unidade de conservação. O uso dos recursos naturais fica sujeito,

ainda, às seguintes prescrições: I - proibição do uso de espécies localmente ameaçadas de extinção ou de práticas que danifiquem os seus habitats; II - proibição de práticas ou atividades que impeçam a regeneração natural dos ecossistemas; III - demais normas estabelecidas na legislação, no plano de manejo da unidade de conservação e no contrato de concessão de direito real de uso (art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.985/2000).

A **reserva de fauna** – unidade de conservação de uso sustentável – é “uma área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos” (Lei n. 9.985/00, art. 19, *caput*). É uma categoria de UC de domínio público, impondo-se, pois, a desapropriação das áreas incluídas em seus limites. Admite-se visitação pública, observadas as condições dispostas no plano de manejo. A Lei definidora da área-tipo veda o exercício da caça, seja amadorística, seja profissional.

A **reserva de desenvolvimento sustentável** – unidade de conservação de uso sustentável – é uma

área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica (Lei n. 9.985/2000, art. 20, *caput*).

A preservação da natureza, a melhoria da qualidade de vida das populações tradicionais, a otimização da exploração dos recursos naturais, a valorização e o aperfeiçoamento das técnicas de manejo empregadas por essas populações são os objetivos básicos dessa categoria de unidade de conservação (art. 20, §1º). Para tanto, deverão ser observadas as condições previstas no art. 20, §5º, e 23, §2º, da Lei do SNUC. É público o domínio da unidade, sendo a posse atribuída às populações tradicionais, nos mesmos moldes preconizados para as reservas extrativistas, a teor dos art. 20, §3º, e art. 23 da Lei n. 9.985/2000.

A **reserva particular do patrimônio natural** (RPPN) tem por finalidade a conservação da diversidade biológica. A RPPN insere-se em área de domínio privado, sendo gravada com o regime de perpetuidade, de acordo com termo de compromisso firmado perante o órgão ambiental e averbado à margem do registro imobiliário.

Antes mesmo da edição da Lei n. 9.985/2000, Toshio Mukai já definia as reservas particulares do patrimônio natural como

unidades de conservação criadas pelo particular (proprietário) que, em imóvel de seu domínio, no todo ou em parte, onde sejam identificadas condições naturais primitivas, semiprimitivas, recuperadas, ou cujas características justifiquem ações de recuperação, pelo seu aspecto paisagístico, ou para a preservação do ciclo biológico de espécies da fauna ou da flora nativas do Brasil, resolve instituir um regime de preservação de tais condições em sua propriedade ⁵.

Há um nítido traço de voluntarismo na criação da unidade, pois que, para tanto, deve haver expressão de vontade do proprietário da área. Caberá, porém, ao órgão ambiental avaliar a existência de interesse público na criação da reserva, traduzido no valor ecológico a ser tutelado. Dá-se, portanto, nas palavras de Paulo de Bessa Antunes, uma “dúplice manifestação de vontade do Particular e do Poder Público, sendo certo que a manifestação de vontade do Poder Público é plenamente vinculada, pois inadmissível seria a declaração de área como unidade de conservação privada sem que existam as condições ecológicas necessárias para tal” ⁶.

Sem dúvida que a atividade da Administração, no tocante à criação de uma RPPN, é vinculada. Constatada a presença de atributos que legitimam o objetivo de conservação da biodiversidade, e ante a manifestação de vontade do proprietário, a Administração deve praticar os atos tendentes ao reconhecimento e criação da unidade, não lhe cabendo recusa sob argumentos de conveniência e/ou oportunidade. Reconhecida a RPPN pela Administração, incide o gravame da

⁵MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 99.

⁶ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 122.

perpetuidade (Lei n. 9.985/2000, art. 21, *caput* e §1º), descabendo qualquer arrendimento posterior do particular. Diante desse aspecto, é inegável que o ato de reconhecimento da RPPN possui também um matiz de imperatividade, na medida em que impõe ao particular um ônus perpétuo, mesmo que não mais seja essa a sua vontade. Prevalecerá, em tal hipótese, o interesse público na conservação da diversidade biológica.

Na RPPN, admitem-se apenas a pesquisa científica e a visitação pública com fins turísticos, educacionais e recreativos (art. 21, §2º, da Lei n. 9.985/2000). Essa restrição evidencia forte contradição no ato de enquadramento da RPPN como unidade de conservação de uso sustentável, pois é a própria lei que prevê somente, como visto acima, o **uso indireto** dessas áreas-tipo ⁷.

O veto apostado ao inciso III do §2º, art. 21, explica a distorção. É que referido inciso previa, entre as atividades permitidas nas reservas particulares do patrimônio natural, “a extração de recursos naturais, exceto madeira, que não coloque em risco as espécies ou os ecossistemas que justificaram a criação da unidade”. Tal dispositivo foi, porém, vetado sob o fundamento de que o

[...] comando inserto na disposição, ao permitir a extração de recursos naturais em Reservas Particulares do Patrimônio Natural, com a única exceção aos recursos madeireiros, desvirtua completamente os objetivos dessa unidade de conservação, como, também, dos propósitos do seu instituidor.

Além disso, o Presidente da República fundamentou o veto no fato de que “tal permissão alcançaria a extração de minérios em área isenta de ITR e, certamente, o titular da extração, em tese, estaria amparado pelo benefício”.

Percebe-se, facilmente, que o inciso vetado autorizaria a inclusão da RPPN entre as unidades de conservação de uso sustentável. Com o veto, as disposições

⁷No mesmo sentido: BENJAMIN, Antonio Herman. O Regime Brasileiro de Unidades de Conservação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, n. 21, p. 46, jan.-mar. 2001; RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. As Reservas Particulares do Patrimônio Natural à luz do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000). *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, ADCOAS e IBAP, ano I, v. 5, p. 626, fev. 2001.

remanescentes do §2º, art. 21, desnaturam por completo o caráter de uso sustentável, convolvendo-se, pois, tal espaço-tipo em unidade de proteção integral. Assim, com as alterações decorrentes do pré-falado veto presidencial, a categoria **RPPN** melhor se encaixa, agora, no rol das unidades de proteção integral.

A finalidade precípua da RPPN, à luz do art. 6º da Lei n. 4.771/1965, era a proteção de florestas⁸. Assim, para que o imóvel particular viesse a contemplar uma RPPN, curial era a existência de formações florestais ainda não preservadas⁹. Com a expressa revogação do art. 6º do Código Florestal (vide art. 60 da Lei n. 9.975/2000), não mais resta dúvida quanto à ampliação do foco de proteção, alcançando as RPPNs não apenas áreas de florestas densas, mas também qualquer que seja o espaço natural eventualmente sujeito a domínio privado (por exemplo, campos, dunas), no qual se evidenciem a intenção do titular e o interesse público na proteção da diversidade biológica existente.

Nada impede, porém, que o Poder Público, vislumbrando outro interesse na proteção do espaço territorial e seus atributos naturais, proceda à desapropriação da área particular já onerada com a RPPN, para ali implantar uma unidade de conservação de domínio público. Em tal hipótese, o gravame da perpetuidade será transferido ao novo titular do domínio, sendo vedada a alteração de sua natureza essencial. Vale dizer, a área deverá ser destinada à implantação de uma unidade de conservação de proteção integral, contemplando a mesma destinação mencionada no art. 21, parágrafo segundo, da Lei n. 9.985/2000, ou seja, pesquisa científica e visitação com fins turísticos, educacionais e recreativos.

⁸Lei n. 4.771/1965, art. 6º: “O proprietário da floresta não preservada, nos termos desta Lei, poderá gravá-la com perpetuidade, desde que verificada a existência de interesse público pela autoridade florestal. O vínculo constará de termo assinado perante a autoridade florestal e será averbado à margem da inscrição no Registro Público”.

⁹Lembra, nesse ponto, Narciso Orlandi Neto: “Nada impede, todavia, que parte da área a ser instituída seja ocupada por vegetação de preservação permanente. O imóvel pode ser floresta não preservada e, ao mesmo tempo, ser banhado por um rio, à margem do qual haja vegetação (Código Florestal, art. 2º, “a”). Haverá, então, RPPN e, dentro dela, vegetação de preservação permanente.” (ORLANDI NETO, Narciso. As reservas particulares e legais do Código Florestal e sua averbação no registro de imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p.190-191).

Além das unidades de conservação elencadas acima, a Lei n. 9.985/2000 institui uma outra modalidade denominada **reserva da biosfera**. Esta, na opinião de Herman Benjamin, configura uma unidade de conservação “extra-sistema”¹⁰. De fato, no rol das unidades de conservação integrantes do Sistema (arts. 7º, 8º e 14 da Lei n. 9.985/2000), não se encontra qualquer menção à reserva da biosfera, o que, aliás, reforça nosso entendimento, anteriormente manifestado, de que os espaços territoriais especialmente protegidos não se restringem apenas às áreas-tipo mencionadas no SNUC.

A reserva da biosfera pode ser constituída por áreas públicas ou particulares. Não se define propriamente como uma unidade, mas sim como um modelo, adotado em nível internacional¹¹, de gestão integrada, participativa e sustentável de recursos naturais (art. 41 da Lei n. 9.985/2000). Pode ser composta por uma ou por várias áreas-núcleo, como também por uma ou por várias zonas de amortecimento e/ou de zonas de transição.

A reserva da biosfera destina-se, precipuamente, à preservação da biodiversidade, ao desenvolvimento de atividades de pesquisa, ao monitoramento ambiental, à educação ambiental, ao desenvolvimento sustentável e à melhoria da qualidade de vida das populações. Tratando-se de um espaço de proteção da **biosfera**¹², é ínsita a ideia de um sistema ecológico integrado, formando uma rede de ecossistemas representativos de valor universal.

A articulação dessa rede mundial envolvendo áreas de relevante interesse ambiental para a humanidade é desempenhada pela UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, através do Programa MaB – *The Man and the Biosphere*, criado no início da década de setenta.

¹⁰BENJAMIN, Antonio Herman. O Regime Brasileiro de Unidades de Conservação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, n. 21, p. 45, jan.- mar. 2001.

¹¹Como ressalta o art. 41, §5º, da Lei n. 9.985/00, a reserva da biosfera é reconhecida pelo Programa Intergovernamental “O Homem e a Biosfera – MAB” (Man and Biosphere), estabelecido pela UNESCO, da qual o Brasil é membro.

¹²Entende-se por biosfera um “sistema ecológico integrado, constituído por todos os organismos vivos sobre a Terra, interagindo com o ambiente físico como um todo”. (KRIEGER, Maria da Graça et alii. *Dicionário de Direito Ambiental: terminologia das leis do meio ambiente*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS; Brasília: Ministério Público Federal, 1998. p. 84).

4 Áreas de preservação permanente

Conforme já acentuado, os instrumentos de proteção das florestas não se prendem apenas à possibilidade de inserção em uma das unidades de conservação previstas na Lei n. 9.985/2000, co-existindo outras estratégias de proteção especial de espaços territoriais. Nesse sentido, vale destacar que a Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei n. 4.771/1965, a qual, revogando o Decreto n. 23.793/1934, instituiu o novo Código Florestal. Neste diploma legal de 1965, consta a referência a dois importantes instrumentos de salvaguarda das florestas: **a área de preservação permanente e a reserva florestal legal.**

O regime de preservação permanente incidente sobre determinadas formações florestais e a reserva legal florestal subsistem independentemente da previsão das unidades de conservação. Noutras palavras, as florestas de preservação permanente e as reservas florestais legais são categorias distintas de instrumentos de salvaguarda ambiental que, embora não se enquadrem necessariamente no conceito de unidade de conservação (sem prejuízo de esta eventualmente abranger aquelas), integram o gênero espaços naturais protegidos ou espaços territoriais especialmente protegidos. A diferença está no fato de o regime das unidades de conservação possuir maior grau de determinabilidade que o daquelas outras categorias.

Partindo-se, então, da concepção de que espaços territoriais e seus componentes protegidos têm a significação de porções de território detentoras de interesse ecológico, revela-se adequada a inserção das **áreas de preservação permanente** e das **reservas florestais legais** na previsão constitucional do art. 225, §1º, inciso III.

O termo **preservação permanente** impõe um caráter de rigorosa proteção, acentuando a maior relevância dessas florestas para o equilíbrio ecológico do sistema. Tal função ambiental projeta-se no campo da higidez dos recursos hídricos, da preservação das paisagens naturais, da proteção da biodiversidade, da

preservação da estabilidade geológica, da garantia do fluxo gênico da fauna e da flora, da proteção do solo e da promoção do bem-estar da coletividade.

É oportuno enfatizar que o regime de preservação permanente referido na Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal) alcança não apenas formações florestais, mas também outras formas de vegetação natural, consoante os critérios ali apontados.

Vale observar, também, que esse regime pode gravar florestas localizadas tanto em áreas públicas como particulares, funcionando, em relação a essas, como uma limitação interna ao direito de propriedade.

As áreas de preservação permanente constituem, com efeito, limites intrínsecos ao direito de propriedade, operando seus reflexos no próprio núcleo definidor do mesmo. Esse direito não pode dissociar-se de seu conteúdo funcional, ditado por vontade expressa da Constituição. Atuando internamente como um atributo ambiental da propriedade, as áreas de preservação permanente penetram na substância do domínio, para estabelecer, na expressão de Flávio Dino, uma ideia de “propriedade intrinsecamente limitada”¹³.

A Lei n. 4.771/1967 reporta-se a dois tipos de florestas de preservação permanente: as florestas de preservação permanente **ex vi legis** e as florestas de preservação permanente **administrativas**. As primeiras decorrem diretamente da previsão legal (art. 2º e §2º do art. 3º), enquanto que as APPs administrativas impescindem de declaração formal por ato do Poder Público (art. 3º).

De acordo com o art. 2º do Código Florestal, são de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural localizadas:

- a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

¹³COSTA, Flávio Dino de Castro e: Desapropriação em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 142, abr.-jun. 2000.

- 1) de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
 - 2) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
 - 3) de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
 - 4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - 5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
- c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados 'olhos d'água', qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.
- i) nas áreas metropolitanas definidas em lei.

Verificam-se, nesse rol, as florestas de preservação permanente, assim consideradas pela só disposição da lei, ou seja, pela direta e expressa manifestação do legislador, sendo desnecessária a edição de qualquer ato administrativo. Trata-se, nesse ponto, de lei de "efeitos concretos" ¹⁴. Acresçam-se a esse rol as florestas existentes em terras indígenas, igualmente sujeitas ao regime de preservação permanente pelo só efeito do Código Florestal (art. 3º, §2º).

¹⁴Assim também se dava em relação às florestas protetoras de que cuidava o Decreto n. 23.793, de 23.01.34. Reportando-se a elas, Osny Duarte Pereira deixou consignado: "Independentemente, porém, de ato governamental, são desde logo matas protetoras e insuscetíveis de destruição, em virtude de sua função hidrogeológica, as matas existentes às margens dos cursos d'água, lagos e estradas de qualquer natureza entregues à serventia pública, nas encostas dos morros, etc." (PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950. p. 190).

Nos termos do art. 3 da Lei n. 4.771/1965, serão também consideradas de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação, quando assim forem declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural, quando destinadas a: a) atenuar a erosão das terras; b) fixar as dunas; c) formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) assegurar condições de bem-estar público.

Nessas hipóteses tratadas no art. 3º, faz-se necessária a declaração do Poder Público federal, estadual ou municipal. Por isso, são denominadas de áreas de preservação permanente (APPs) administrativas, pois “sua concreção final depende da expedição de ato administrativo da autoridade ambiental competente”¹⁵.

Tais disposições possuem profundos reflexos no regime de alterabilidade das florestas de preservação permanente. A modificabilidade (supressão total ou parcial) das florestas de preservação permanente, por motivos de utilidade pública ou interesse social, estava prevista no §1º do art. 3º da Lei n. 4.771/1965, reportando-se, pois, apenas às hipóteses mencionadas nesse dispositivo, ou seja, às APPs administrativas, sem qualquer repercussão nas APPs *ex vi legis* (art. 2º). Isso porque, por uma questão de boa técnica legislativa, a ressalva prevista no parágrafo de um artigo não poderia estender-se à situação contemplada noutro artigo. Ademais, não faria qualquer sentido a lei admitir, de um lado, a existência de florestas de preservação permanente, só por efeito dela, e, de outro, reconhecer a possibilidade de sua supressão total ou parcial.

¹⁵BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5 ANOS APÓS A ECO 92. 1997, São Paulo. *Anais....* São Paulo: Imprensa Oficial, 1997. p. 26.

Assim, seguindo essa ordem de raciocínio, as florestas de preservação permanente decorrentes da previsão normativa do art. 3º do Código Florestal estariam sujeitas à supressão, total ou parcial, mediante ato administrativo, nas condições fixadas no §1º do art. 3º. Quanto às florestas de preservação permanente constituídas pelo art. 2º, só poderiam ser alteradas ou suprimidas por lei em sentido formal.

No que concerne às áreas de preservação permanente, a Medida Provisória n. 2.166-67, de 24.08.2001, deu nova redação ao artigo 4º da Lei n. 4.771/1967, nos seguintes termos:

Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º A supressão de que trata o **caput** deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas "c" e "f" do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e

não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.

Como se pode observar, estabeleceu-se a possibilidade de supressão de vegetação em área de preservação permanente, em se tratando de utilidade pública ou interesse social, por ato do órgão ambiental estadual, com anuência prévia do órgão federal ou municipal do meio ambiente. Prevê-se, inclusive, a supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e mangues, em caso de utilidade pública.

No tocante às nascentes, a Medida Provisória, prevendo a possibilidade de supressão da vegetação nativa protetora, desprezou por completo a função hidrogeológica dela, contrariando expressamente as recomendações constantes da Agenda 21 e da Conferência Internacional sobre Água e Desenvolvimento¹⁶, realizada na Irlanda em 1992. Destoou, ainda, da própria diretriz firmada pelo legislador pátrio, no art.1º, II, da Lei n. 9.433/1997, inserindo, entre os fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, aquele que declara ser a água um recurso natural limitado.

Ora, o reconhecimento da finitude e da vulnerabilidade do bem ambiental **água** impõe medidas radicais no sentido de sua conservação. A Medida Provisória, portanto, navega em direção contrária, pondo em risco as nascentes d'água, ainda que sob o epíteto de uma suposta utilidade pública.

De outra banda, a modificabilidade das áreas de preservação permanente – supressão de vegetação – prevista no art. 4º, *caput*, do Código Florestal, com a redação dada pela M.P. n. 2.166-67, de 24.08.01, em casos de utilidade pública ou interesse social, merece especial atenção. Nos termos do dispositivo apontado, tal supressão é admissível, mediante procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. Em qualquer caso, a supressão decorrerá de ato administrativo do órgão ambiental

¹⁶Entre os princípios ali estatuídos, consta o de que a água é um bem finito e vulnerável, essencial para a manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente.

estadual, “com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente” (§1º do art. 4º).

As alterações introduzidas pelo “legislador provisório” descaracterizam o regime de preservação permanente previsto na Lei n. 4.771/1965. Deu-se perigoso elastério a um importante instrumento de proteção das formações florestais, possibilitando a modificação desses espaços protegidos mediante a manifestação de vontade do administrador. Mais grave, ainda, é a flexibilização desse instrumento de salvaguarda ambiental, ante o que dispõe a Resolução CONAMA n. 369, de 28.03.2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública ou de interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em área de preservação permanente. Aí se vê, nos artigos 2º e 3º, a previsão de atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, de elevado impacto ambiental, que não foram originalmente mencionadas na MP n. 2.166.

A “flexibilização” desse instrumento de proteção do patrimônio ambiental contraria a diretiva constitucional. Ora, não há dúvida de que as áreas de preservação permanente inserem-se no âmbito dos “espaços especialmente protegidos” a que se refere o art. 225, §1º, inciso III, CF. E nesse dispositivo ficou claramente estabelecido que a alteração e a supressão dos espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos somente serão permitidas através de lei. Lei em sentido formal. Nessa linha de raciocínio, a medida provisória não poderia estender ao CONAMA a atribuição para estabelecer outras atividades propiciadoras de intervenção ou supressão de vegetação em APP.

Considera-se, pois, inteiramente compatível com o grau de proteção necessário às áreas de preservação permanente a estipulação de prévia autorização legislativa para a supressão ou alteração desses espaços especialmente protegidos, observados, agora, os balizamentos fixados pelo STF, no julgamento da ADI-MC 3540 / DF, Relator Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo

essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente 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. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

5 Reservas florestais legais

A reserva florestal legal constitui outro importante instrumento de proteção das florestas, estatuído na Lei n. 4.771/1965. Trata-se, no dizer de Édís Milaré, da “destinação de uma porção contínua de cada propriedade rural para preservação da vegetação e do solo”¹⁷. Tal instrumento de salvaguarda legitima-se pela sua relevância na proteção da biodiversidade, assegurando-se a formação de um “banco genético” para as futuras gerações.

Nesse sentido, a Medida Provisória n. 2.166-65, de 24.08.01, alterando disposições do Código Florestal, estabelece a seguinte definição para **reserva florestal legal**: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas” (art. 1º, §2º, III).

¹⁷MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 149.

Pela definição acima, constata-se que as reservas florestais legais são suscetíveis de exploração econômica, diferentemente do que sucede com as florestas de preservação permanente. Proíbe-se, na reserva florestal legal, o **corte raso**, admitindo-se, entretanto, a utilização da cobertura arbórea, mediante a adoção de técnicas de manejo florestal sustentável.

A reserva florestal legal alcança apenas áreas sujeitas ao domínio privado. Esse é, aliás, outro traço que a distingue da floresta de preservação permanente, pois esta pode atingir áreas públicas ou particulares.

Tem-se, também por esse instrumento, a materialização de um “espaço territorial especialmente protegido”, nos moldes cogitados no art. 225, §1º, III, da Constituição Federal. A determinação territorial está balizada pelo Código Florestal, com as modificações introduzidas pela Medida Provisória n. 2.166-67, de 24.08.01.

Não se há de confundir a reserva florestal legal com outras modalidades de “espaços protegidos”. Trata-se, como dito, de uma limitação administrativa de caráter compulsório em relação a todas florestas de domínio privado existentes nas regiões apontadas pelo Código Florestal.

A reserva florestal legal reúne as seguintes características: compulsoriedade, generalidade, gratuidade, perpetuidade, inalterabilidade de destinação e averbação.

Diz-se que a reserva legal é **compulsória** porquanto incide obrigatoriamente sobre todos os imóveis rurais localizados nas regiões mencionadas no art. 16 do Código Florestal (com a nova redação da MP n. 2.080-60/01), nos percentuais mínimos ali estipulados. Observa, a propósito, Narciso

Orlandi Neto que a reserva legal é “obrigatória para todos os imóveis situados nas regiões especificamente protegidas”¹⁸.

A **generalidade** é característica decorrente da disposição inserta no art.16 e incisos da Lei n. 4.771/1965 (com a nova redação). É dizer, a proteção especial resulta da localização geográfica do imóvel, não sendo restrição imposta caso a caso, mas genericamente a todos os imóveis rurais situados nas regiões especificadas.

A reserva legal é, também, **gratuita**, ou seja, de sua imposição não resulta qualquer indenização ao proprietário da área¹⁹.

A **perpetuidade** e a **inalterabilidade da destinação** evidenciam, a seu turno, que, em face do interesse público na proteção das florestas, a restrição é perene e imutável, não podendo ser modificadas a reserva e sua destinação, inclusive nas hipóteses de transmissão do imóvel, seja a que título for, bem como em caso de desmembramentos. A limitação administrativa acompanha o imóvel, para que o interesse na conservação do ecossistema florestal sobressaia e seja resguardado, a despeito dos interesses particulares mais imediatos. Registra Narciso Orlandi Neto que a imutabilidade atende à finalidade da reserva, pois, se houvesse possibilidade de deslocamento, o objetivo da conservação restaria frustrado²⁰. Por isso, afirma: “a reserva legal grava um imóvel perpetuamente, haja ou não desmembramentos, haja ou não alienações”²¹. Dessarte, poderá haver alteração quanto à titularidade do domínio, sem que isso, contudo, interfira na destinação da área da reserva florestal.

¹⁸ORLANDI NETO, Narciso. As reservas particulares e legais do Código Florestal e sua averbação no registro de imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 206.

¹⁹Afirma, nesse sentido, Paulo Afonso Leme Machado que, “considerada a generalidade da obrigação de instituir reservas florestais, não cabe indenização ao proprietário por parte do Poder Público.” (MACHADO, Paulo Afonso. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 642).

²⁰ORLANDI NETO, Narciso. As reservas particulares e legais do Código Florestal e sua averbação no registro de imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 207-208.

²¹Idem, *ibidem*. p. 209.

Noutras palavras, em caso de venda de parte do imóvel em que esteja inserida a reserva legal florestal, se fosse admitida a redefinição do percentual da reserva legal, adequando seu percentual à dimensão da área desmembrada (nova propriedade), estar-se-ia aceitando, por via oblíqua, a redução do espaço territorial protegido, com ofensa adicional às características de imutabilidade e perpetuidade. O direito não pode ser instrumento viabilizador de fraudes, razão pela qual a hipótese de diminuição não deve ser admitida, mantendo-se a limitação administrativa no mesmo percentual, por ser imutável e perpétua.

Como decorrência desse raciocínio, deverá ser instituído um novo percentual de reserva legal para a área remanescente, – porquanto não poderá haver propriedade sem reserva legal florestal –, nos percentuais regularmente estabelecidos, nas regiões apontadas em lei.

Essa é a inteligência que se extrai do art. 16, §8º, da Lei n. 4.771/1965, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.166-67, de 24.08.2001 (“A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código”)²².

No que concerne às exceções aí mencionadas, a MP n. 2.166-67, dando nova redação ao art.16, §5º, estabelece, no inciso I, a possibilidade de redução da reserva legal, na Amazônia Legal, para fins de recomposição, para até cinquenta por cento do imóvel, “excluídas, em qualquer caso as Áreas de Preservação Permanente, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos”. O “legislador provisório”

²²Somente em 1989, com a edição da Lei n. 7.803, é que, sendo modificada a redação dos arts. 16, §2º, e 44, parágrafo único, da Lei n. 4.771/65, passou a ser vedada a alteração da destinação da reserva legal nos casos de alienação ou desmembramento do imóvel. A Medida Provisória n. 1.956-50, de maio de 2000, cuja última versão tomou o n. 2.166-67 (24.08.2001), manteve, em princípio, as características de imutabilidade e perpetuidade na nova redação conferida ao art. 16, §8º, do Código Florestal, estabelecendo a vedação de alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, ressalvadas as situações previstas na Lei.

previu, também, a possibilidade de compensação de reserva legal por outra área equivalente (nova redação do art. 44, III, do Código Florestal), o que arrefece o traço característico da imutabilidade.

Finalmente, a **averbação**. Tal característica representa a obrigatoriedade de proceder-se à averbação do percentual da reserva legal florestal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro imobiliário. Cuida-se de determinar a área da reserva legal, publicizando a existência da limitação administrativa, a fim de assegurar sua imutabilidade e sua observância em relação a futuras transações envolvendo o imóvel.

Convém acentuar que a exigência de averbação não constitui condição de existência da reserva legal florestal. Conforme alerta Narciso Orlandi Neto, não é constitutiva, pois a reserva “existe independentemente da averbação, tanto que grava também os imóveis em poder de posseiros, de pessoas que os exploram legitimamente, mas sem título de propriedade”²³.

O Código Florestal nada estabelecia quanto à participação do Poder Público na tarefa de determinar a localização da reserva legal florestal. Inexistia, também, regulamentação adequada a esse ponto, o que gerava dúvidas em relação a esse aspecto. É de se considerar, contudo, a despeito dessa omissão, que o interesse público na instituição da reserva legal florestal não se compadece com a absoluta autonomia do proprietário ou posseiro na delimitação da reserva legal. A determinação da área reservada ao livre alvedrio do titular do imóvel pode gerar, com efeito, embaraçosas interseções na área da floresta, com a falta de continuidade da cobertura arbórea entre uma e outra propriedade, criando-se “retalhos de mata”. Essa situação de falta de continuidade desatende a própria finalidade da reserva legal florestal, na medida em que esfacela os espaços necessários ao abrigo e proteção da fauna e dificulta a conservação da biodiversidade.

²³ORLANDI NETO, Narciso. As reservas particulares e legais do Código Florestal e sua averbação no registro de imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 214.

Sendo assim, não há dúvida de que o Poder Público deva intervir na tarefa de especialização da área da reserva. Em decorrência desses aspectos, a Medida Provisória n. 2.166-67 conferiu nova redação ao art. 16, §4º, da Lei n. 4.771/1965, estabelecendo que a “localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada”. Segundo, ainda, esse mesmo dispositivo, devem ser considerados, no processo de aprovação da localização da reserva, a função social da propriedade, bem como, se houver, o plano de bacia hidrográfica, o plano diretor municipal, o zoneamento ecológico-econômico, a existência de outras categorias de zoneamento ambiental e, finalmente, a proximidade com outra reserva legal, área de preservação permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

A reserva florestal legal também pode ser localizada em regime de condomínio, respeitado o percentual legal em relação a cada imóvel, nos termos do art. 16, §11, da Lei n. 4.771/1965, com a nova redação dada pela Medida Provisória n. 2.166-67.

6 A questão da (não) indenizabilidade das áreas de preservação permanente e das reservas florestais legais.

Questão que mantém íntima relação com a efetiva proteção jurídica das florestas diz respeito à possibilidade, ou não, de indenização das APPs e das reservas florestais legais, quando de eventual desapropriação das terras em que se incidam tais limitações. Não se pode ter como adequada e eficaz a pretendida tutela jurídica se da implementação dos instrumentos conducentes a tal mister advierem fatores geradores de “enriquecimento sem causa” aos proprietários de terras sujeitas a essas limitações. Em sentido inverso, a estatura constitucional do direito de propriedade impede, por igual, que sua dimensão econômica seja eliminada, sem que resulte daí a respectiva e proporcional indenização.

Nesse passo, vale sublinhar a tradicional dicotomia relativa aos reflexos decorrentes das limitações ao direito de propriedade: a) restrições que

inviabilizam integralmente o exercício do direito de propriedade e b) restrições imanentes à propriedade, que condicionam seu uso consoante a satisfação do interesse público.

Há muito que a doutrina administrativista proclama essa diferença, cujas consequências são substanciais do campo da indenizabilidade. Com efeito, da lição de Rafael Bielsa, colhe-se a seguinte passagem:

Las limitaciones y restricciones establecidas en interés público, existen necesariamente por el solo hecho de la coexistencia de propiedades en una comunidad, pues la seguridad y el bienestar de ésta no pueden ser disminuidos por el uso que se haga desas propiedades. Si las limitacionaes no se consideran sacrificios del derecho de propiedad sino 'condiciones' de su ejercicio, lógicamente es así porque esta categoria de limitacionaes existen con independencia de toda ley o convención que lo disponga, si bien de acuerdo con una regulación administrativa. En otros términos: estas restricciones constituyen un necesario supuesto del reconocimiento del derecho de propiedad y derivan de la propia naturaleza de ese derecho, o sea, de la necesidad de conformarlo a los fines comunes o generales, sin afectar los atributos del derecho subjetivo del propietario²⁴.

Da doutrina pátria, destacamos a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assinalando que nas limitações administrativas,

o proprietário conserva em suas mãos a totalidade dos direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo²⁵.

²⁴BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Sexta edición, Buenos Aires: La Ley, 1965. Tomo IV, p. 372.

²⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 126. Na mesma linha, enfatiza Sonia Rabello de Castro: "As restrições, chamadas de limitações administrativas em sentido estrito, por condicionarem o exercício das faculdades do domínio, não são indenizáveis. Esta regra terá como exceção, indenizando-se, a limitação que, excepcionalmente restritiva, impedir o uso efetivo, inerente e atual de determinada propriedade, esvaziando-lhe o conteúdo econômico de forma absolutamente significativa, acarretando uma verdadeira desapropriação indireta". (CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 140-141). Cf, também, NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 315/316.

Dito isso, convém inserir nesse contexto as limitações concernentes à instituição das áreas de preservação permanente e das reservas florestais legais.

Conforme já frisado anteriormente, o reconhecimento da existência de áreas de preservação permanente e de reservas florestais legais não retira o direito de domínio pleno, tampouco inviabiliza o aproveitamento econômico do bem; apenas compatibiliza-o com a função socioambiental da propriedade, de matriz constitucional, estabelecendo-se um limite interno indissociável do conceito moderno de propriedade.

Trata-se – repita-se – de reconhecer a existência de condições abstrata e genericamente determinadas, consistentes em atributos ecológicos, que não implicam perda da potencialidade econômica da propriedade, mas sim a efetivação de medidas cristalizadoras da sua vinculação socioambiental. São, portanto, autênticos “supostos” do direito de propriedade.

Tais condicionamentos, porque intrínsecos, não retiram do titular do domínio algo de que ele pudesse dispor livremente. Não há esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, porquanto neste (no conteúdo econômico) aqueles atributos ambientais não ingressam como parcelas componentes, mas, antes, já integram o cerne do direito de propriedade.

Conclui-se, então, que não cabe cogitar de indenização em face das limitações internas corporificadas em áreas de preservação permanente, sendo certo que essas, de um modo geral, são insuscetíveis de exploração econômica.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 724.442-RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, deixou consignado que

[...] independentemente da alteração do art. 12 da Lei 8.629/93 pela MP 1.577/97 (atual MP 2.183-56/2001), a jurisprudência firmou-se no sentido de que a indenização deve refletir o valor de mercado do imóvel expropriado, sendo desimportante que a avaliação da terra nua e da cobertura florestal seja efetuada em conjunto ou separadamente,

devendo-se excluir a área de preservação permanente, porque não passível de exploração econômica.

Na mesma linha, o Resp n. 251.315/SP.

Quanto à reserva legal florestal, esta, como sabido, pode ser objeto de exploração econômica, condicionada à aprovação de plano de manejo pelo órgão ambiental, vedado o “corte raso”. Havendo a exploração econômica lícita da reserva legal florestal, com base em plano de manejo, é indenizável a cobertura vegetal, observadas, evidentemente, a necessidade de avaliação inferior, em face da mencionada impossibilidade de “corte raso”, e a limitação (teto) concernente ao preço de mercado do imóvel. Note-se, porém, que o pressuposto da indenizabilidade é a efetiva exploração econômica, e não a mera potencialidade comercial da madeira existente da reserva legal. A propósito disso, no julgamento do Resp n. 608.324/RN, Rel. p/o acórdão Min. João Otávio Noronha, o STJ consignou:

[...] A área de reserva legal de que trata o § 2º do art. 16 do Código Florestal é restrição imposta à área suscetível de exploração, de modo que não se inclui na área de preservação permanente. Não se permite o corte raso da cobertura florística nela existente. Assim, essa área pode ser indenizável, embora em valor inferior ao da área de utilização irrestrita, desde que exista plano de manejo devidamente confirmado pela autoridade competente.

Noutra oportunidade, o STJ, julgando o Resp n. 905.783-RO, Rel. Min. Herman Benjamin, decidiu no mesmo sentido, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. COBERTURA FLORÍSTICA. INEXISTÊNCIA DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA. CÁLCULO EM SEPARADO. INVIABILIDADE. JUROS COMPENSATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA ENTRE 80% DO DEPÓSITO E O VALOR FIXADO NO ACÓRDÃO. ART. 437 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. JUSTA INDENIZAÇÃO. DEPÓSITO INICIAL CONFIRMADO PELO JUDICIÁRIO. ART. 19 DA LC 76/93. SUCUMBÊNCIA DO EXPROPRIADO.

1. A indenização da cobertura florística depende da efetiva comprovação de que o proprietário esteja explorando econômica e licitamente os recursos vegetais, nos termos e limites de autorização expedida de maneira regular. Precedente: REsp 608.324/RN, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 3.8.2007.

2. Na análise do potencial econômico madeireiro, deve-se levar em consideração as restrições legais e administrativas à utilização da propriedade, excluindo-se da base de cálculo as Áreas de Preservação Permanente (arts. 2º e 3º do Código Florestal), as de Reserva Legal sem Plano de Manejo aprovado pelo órgão ambiental competente, bem como as que, por suas características naturais ou por obediência a estatuto jurídico próprio, não podem ser exploradas por conta da vedação de supressão para fins comerciais, de que são exemplos as árvores imune a corte (art. 14,

alínea *b*, do Código Florestal) e a vegetação da Mata Atlântica, primária ou secundária em estágio avançado de regeneração, na moldura da Lei 11.428/2006, dentre outros casos.

3. Na falta de autorização ou licença ambiental e de Plano de Manejo, a exploração de florestas, quando juridicamente possível, não é um direito ou interesse indenizável; ao contrário, se ocorrer, caracteriza ilícito ambiental (Lei 9.605/98), sujeito a sanções administrativas e penais, sem prejuízo do dever de reparar o dano causado, de forma objetiva, nos termos da Lei 6.938/81.

4. Ainda que o valor da indenização, fixado na sentença, corresponda ao montante anteriormente depositado pelo expropriante, incidem juros compensatórios sobre a parcela cujo levantamento não foi autorizado judicialmente (20% do depósito, em regra, conforme art. 6º, § 1º, da Lei Complementar 76/1993), nos termos da jurisprudência do egrégio STF (ADI-MC 2.332/DF). Precedente: REsp 711.593/MA.

5. Tendo a imissão na posse ocorrido após o advento da MP 1.577/97, os juros compensatórios são de 6% (seis por cento) ao ano, até a publicação da liminar concedida na ADIN 2.332/DF (13.09.2001). A partir dessa data, passam a ser calculados em 12% (doze por cento) ao ano, nos termos da Súmula 618/STF. Precedente: REsp 437.577/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, j. 08.02.2006, DJ 06.03.2006.

6. Não se conhece da suposta violação de dispositivos legais não ventilados no acórdão recorrido sequer implicitamente (Súmula 211/STJ).

7. Atende ao postulado da justa indenização o acórdão, adequadamente fundamentado, que fixa seu montante atendendo aos critérios legais (art. 12 da Lei 8.629/93).

8. Tendo o particular contestado o depósito inicial, que acabou endossado pelo Judiciário, configura-se a sucumbência do expropriado, nos estritos termos do art. 19, *caput*, da LC 76/93.

9. Recurso Especial do particular parcialmente provido. Recurso Especial do INCRA de que parcialmente se conhece e a que, nessa parte, se dá provimento.

Em seu voto, o Relator, Ministro Herman Benjamin, acentuou:

Na análise do potencial econômico madeireiro deve-se, pois, levar em consideração as restrições legais e administrativas à utilização da propriedade, excluindo-se da base de cálculo as Áreas de Preservação Permanente (arts. 2º e 3º do Código Florestal), as matas de Reserva Legal que não contem com Plano de Manejo validamente aprovado pelo órgão ambiental competente, bem como as áreas que, por suas características naturais ou de acordo com estatuto jurídico próprio, não podem ser exploradas, caso das espécies consideradas imune a corte ("raras, endêmicas, em perigo ou ameaçadas de extinção, bem como as espécies necessárias à subsistência das populações extrativistas"), nos termos do art. 14, alínea *b*, e de outras submetidas a regime especial (vegetação da Mata Atlântica, primária ou secundária em estágio avançado de regeneração, na moldura da Lei 11.428/2006, dentre outros exemplos).

Logo, assim como na desapropriação urbana não se avalia uma casa ou um terreno pela possibilidade futura e abstrata de em seu lugar se construir um Shopping Center ou loteamento, exceto se o proprietário puder apresentar válida licença urbanística para tanto, também na Zona Rural não basta, para fazer *jus* à indenização, simplesmente alegar e até mesmo comprovar - inclusive com contagem individual de árvores - a existência de cobertura florística de porte arbóreo, em tese, passível de derrubada para venda da madeira. O valor comercial, como aptidão

madeira, dessas árvores depende diretamente da sua explorabilidade, que é um conceito a um só tempo jurídico (= condição legal de corte) e técnico (= condição material de acesso, transporte e mercado).

A rigor, no modelo jurídico-ambiental adotado hoje no Brasil, nenhuma floresta, seja em Reserva Legal ou não, pode ser explorada sem Plano de Manejo e prévio licenciamento ambiental. Na falta de licença ambiental e de Plano de Manejo, a exploração de florestas não é um direito ou interesse indenizável; ao contrário, se ocorrer, caracteriza ilícito ambiental (Lei 9.605/98), sujeito a sanções administrativas e penais, sem prejuízo do dever de objetivamente reparar o dano causado, nos termos da Lei 6.938/81.

Não indenizável, também, é a implantação de unidades de conservação que não suprimam a propriedade privada, nem venham extirpar sua substância econômica.

É conveniente deixar sublinhado, em arremate, que o veto apostado aos incisos I e II do art. 45 da Lei n. 9.985/2000 em nada modificam essa conclusão. O texto do projeto aprovado no Legislativo contemplava, no artigo 45, os incisos I e II, da forma seguinte:

Art. 45 – Excluem-se das indenizações referentes à regularização fundiária das unidades de conservação, derivadas ou não de desapropriação: I - as áreas que contenham vegetações consideradas de preservação permanente, conforme descritas no art. 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; II - as áreas de reserva legal que não forem objeto de plano de manejo florestal sustentado ou estudo de impacto ambiental aprovados pelo órgão competente.

O sentido dos dispositivos era tão-só explicitar no plano normativo aquilo que o sistema jurídico tem consagrado como melhor desenlace para tais questões. O propósito, porém, na avaliação do Chefe do Poder Executivo, poderia implicar riscos à própria higidez dos ecossistemas a serem preservados. Vejam-se as razões do veto:

Quanto ao art. 45, que estabelece as hipóteses em que se excluem as indenizações referentes à regularização fundiária, dois de seus incisos ensejarão efeitos diversos daqueles pretendidos, devido a equívocos de redação. O inciso I ao citar, como não indenizáveis, as áreas que contenham vegetação de preservação permanente, mantém, como indenizáveis, as áreas que, em desrespeito ao disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, tenham sido desmatadas, não contendo mais vegetação de preservação permanente. Tal medida incentivaria, portanto, o desmatamento de áreas de preservação

permanente. Ademais, o inciso II estabelece que serão indenizáveis as áreas de Reserva Legal que forem objeto de plano de manejo. Dessa forma, será incentivada a elaboração de planos de manejo para a exploração desses espaços, o que poderá ensejar uma excessiva exploração das áreas de Reserva Legal. Nestes termos, sugerimos veto aos incisos I e II do art. 45, tendo em vista contrariar o interesse público.

Por outro lado, diferentemente se passa na hipótese de esterilização da utilização econômica da propriedade. Em tal circunstância, o dever constitucional de justa indenização é inexorável. Isso se dá, por exemplo, nos casos de constituição de unidades de conservação que, por sua própria natureza, tenham que passar ao domínio público ou que possuam caráter integral de proteção, tais como: estações ecológicas; reservas biológicas; parques; monumentos naturais (quando não for possível compatibilizar os seus objetivos com o uso da propriedade); refúgios da vida silvestre (também quando não houver compatibilidade entre suas finalidades e as atividades privadas); florestas nacionais; reservas extrativistas; reservas de fauna; reservas de desenvolvimento sustentável²⁶.

²⁶No tocante aos parâmetros de indenização, especialmente no que concerne à cobertura florística, devem ser observadas as balizas concernentes à definição da justeza da compensação, absolutamente atreladas ao preço de mercado do imóvel. Para um exame do tema, ver: COSTA, Flávio Dino de Castro e. Desapropriação em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 139-152, abr.-jun. 2000.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5 ANOS APÓS A ECO 92. 1997, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Imprensa Oficial, 1997. p. 26.

_____. O Regime Brasileiro de Unidades de Conservação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, n. 21, p. 39, 45 e 46, jan.-mar. 2001.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Sexta edición, Buenos Aires: La Ley, 1965. Tomo IV, p. 372.

CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 140-141). Cf, também, NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. Desapropriação em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, ano 5, n. 18, p. 139-152, abr.-jun. 2000.

DERANI, Cristiane. A Estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei nº 9.985/00. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, Editora Esplanada-ADCOAS & IBAP, v. 5, p. 608, fev. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

KRIEGER, Maria da Graça et alii. *Dicionário de Direito Ambiental: terminologia das leis do meio ambiente*. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS; Brasília: Ministério Público Federal, 1998.

MACHADO, Paulo Afonso. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v. III, p. 322.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 149.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 99.

ORLANDI NETO, Narciso. As reservas particulares e legais do Código Florestal e sua averbação no registro de imóveis. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. As Reservas Particulares do Patrimônio Natural à luz do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000). *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, ADCOAS e IBAP, ano I, v. 5, p. 626, fev. 2001.

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico IV

RESPONSABILIDADE CIVIL E MEIO AMBIENTE

Em se tratando de comportamentos lesivos no campo ambiental, a Constituição da República consagrou, no artigo 225, §3º, a concepção de um tríplice cenário de proteção: civil, penal e administrativo. São canais independentes, com mecanismos de controle e sanção próprios, e com possibilidade de atuação concomitante. As atividades nesses diversos terrenos podem desenvolver-se, por seu turno, em três níveis distintos: preventivo, reparatório e repressivo.

No plano da tutela civil, ganham evidência duas dimensões básicas de atuação: a preventiva e a reparatória.

A ênfase reparatória plasmada no preceito constitucional em tela não faz esmaecer a dimensão preventiva que permeia o Direito Ambiental, pois é sabido que a ocorrência de danos ao meio ambiente possui não raro o caráter de irreversibilidade, com reflexos graves nos ecossistemas tutelados. A atuação posterior ao fato, com fins meramente ressarcitórios, não atende à plenitude dos propósitos do Direito Ambiental, podendo tornar inócuo o uso de remédios judiciais no plano civil.

Daí a relevância que se atribui, no âmbito da proteção civil, ao emprego de remédios processuais capazes de evitar eficazmente a produção da lesão, sendo absolutamente pertinente e necessária a concessão de medidas liminares e antecipações de tutela, com o fito de impedir a consumação de danos ambientais, por vezes irremediáveis, mediante a imposição de obrigações de **fazer** ou de **não**

fazer. Sendo inevitável o dano, abre-se ensejo à promoção da responsabilidade civil ambiental.

A impregnação do Direito Ambiental com ingredientes fortemente matizados pela prevalência do interesse público sobre a esfera patrimonial privada contribuiu, na análise de Herman Benjamin, para o “(re)aparecimento da responsabilidade civil, como ingerência jurídica de certo modo atrasada no movimento de proteção ambiental”¹. Nesse ressurgir, a responsabilidade civil tem em vista a promoção de um bem (meio ambiente) de índole difusa, em que perde relevância a discussão sobre os elementos culpa ou dolo, ganhando destaque a identificação do dano e do nexo causal.

É conveniente, porém, estabelecer os contornos do dano ambiental, a fim de que possa ser definida a efetiva necessidade de reparação, bem como a amplitude da responsabilização civil.

1 Dano ambiental

Em que momento pode-se afirmar a existência de um dano ao meio ambiente? Quem é o titular do direito à reparação do dano? Para uma melhor aproximação da ideia de dano ambiental, tenha-se em mente que o dano é um evento gerador de responsabilidade que pressupõe ofensa a um interesse juridicamente tutelado².

A afetação ao bem jurídico meio ambiente, perturbadora de qualquer um de seus elementos componentes, configura dano. Na acepção de José de Sousa Cunhal

¹BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no Brasil e as lições do Direito Comparado. *Lusíada* – Revista de Ciência e Cultura, Porto, Série de Direito, Universidade Lusíada, n. 2, ano 1998, Coimbra: Coimbra Editora, dez. 1999. p. 544.

²DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I. p. 41. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 496).

Sendim, dano ambiental é “a perturbação do estado do ambiente determinado pelo sistema jurídico-ambiental”³.

Mas tal concepção, se levada ao seu extremo, poderia resultar na compreensão de que qualquer intervenção do homem ou alteração por ele causada no patrimônio natural configuraria um dano ambiental sujeito à responsabilização civil, já que toda atividade humana relacionada com a utilização de recursos ambientais gera reflexos no meio natural. Nesses termos, o corte autorizado de espécimes da flora, em regular regime de manejo sustentado, significaria, então, dano ambiental passível de responsabilização, porque um componente do conjunto dos recursos bióticos estaria sofrendo, de certa forma, uma afetação.

Não será, pois, qualquer perturbação capaz de acarretar responsabilidade civil por dano ambiental. Nesse sentido, será necessária a identificação de “princípios de imputação”, sem os quais o dano não é subsumível a uma situação de responsabilidade⁴. A hipótese de dano deve expressar um sentido de anormalidade, a partir da qual o equilíbrio do sistema é atingido. Essa anormalidade deve evidenciar também a extrapolação de *standards* de suportabilidade do sistema ecológico, de molde a abalar sua funcionalidade. A tolerabilidade é o limite entre o uso sustentável e a ruptura do equilíbrio. Assim, é o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico afetado pelo dano que faz nascer a responsabilidade civil.

Assim, consoante analisa Andreas Krell, três características definem os contornos do dano ambiental:

a sua anormalidade, que existe onde houver modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou totalmente, sua propriedade ao uso; a sua periodicidade, não bastando a eventual emissão poluidora, e a sua gravidade, devendo ocorrer transposição daquele limite máximo de

³SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 129.

⁴Idem, ibidem, p. 136.

absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais ⁵.

Frise-se, porém, que mesmo que o dano ambiental advenha de uma atividade esporádica, mas intensa e anormal, que ultrapasse os limites de tolerabilidade, sujeita o agente à responsabilização civil.

Como bem observa José Rubens Morato Leite, a legislação brasileira oferece alguns parâmetros desse limite de tolerância, a partir do qual se tem o dano ambiental passível de responsabilidade. Exemplo típico é a definição legal de poluição, contida no artigo 3º, III, da Lei n. 6.938/1981 (degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos). Vê-se que não é qualquer situação que configura poluição, mas aquela que produz um desses resultados elencados⁶.

Assim, a reparabilidade do dano ambiental está condicionada ao diagnóstico da relevância do impacto no sistema ecológico, traduzido na potencialidade de acarretar a perda ou redução significativa da funcionalidade do elemento componente do ambiente.

Definido esse aspecto, cumpre assinalar que o dano ambiental possui feição dúplice: de um lado, afeta um interesse de titularidade difusa, por ser o meio ambiente um bem de uso comum do povo; de outro, pode malferir interesses particulares, eis que remanesce uma dimensão subjetiva referente à esfera particular do titular do bem lesado.

⁵KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do 'risco integral'. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 28-29.

⁶LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 197.

Tal ambivalência é importante, na medida em que repercute na titularidade de eventual direito à indenização, ou seja: em relação ao bem, visto em sua expressão coletiva, o evento danoso abre ensejo à indenização dirigida a um fundo gerido pelo Poder Público; no tocante ao interesse do particular, enquanto titular do patrimônio afetado, terá ele direito à reparação individual⁷. Nada impede, porém, que o particular aja em defesa do bem em sua feição difusa, por meio de ação popular, nos termos do artigo 5º, LXXIII, CF.

Dessa forma, um incêndio provocado por terceiro, que destrua floresta integrante de reserva legal em área particular, faz nascer para o proprietário direito à reparação, tendo em vista seu interesse individual vinculado à intangibilidade de sua propriedade. Ao mesmo tempo, tal dano afeta interesses de toda a coletividade, no que concerne à conservação das florestas nos espaços sujeitos a especial proteção, dando azo a medidas judiciais conducentes à tutela do “macrobem ambiental”.

2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil em matéria de dano ambiental é de natureza **objetiva**, conforme evidencia a regra do artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, ou seja, independe do elemento **culpa**. A abdicação do pressuposto subjetivo (culpa) decorre da tendência contemporânea de alargamento dos mecanismos de tutela ambiental, levando ao abandono, nesse campo, da clássica concepção de responsabilidade subjetiva (CC, artigo 159), insuficiente à eficaz proteção do meio ambiente no campo civil.

Pode-se afirmar que a natureza objetiva da responsabilidade civil ambiental possui raiz fincada diretamente na Constituição. De fato, o artigo 21, XXIII, inciso c,

⁷Ver: KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do ‘risco integral’. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 24; MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 335; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 101-102.

da Constituição Federal, estabelece que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. O artigo 225, §2º, CF, também sublinha que aquele que explorar recursos minerais está obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, evidenciando apenas a necessidade da relação de causalidade. E da redação do §3º do artigo 225 da Carta, deduz-se a objetivação da responsabilidade civil, pois a expressão “infrator” é usada apenas para relacionar o agente às respectivas sanções penais e administrativas. No tocante à repercussão civil, frisa a regra constitucional que independentemente daquelas sanções, remanescerá a obrigação de reparar os danos causados⁸.

A responsabilidade civil objetiva é, como sabido, fundada no risco, bastando, para sua configuração, o nexo de causalidade entre o comportamento e o resultado danoso. Abstraindo o elemento culpa, o sistema jus-ambiental distancia-se de uma ótica privada, aproximando-se da matriz publicista da responsabilidade civil estatal, como forma de assegurar maior espectro de proteção.

A objetivação da responsabilidade tem por fundamento a ideia de justiça distributiva, isto é, “se um sujeito desenvolve uma atividade perigosa para a sociedade e dela tira benefícios, então é justo que ele suporte os danos que causar, mesmo sem culpa”⁹. Assegura-se, dessarte, com base no princípio da equidade, justa e adequada distribuição dos ônus decorrentes de condutas lesivas ao meio ambiente – bem de uso comum do povo –, sujeitando os beneficiários das atividades aos riscos delas decorrentes.

No tocante à modalidade de responsabilidade objetiva, debate-se a doutrina em torno das teorias do “risco-proveito” e “do risco integral”. Pela primeira, como diagnostica Andreas Krell, admitem-se:

⁸Esta é a conclusão esposada por Jorge Alex Nunes Athias: “Uma análise do dispositivo torna evidente que a ‘ilicitude’ é apurada apenas para o efeito de imposição de penalidades. Quanto ao dever de reparar danos, este seria independente da caracterização ou não da ‘infração’, conforme previsão mesma do texto”. (ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio-ambiente – breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 249).

⁹SANTOS, Cláudia Maria Cruz; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997. p. 143.

fatores capazes de excluir ou diminuir a responsabilidade como: o caso fortuito e a força maior, o fato criado pela própria vítima (exclusivo ou concorrente), a intervenção de terceiros e, em determinadas hipóteses, a licitude da atividade poluidora ¹⁰.

Já de acordo com a teoria do risco integral, tais fatores (caso fortuito, força maior, licitude da atividade, fato de terceiro) seriam irrelevantes para fins de exclusão de responsabilidade. Nessa esteira, o dever de reparar contenta-se com a demonstração da existência da atividade e do dano ambiental daí resultante, prescindindo-se evidentemente da presença do pressuposto subjetivo (culpa). Pela teoria do risco integral, somente não haverá responsabilização se: a) o risco não tiver sido criado; b) não houver dano; c) não houver relação de causalidade entre o ato gerador do risco e o dano¹¹.

Afinal, é adequada a aplicação da teoria do risco integral no campo da responsabilidade civil por danos ao ambiente, ou, ao revés, seria bastante o emprego da teoria do risco administrativo? Alguns exemplos no campo da proteção do patrimônio florestal estimulam a controvérsia.

Suponha-se que o órgão ambiental haja autorizado o desmate de área para exclusiva satisfação de interesse de particular, tendo sido constatado, posteriormente, tratar-se de espaço sujeito a regime de preservação permanente. Em tal circunstância, embora autorizada, a atividade é ilícita, sendo nula a outorga da Administração. Não há dúvida de que o dano é reparável, independentemente da existência ou não de culpa do agente.

Considere-se, por outro lado, que o órgão ambiental tenha autorizado determinado particular a extrair madeira de reserva legal florestal, em regime de manejo sustentado. Em decorrência da exploração madeireira, verificou-se, porém, um desequilíbrio não previsto no ecossistema, ocasionando a mortandade de

¹⁰Ver: KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do 'risco integral'. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 26.

¹¹LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 209.

significativo número de espécimes faunísticos ameaçados de extinção. Em tal hipótese, a atividade era lícita e válido era o licenciamento, tendo sido observados os padrões técnicos exigidos. *Quid juris?*

À luz da teoria do “risco proveito”, a licitude da atividade e/ou a existência de caso fortuito eliminariam, nesse último exemplo, a responsabilização objetiva, não obstante a ocorrência do dano ambiental. A partir da teoria do risco integral, o dano seria indenizável, ante a evidência da relação de causalidade entre o prejuízo e a atividade econômica desenvolvida pelo particular.

Há expressivas considerações reticentes à adoção *tout court* da teoria do risco integral. Andreas Krell sustenta, por exemplo, com substanciosos argumentos, que:

onde o Estado falha em preencher essa função e emite licenças que permitem impactos ambientais nocivos, não é justo repassar a responsabilidade ao particular, especialmente nos casos em que ele podia ser confiante na certidão da autorização e na regularidade e licitude da sua atuação.

Para Krell, deve-se considerar, ainda, o elemento “boa fé”, cuja presença poderá afastar a responsabilização, mormente em caso de dano resultante de atividade lícita ou autorizada pelo Poder Público. Adverte, também, que:

a adoção da teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil pelo dano ambiental iria causar riscos incalculáveis para o empresário, que não poderia mais confiar em licenças válidas concedidas pelos órgãos administrativos¹².

Na mesma esteira, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior pondera ser adequada a admissão das excludentes de responsabilidade por danos ao meio ambiente, porquanto “seria difícil, à luz dos direitos fundamentais, aceitar uma concepção de responsabilidade civil tão abrangente, que pudesse absorver o exercício de vários outros direitos e garantias”. Para ele, o “instituto da

¹²Reporta-se, nesse ponto, o autor à presunção de legitimidade dos atos administrativos e ao princípio da segurança jurídica. Ver: KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do ‘risco integral’. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 28, 31, 35.

responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não pode pretender absorver o *mundo da vida*, dinâmico e sempre mais rico do que o mundo do discurso por definição”¹³.

Sem embargo de tais objeções, a responsabilidade por dano ambiental é definida, a nosso ver, pela teoria do risco integral, sendo irrelevante a licitude da atividade, bem como a ocorrência de caso fortuito ou de força maior¹⁴.

Para chegar-se a essa conclusão, consideremos o fato de todo o sistema *jus-ambiental* encontrar-se fundado na concepção de que a sociedade é, a um só tempo, usuária e guardiã dos recursos naturais. A Constituição Federal sublinha a multicitada característica de ser o meio ambiente um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Tal expressão não possui apenas carga retórica. Dela decorre a natureza transindividual do bem em foco; dela ressalta, também, a perspectiva solidarista que relaciona a utilização dos atributos naturais com o dever de conservação e, principalmente, com os riscos de qualquer conduta que importe em prejuízo ao bem de todos.

Não constitui novidade o fato de que, via de regra, os mecanismos de organização capitalista do sistema econômico internalizam nos custos de sua produção eventuais ônus decorrentes de responsabilidade. Analisam Cláudia Maria

¹³BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 322-323.

¹⁴Essa é, aliás, a opinião majoritária da doutrina brasileira, que abriga a tese da integralidade do risco por ser, inclusive, mais consentânea com o maior grau de efetividade desejável nos mecanismos de proteção do meio ambiente. Cf.: LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 132-133 e 198-199; NERY JÚNIOR, Nélson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 280-281; MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 340-341; ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio-ambiente – breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 245-246; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no Brasil e as lições do Direito Comparado. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, Porto, Série de Direito, Universidade Lusíada, n. 2, ano 1998, Coimbra: Coimbra Editora, dez. 1999. p. 574-575.

Cruz Santos, José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias e Maria Alexandra de Sousa
Aragão, a propósito, que:

as actividades poluentes são, na maior parte dos casos, muito lucrativas para o poluidor, pelo que, como refere Gilles Martin, ‘o agente, conhecendo perfeitamente as consequências dos seus actos, não recua perante elas porque a actividade lesiva é fonte de ganhos substanciais’¹⁵.

O risco de geração de resultados negativos para o ambiente é inerente à atividade econômica, porquanto a lógica capitalista de produção representa uma constante compressão sobre os recursos ambientais¹⁶. Ora, num desdobramento inevitável desse raciocínio, não se pode desvincular o risco inerente à atividade produtiva do dever incondicional de reparação do dano dela decorrente, sob pena de destinar-se, injustamente, o impacto das consequências negativas para a coletividade, reservando ao usuário presente na cadeia causal do dano apenas o proveito do desgaste indevido dos recursos ambientais.

É imponderável, num juízo de equidade, que a licitude da atividade da qual resulte dano ambiental tenha o condão de excluir a responsabilidade civil, pois, dessa forma, estaria sendo atendido apenas o interesse do agente provocador do dano, com o surgimento de pesado ônus social. O risco, destarte, deve ser assumido pelo empreendedor, porquanto é ele quem extrai os benefícios de sua atividade¹⁷. Tem-se aí, mais uma vez, uma solução pautada por critérios de justiça distributiva.

¹⁵SANTOS, Cláudia Maria Cruz; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997. p. 146

¹⁶Na expressão de Ricardo Carneiro, o “problema é que o modo de produção industrial capitalista, por sua lógica intrínseca, tende a subjugar constantemente os limites espaciais e temporais impostos pela natureza, no que se refere tanto aos *inputs* ou insumos do processo econômico como aos *outputs* ou rejeitos que dele resultam e que, de alguma forma, são lançados ou dispostos no meio ambiente”. (CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 50).

¹⁷Citando Moya, Ramón Mateo destaca: “Como se ha puesto de relieve desde la sociología ‘ la categoría del riesgo tiene un papel fundamental en la propia racionalidad capitalista, en el específico lenguaje, desde el que se hace inteligible el mundo en términos empresariales. En una de sus dimensiones fundamentales, el comportamiento económico específicamente capitalista se caracteriza por su pretensión de asumir racionalmente los riesgos necesarios para alcanzar la tasa exigida de beneficios”. (MATEO, Ramón Martín: *Tratado de Derecho Ambiental*. 1. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v. I, p. 167).

Assim, apontam-se as principais características da responsabilidade objetiva por dano ambiental: a) dispensabilidade de pressuposto subjetivo (culpa ou dolo); b) configuração mediante nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano; c) irrelevância da licitude da atividade ensejadora do dano; d) desconsideração de causas excludentes baseadas em cláusulas de não-indenizar, caso fortuito e força-maior.

3 Modos de reparação

Não obstante a importância da responsabilidade civil à proteção eficaz do meio ambiente, nem sempre esse instituto revela-se apropriado aos propósitos anunciados pelo Direito Ambiental, de índole preponderantemente preventiva.

A responsabilidade civil numa feição ressarcitória é insuficiente para promover uma satisfatória proteção do patrimônio florestal. Os reflexos da devastação de uma floresta sobre a diversidade biológica, sobre os inúmeros espécimes faunísticos que nela mantêm seu *habitat*, sobre o clima da região, entre outros impactos, não são substituíveis por uma indenização (compensação monetária).

Cabível, assim, a adoção prioritária de medidas de caráter preventivo, mediante a imposição de um *fazer* ou um *não fazer*, buscando-se evitar a ocorrência do dano, e não apenas repará-lo mediante ação indenizatória. Noutro passo, não sendo possível evitar o impacto negativo, a reparação específica, com a restauração do bem lesado mostra-se mais adequada à efetividade da tutela civil.

Essa tônica restauratória encontra-se presente no texto da Constituição Federal, mais precisamente no artigo 225, §1º, I, em que se imputa ao Poder Público a obrigação de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”. No plano normativo ordinário, o artigo 4º, VII, da Lei n. 6.938/1981 relaciona, entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, a

imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

A recomposição do meio ambiente agredido é sempre a medida mais indicada, porque satisfaz a concepção de que a higidez do meio ambiente é um valor social preponderante em relação à sua (difícil) expressão monetária.

Diferentemente não se dá no Direito português, conforme noticia José de Sousa Cunhal Sendim, comentando o artigo 48 da Lei de Bases do Ambiente: “Uma primeira alternativa, de concretização da restauração natural que designamos por ‘restauração ecológica’, consiste em reparar o dano através da recuperação dos bens naturais afectados”¹⁸. Para Sendim, a tutela ambiental detém um perfil funcional característico sintetizado na ideia de conservação do ambiente enquanto bem jurídico e na manutenção do *status quo* ambiental. Tal concepção é expressão da axiologia ambiental, constituindo-se o objetivo primário da repressão do dano ecológico¹⁹.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que o sistema de proteção jurídica ligado à responsabilidade civil ambiental possui como eixo central o binómio prevenção/restauração do dano, expressando seu objetivo primacial de assegurar a conservação dos bens ambientais tutelados. Tal se justifica, também, pelo fato de o dano ambiental ser de difícil mensuração em dinheiro, mormente aquele causado às florestas, em face dos inúmeros fatores a serem computados na avaliação do dano, relacionados com sua diversificada função ecológica, como também em razão da variabilidade de espécies animais e vegetais, muitas das quais ainda não submetidas a uma rigorosa avaliação técnico-científica²⁰.

Adverta-se, contudo, que restauração específica não corresponde exatamente à reconstituição integral da situação *ante facto*, pois nem sempre isso

¹⁸SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 183.

¹⁹Idem, ibidem, p. 166-177.

²⁰Sobre o assunto, ver: CRUZ, Branca Martins da: Princípios jurídicos e económicos para a avaliação do dano florestal. *Lusíada* – Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito, n. 2, 1998. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 587-597.

será possível. Pense-se, por exemplo, num incêndio que haja consumido milhares de hectares de florestas. Por mais eficientes que sejam as medidas tendentes ao reflorestamento da área degradada, o ecossistema **nunca** será o mesmo, em termos de biodiversidade. Os animais que ali mantinham seu *habitat* natural não mais serão os mesmos, rompendo-se sua cadeia reprodutiva. Ademais, qualquer recomposição florestal plena demandaria décadas – período no qual a floresta íntegra teria mantido seu equilíbrio dinâmico, que não poderá ser reconstituído. Há casos, pois, em que a restauração natural é impossível nos planos técnico e fático.

A partir dessa constatação, articulam-se dois modos de concretização da restauração *in natura*, na dicção de José de Sousa Sendim: a) a restauração ecológica, traduzível na reconstituição de uma situação **funcionalmente** equivalente à anterior, “através da reabilitação ou da restauração dos componentes ambientais”, e com a conseqüente reposição do equilíbrio dinâmico do ecossistema, caso não seja viável a restauração de situação **materialmente** idêntica àquela existente antes do evento danoso; b) a compensação ecológica, mediante a substituição dos recursos naturais lesados por outros equivalentes, ainda que em região distinta, capazes de desempenhar função ecológica equivalente ²¹.

No tocante à compensação ecológica como forma de restauração natural, deve-se observar que a Medida Provisória n. 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, adotou, entre nós, o mecanismo de compensação de reserva legal florestal degradada, que esteja em tamanho inferior ao previsto na norma, “por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia [...]” (redação dada ao artigo 44, inciso III, da Lei n. 4.771/1965).

²¹SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 183-197. O autor apresenta curioso exemplo de restauração funcional do equilíbrio dinâmico em caso julgado na Comarca de Coruche, onde, em razão da derrubada de 27 ninhos de cegonhas, a responsável pelo dano foi condenada a “construir suportes artificiais para colocação de estruturas adequadas à substituição dos ninhos abatidos, visto as tais estruturas permitirem recuperar a função de *habitat* protegida por lei”.

A compensação ecológica, todavia, oferece algumas desvantagens que não podem ser desconsideradas. Com efeito, a fungibilidade a ela subjacente pode satisfazer à capacidade de utilização econômica do bem substituído, mas não atende de forma alguma sua valoração intrínseca, representada pela essencialidade da função ambiental outrora desempenhada pelo bem afetado. Como pondera o multicitado Sendim, “a protecção jurídico-ambiental não visa unicamente à preservação da capacidade de aproveitamento humano dos bens naturais, englobando também a tutela da *capacidade funcional ecológica*”²².

Há, pois, determinadas finalidades ambientais infungíveis, o que torna débil esse mecanismo de restauração natural mediante compensação. Verifique-se, por exemplo, a hipótese de destruição de certa extensão de floresta em uma região. Se tal cobertura florestal estiver cumprindo ali um papel de contenção de processo erosivo de encostas, a compensação mediante reflorestamento noutra área certamente não restaurará eficazmente o dano ambiental causado. Nessa mesma esteira, a redução da bioporosidade do solo, que produz reflexos nas taxas de erosão, não será substituída por meio da compensação. Também não será adequadamente compensável o impacto nos recursos faunísticos na região atingida por determinada intervenção danosa.

Depreende-se daí que poderá haver, independentemente da adoção de medidas de restauração natural, um resíduo de dano não suficientemente compensado, tal como a redução do valor intrínseco do ecossistema atingido. Em tais situações, afigura-se a possibilidade de conjugação da restauração do bem lesado com uma reparação pecuniária, como forma de propiciar, inclusive, uma resposta econômica ao dano, com efeitos dissuasórios em relação a terceiros. E não haverá que se falar em *bis in idem*, uma vez que a indenização em dinheiro corresponderá à parcela do dano que não foi alcançada pela recomposição/compensação.

²²Idem, ibidem. p. 196.

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico V

TUTELA ADMINISTRATIVA DO MEIO AMBIENTE

1 Considerações iniciais

A Constituição da República, no art. 225, §3º, estabelece o tripé sobre o qual se baseia o sistema de responsabilização por danos causados ao meio ambiente, enfatizando que as condutas e atividades nocivas a esse bem jurídico sujeitam os infratores – pessoas físicas ou jurídicas – a sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparação dos prejuízos causados.

Os deveres relacionados com a defesa do meio ambiente sadio põem em relevo o poder punitivo do Estado. Cabe ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente em prol das atuais e das futuras gerações. Em relação ao poder público, desponta a necessidade de ações administrativas – preventivas e repressivas – ideologicamente comprometidas com a efetiva proteção desse bem, ao qual a Constituição Federal confere grau superlativo de relevância.

A Lei n. 6.938/1981, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, já apontava a *ação governamental* como uma estratégia importante à consecução do objetivo de promoção da qualidade ambiental. Deve-se entender por ação governamental o conjunto de medidas destinadas ao cumprimento de uma finalidade que, no caso específico, diz respeito à promoção do direito ao meio ambiente sadio. Tais medidas estão bem delineadas no art. 225, §1º, da Constituição Federal. Vê-se aí, com efeito, um extenso rol de providências de índole positiva e negativa, fixando obrigações de *fazer* e de *não fazer*.

É de se rememorar, antes de tudo, que o poder de polícia constitui, na realidade, função a cargo da Administração com o intuito de salvaguardar a ordem social. Não se está diante de uma faculdade, mas de um dever-poder, já que é incumbência da Administração tutelar a ordem pública¹.

O poder de polícia, ou função de polícia, constitui, para Bielsa, “la acción administrativa necesaria para el mantenimiento del orden público en el sentido de sus manifestaciones exteriores [...]”². Por meio dessa função administrativa e da imposição de balizamentos às atividades individuais ou coletivas, realiza-se a ordem pública.

No plano normativo, merece destaque o conceito de poder de polícia constante do art. 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A partir daí, é possível afirmar que poder de polícia ambiental é a função administrativa que tem por objetivo preservar e conservar o meio ambiente, bem como a responsabilização em face de danos causados, mediante a regulação de atividades individuais ou coletivas, públicas ou particulares e a imposição de um *fazer* ou de um *não fazer*, com vistas à promoção da ordem pública ambiental.

Como se pode perceber, o poder de polícia ambiental, na esteira da regra geral atinente à polícia administrativa, exhibe duas facetas: uma preventiva e outra repressiva. Entretanto, a atividade repressiva da Administração também exhibe

¹No dizer de Eros Grau, “o poder de polícia, em verdade, não é nem prerrogativa nem mera faculdade da Administração, porém função dela, dever-poder que vincula sua vontade”. (GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado ‘direito alternativo’. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, v. 1, p. 95, 1993).

²BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1965. tomo IV, p. 5.

uma feição preventiva em relação ao dano ambiental, máxime pelo caráter educativo ínsito à ordenação social.

Sistematizando o exame da atividade de polícia administrativa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto é da opinião de que o poder de polícia subdivide-a em *ordem de polícia*, *consentimento de polícia*, *fiscalização de polícia* e *sanção de polícia*³. Segundo o autor, pela *ordem de polícia*, a Administração, mediante atos normativos, expede comandos tendentes a não fazer algo que seja contrário ao interesse coletivo. Trata-se de preceito negativo, em face de determinadas atividades incompatíveis com o bem-estar social ou, em se tratando da questão ambiental, com os fins estabelecidos pelas regras de promoção do meio ambiente sadio. A proibição de explorar economicamente as áreas de preservação permanente, a disciplina da utilização racional (vedação do corte raso) das reservas legais florestais, a vedação de atividades econômicas em unidades de conservação de proteção integral, as restrições legalmente estabelecidas para a utilização das unidades de conservação de uso sustentável, a suspensão de autorizações para corte e exploração de espécies ameaçadas de extinção em populações naturais no bioma Mata Atlântica⁴ constituem exemplos desse poder de polícia, calcado no interesse de proteção do patrimônio ambiental.

Por meio do *consentimento de polícia*, segundo o autor, a Administração anui à utilização da propriedade particular ou ao desempenho de uma determinada atividade, exercendo um controle prévio de conformação entre o comportamento e o interesse coletivo tutelado. Na temática ambiental, vamos encontrar a exigência de avaliação de impactos ambientais em caráter prévio ao licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente causadoras de degradação ambiental (CF, art. 225, §1º, IV, c/c Lei n. 6.938/1981, art. 9º, III, e art. 10) como

³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 340.

⁴Resolução CONAMA n. 278, de 18.07.2001, art. 1º “Determinar ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, a suspensão das autorizações concedidas por ato próprio ou por delegação aos demais órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente-SISNAMA, para corte e exploração de espécies ameaçadas de extinção, constantes da lista oficial daquele órgão, em populações naturais no bioma Mata Atlântica, até que sejam estabelecidos critérios técnicos, cientificamente embasados, que garantam a sustentabilidade da exploração e a conservação genética das populações exploráveis”.

forma de exercício dessa função de polícia administrativa. De igual sorte, tem-se a autorização para supressão de vegetação em área de preservação permanente em caso de utilidade pública ou interesse social, prevista no art. 4º, *caput*, da Lei n. 4.771/1965, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.166-67, de 24.08.2001.

Pela *fiscalização de polícia*, a Administração examina a observância dos comandos e restrições legais impostos em prol do bem ou interesse que pretende resguardar, preparando, se for o caso, a atividade repressiva diante de eventuais infrações administrativas encontradas. No que se refere à defesa do meio ambiente, a fiscalização deve assegurar a exploração racional dos recursos naturais, coarctando a atividade predatória. Deve observar, por exemplo, a regularidade dos planos de manejo florestal, com inspeções *in loco*, a origem idônea da madeira transportada e estocada em madeireiras e serrarias, a existência de desmatamentos em terras indígenas e outras áreas de preservação permanente, bem como em unidades de conservação, entre outras ações fiscalizatórias.

Finalmente, considera Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, pela *sanção de polícia*, a Administração exercita seu poder punitivo em face das transgressões evidenciadas em sua atividade de fiscalização. Seria a faceta repressiva da atuação administrativa, a qual, no campo da proteção jurídica do meio ambiente, implicaria a aplicação de medidas corretivas em relação aos comportamentos ofensivos ao meio ambiente. Sendo inevitável a perturbação à ordem pública ambiental e a lesão, ou ameaça, ao bem, abre-se espaço à caracterização da infração administrativa, com a consequente possibilidade de exercício da atividade repressiva.

No enfoque das categorias acima mencionadas, ressalta-se a importância do elemento *auto-executoriedade* no exercício da polícia administrativa, pois a Administração tem o poder de impor suas determinações ao particular, independentemente da intervenção judicial, notadamente nas atividades de

fiscalização, nas quais o agente público não raramente se depara com situações que exigem a adoção de providências imediatas para fazer cessar a conduta nociva ao bem ambiental.

Esse último traço permite distinguir o poder de polícia do poder sancionador do Estado, não obstante – advirta-se – a estreita conexão entre esses, bem como o fato de o segundo ser, em verdade, uma derivação do primeiro.

O poder de polícia exhibe, de forma mais acentuada, um caráter preventivo ou cautelar imediato em relação ao bem tutelado pela Administração, o que não se confunde com a função preventiva geral inerente à sanção/punição por ato ilícito. Enquanto a sanção administrativa em sentido estrito possui finalidade punitiva, como consequência de um ato ilegal, acarretando restrição a um bem ou direito, a atividade inerente ao poder de polícia tem por escopo direto o restabelecimento da ordem pública e da legalidade, ainda que, nesse mister, venha a impor uma privação a bem ou direito da pessoa. Nesse sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez aludem às *sanções de polícia dimanante* – aquelas aplicáveis a quem perturba ou ameaça a ordem pública, como uma extensão da faculdade administrativa de autodefesa – assim como às sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis – por meio das quais a Administração suprime, temporária ou definitivamente, um ato administrativo favorável ou útil ao administrado, como consequência de um comportamento ilegal desse. A finalidade protetora da ordem administrativa está aí presente, pois, como dizem os autores, “a rescisão do ato administrativo anterior pretende fundamentalmente evitar que o culpado possa continuar causando um prejuízo sobre a base de tal ato, outorgado em função de outros fins”⁵.

A atividade sancionadora, enquanto manifestação do poder punitivo do Estado, muito se aproxima do Direito Penal, ante a necessidade, inclusive, de colmatar lacunas e expressar segurança, como será visto adiante. De outro lado, as medidas de polícia, resultantes do poder de polícia administrativa, não têm a feição

⁵GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991. p. 878-879.

de um *castigo-resposta* por ato ilícito, mas sim de restauração da ordem lesionada pela ação ilícita do administrado.

Buscando estabelecer a diferenciação entre as sanções administrativas e as medidas decorrentes do poder de polícia administrativa – medidas de polícia –, Fábio Medina Osório assinala, de forma percuciente, que, conquanto estas possam estar ligadas à prática de uma ilicitude, isso não é suficiente para dar-lhes o colorido de sanção administrativa. E exemplifica:

“[...] quando o Estado veda ao indivíduo um exercício de um direito para o qual não estava habilitado, não há falar-se propriamente em sanção administrativa. Nessa linha de raciocínio, o fechamento ou a interdição de uma atividade iniciada pelo particular sem a necessária autorização do Poder Público não constitui sanção administrativa, pois em realidade se trata de uma medida adotada para o restabelecimento da legalidade, como poder legítimo da Administração”⁶.

Por isso, arremata o autor, há peculiaridades que permitem fazer a distinção entre o poder sancionador típico e o poder de polícia – e, portanto, entre as sanções administrativas e as medidas de polícia –, tais como a tipicidade, legalidade, generalidade das primeiras, assim como a maior flexibilidade da atuação da Administração no estrito exercício do poder de polícia.

Essa diferenciação não significa negar o fato de que o poder sancionador derivou do poder de polícia, sendo, em verdade, comuns as suas origens⁷. Tais aspectos terão importante repercussão na análise do rol das sanções administrativas ambientais, como será visto mais adiante.

2 Aspectos preventivos

A Constituição brasileira contempla a realização de avaliação de impacto ambiental como condição para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Trata-se de exame de

⁶OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 107.

⁷Op. cit. p. 109/110. Vai mais além o autor, tecendo a distinção entre sanção administrativa e as medidas de polícia, medidas rescisórias, medidas de ressarcimento ao erário, medidas preventivas e medidas de responsabilidade na gestão (p. 105/119).

natureza técnico-científica relacionado com o procedimento de licenciamento ambiental, com o objetivo primacial de assegurar-lhe transparência e objetividade, sendo informado pelos princípios da publicidade e da participação comunitária.

Antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, já consagrara a avaliação de impacto ambiental como um dos instrumentos de realização da Política Nacional do Meio Ambiente.

O caráter prévio é atributo essencial e indeclinável dessa atividade, expressando, desta feita, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. Não faria nenhum sentido, com efeito, cogitar-se de uma avaliação *a posteriori*, após a realização da atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente e, quem sabe, após a consumação do dano. Nada impede, porém, que, no curso de uma atividade, surja oportunidade para (re)avaliar impactos ambientais, realizando-se o estudo correspondente.

Colaço Antunes define o instituto da avaliação de impacto ambiental como a “actividade administrativa encaminhada para identificar, descrever e estimar os efeitos que a execução de uma determinada obra causa no ambiente, bem como a adopção das medidas adequadas à sua protecção”⁸. A finalidade perseguida por tal instrumento é a utilização racional e sustentável dos recursos naturais, compatibilizando-a com a proteção do ambiente e prevenindo os efeitos adversos em relação ao bem jurídico em tela.

A avaliação de impactos ambientais não deverá cingir-se, contudo, ao exame da existência ou não de lesividade em relação ao empreendimento proposto, sob pena de a materialização da atividade preventiva amesquinhar-se, correndo o risco de ficar restrita à adoção de medidas mitigadoras e/ou compensatórias do impacto ambiental. A avaliação deve preceder ao momento de implantação do empreendimento, projetando-se para uma fase anterior, em que são definidos os

⁸ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental: para uma tutela preventiva do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 191.

planos, as metas e as políticas de desenvolvimento para as diversas regiões de uma cidade, de um estado ou do País.

Antes de se indagar, portanto, se a atividade em vias de ser licenciada é ou não lesiva ao meio ambiente, cabe ampliar a perspectiva preventiva e questionar as estratégias de desenvolvimento para determinada região, bem como a compatibilidade dos empreendimentos propostos com as políticas públicas de desenvolvimento traçadas.

Das considerações acima postas, exsurge facilmente a ideia de que a avaliação de impacto ambiental, através de seu instrumento de realização – o estudo prévio de impacto ambiental –, constitui importante elemento condicionador da atividade discricionária da Administração. Trata-se da imposição de um limite objetivo à “liberdade de agir” da Administração na tarefa de licenciamento ambiental, exigindo um exame técnico do órgão ambiental e uma decisão necessariamente fundamentada em relação ao acatamento ou rejeição das conclusões esposadas no EPIA/RIMA.

2.1 Aspectos da realização do EPIA/RIMA no Brasil

O estudo prévio de impacto ambiental é um dos instrumentos da avaliação de impacto ambiental em relação às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente (CF, art. 225, §1º, IV, Lei n. 6.938/1981, art. 9º, III).

A Lei n. 6.938/1981, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, remeteu ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) a competência para fixar normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 8º, I). Tem-se, destarte, a Resolução CONAMA n. 001, de 23.01.86, a qual elenca os critérios para a elaboração, aprovação e execução do EIA (art. 6º). Trata-se do estabelecimento de normas gerais, por força

da disposição constitucional inserta no art. 24, §1º, cabendo aos Estados suplementá-las, mas nunca reduzir ou suprimir as exigências ali contidas⁹.

A plasticidade do conceito de impacto ambiental expresso no art. 1º da Resolução CONAMA n. 01/1986¹⁰ não permite a definição em *numerus clausus* das atividades cujo licenciamento dependa de aprovação de EPIA/RIMA. Daí a consequente opção pela enumeração exemplificativa de empreendimentos capazes de causar significativo impacto ambiental, que se vê no art. 2º da citada Resolução¹¹.

O EPIA consiste num diagnóstico ambiental de caráter técnico-científico da área de influência do empreendimento, verificando-se os recursos ambientais que poderão ser modificados. Devem ser analisados o meio físico, o meio biológico, o

⁹ “[...] **MEIO AMBIENTE** - DISCIPLINA NORMATIVA - UNIÃO - ESTADOS. À União cabe baixar as normas gerais sobre a defesa e a proteção da saúde, a abranger as relativas ao **meio ambiente**. A atuação dos Estados mostra-se válida no que não as contrariam”. (STF, AGRAG-152115 / RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; DJU 20.08.93, p. 16.323).

¹⁰ Resolução CONAMA n.º 01/86, art. 1º: “Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais.” Luís Filipe Colaço Antunes oferece o seguinte conceito para impacto ambiental: “Por impacto ambiental deve entender-se a alteração global das condições ambientais originárias e a nova situação referida directa ou indirectamente à intervenção humana considerada” (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*: para uma tutela preventiva do ambiente. Coimbra: Almedina, 1998. p. 316)

¹¹ É oportuno registrar que, nos termos da Resolução CONAMA n. 01/1986, a construção de usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10 MW, está sujeita a prévio estudo de impacto ambiental. Entretanto, a pretexto da grave crise de abastecimento de energia elétrica que veio à tona no ano de 2001, cujos motivos desbordam deste trabalho, o CONAMA editou a Resolução n. 279, de 27 de junho de 2001, criando um licenciamento ambiental simplificado, destinado aos licenciamentos de “empreendimentos elétricos com pequeno potencial de impacto ambiental, aí incluídos: I – usinas hidrelétricas e sistemas associados; II – usinas termelétricas e sistemas associados; III – sistemas de transmissão de energia elétrica (linhas de transmissão e subestações); IV – usinas eólicas e outras fontes alternativas de energia. Como requisito prévio para tal licenciamento simplificado, criou-se o relatório ambiental simplificado – RAS, cujo conteúdo está disposto no art. 2º da citada Resolução. A simplificação dos procedimentos de controle de impactos ambientais, ao par de assegurar “agilidade” na obtenção dos licenciamentos, produz o efeito residual de fragilizar essa atividade preventiva da Administração, tornando-a superficial. A simplificação, destarte, não pode ser vista como sinônimo de superficialidade, sob pena de macular a função preventiva do procedimento em tela. Afora isso, é pouco compreensível, senão enganosa, a afirmação genérica de que a instalação de uma usina hidrelétrica possui pequeno potencial ofensivo. Assim, a Resolução em foco peca até mesmo pela premissa fincada, desafiando o controle judicial no tocante à “flexibilização” dos mecanismos de aferição de impactos ambientais, à luz de cada caso concreto.

meio socioeconômico, além de outros impactos ambientais do projeto. Devem ser apontadas, também, as medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos negativos, bem como propostas de elaboração de programas de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos (art. 6º da Resolução CONAMA n. 01/1986).

O figurino brasileiro assemelha-se ao modelo belga, consistente na elaboração do estudo de impacto ambiental por uma equipe multidisciplinar, às expensas do empreendedor. Referido estudo e o correspondente RIMA (relatório de impacto ambiental) deverão ser submetidos à análise do órgão ambiental competente, para fins de eventual aprovação e licenciamento da atividade¹².

Conquanto a elaboração do estudo seja delegada pelo empreendedor, inafastável é a responsabilidade solidária do titular da obra e dos técnicos incumbidos da elaboração do EPIA/RIMA. De fato, sendo objetiva a responsabilidade civil em matéria ambiental, a atitude do empreendedor que sonega ou distorce informações sobre a natureza e finalidade da atividade pretendida, induzindo a erro os técnicos responsáveis pela confecção do estudo, integra a cadeia causal do ato danoso, atraindo a responsabilização civil.

Ademais, não se olvide o fato de que o titular do empreendimento será beneficiado, em caráter derradeiro, pelos frutos da atividade a ser licenciada. Assim, tanto a equipe técnico-científica como o empreendedor respondem civilmente pelos efeitos do EPIA/RIMA, quando daí resultar atividade que, em linha de rigor, não poderia ser licenciada.

Tal conclusão não exclui a possibilidade de responsabilização do próprio Estado e de seus agentes, em decorrência do licenciamento indevido de atividade, baseado em EPIA/RIMA falho, lacunoso, imprestável, independentemente da verificação de culpa.

¹²Resolução CONAMA n. 01/1986, art. 8º, e Resolução CONAMA n. 237/97, art. 11.

O enfoque da responsabilidade do dono da obra e da equipe multidisciplinar sugere oportuno questionamento sobre o grau de (in)dependência desse corpo técnico-científico, bem como sobre a efetividade do EPIA/RIMA como instrumento preventivo de tutela ambiental.

Afinal, a proximidade da equipe técnico-científica com o titular do empreendimento – que a escolhe, contrata e remunera¹³ – produz riscos de comprometimento da autonomia do corpo profissional encarregado da elaboração do EPIA/RIMA, potencializando a ruptura de credibilidade do trabalho apresentado?

A idoneidade do EPIA/RIMA é, sem dúvida, atributo essencial e indispensável para o correto e legítimo desenrolar do *due process* ambiental. Sem afastar o perigo de indesejáveis generalizações, tem-se que o mecanismo atualmente em vigor em nosso País oferece riscos de comprometimento à isenção e à credibilidade do estudo prévio de impacto ambiental. Tal comprometimento não decorre tanto do fato de a equipe ser remunerada pelo empreendedor¹⁴, mas principalmente pela razão de que é o titular da obra quem a escolhe e acerta os honorários profissionais, estabelecendo um excessivo grau de dependência jurídica e econômica entre o empreendedor e os profissionais responsáveis pela formulação do EPIA.

O incômodo sentimento de dúvida que resulta de tais fatores tem contribuído seriamente para a “burocratização” do trabalho técnico-científico de confecção do EPIA/RIMA, agravando o risco de reduzi-lo a uma peça de índole meramente formal no procedimento de licenciamento de impacto ambiental. A possibilidade de banalização e descrédito desse instrumento não se compatibiliza com sua relevância no contexto da atividade da Administração Ambiental, exigindo uma tomada de posição do Poder Público, de modo a proporcionar a necessária independência e isenção das equipes multidisciplinares incumbidas de tais

¹³Decreto n. 99.274/90, art.17, §2º, e Resolução CONAMA n. 01/86, art. 8º.

¹⁴As perícias judiciais são custeadas pelas partes que as requerem, sem que isso signifique, *per se*, ruptura de independência e seriedade nos trabalhos desenvolvidos pelos *experts*.

trabalhos e, por conseguinte, assegurar a credibilidade dessa ferramenta de controle preventivo da higidez do meio ambiente.

Dessa forma, *de lege ferenda*, a forma de escolha da equipe técnica não deveria ficar adstrita à vontade do empreendedor, tampouco a definição do montante de sua remuneração. Sendo dever da Administração velar pela regularidade do procedimento de licenciamento ambiental, deveria caber a ela a indicação dos profissionais existentes em seus cadastros, para a formação das equipes destinadas à elaboração dos estudos de impacto ambiental¹⁵.

Nessa mesma linha, formulando a indicação de caráter vinculativo em relação ao titular do projeto pendente de licenciamento, a Administração Ambiental deveria assumir o encargo de fixar os honorários da equipe técnica, determinando a forma de pagamento, mediante depósito sujeito à liberação pelo órgão ambiental. Tais mecanismos poderiam contribuir, a nosso ver, para a garantia de independência e credibilidade dos estudos prévios de impacto ambiental, consolidando o aspecto substancial dessa importante atividade preventiva.

Acrescente-se, mais, que a equipe técnica incumbida da elaboração do estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório, embora não possua vínculo funcional com a Administração, desempenha função pública no contexto do procedimento de licenciamento ambiental, sendo peça relevante a ser analisada pela autoridade no momento de licenciar. A natureza de sua atividade é pública, já que público é o procedimento do qual esse estudo faz parte¹⁶.

¹⁵O art. 17, I, da Lei n. 6.938/1981 trata do Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, “para registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a consultoria técnica sobre problemas ecológicos e ambientais e à indústria e comércio de equipamentos, aparelhos e instrumentos destinados ao controle de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.

¹⁶“En este sentido, seguramente, uma de las cuestiones prácticas más importantes es si deben subsumirse en este tipo (y concretamente a propósito de la modalidad de conducta relativa a la emisión de informes) los informes realizados en el marco de **empresas privadas** que tengan atribuida una función de asesoramiento técnico e informe y que condicionen el otorgamiento de licencias. Estas empresas realizan sin duda funciones públicas y, por tanto, desde una perspectiva funcional que, como es sabido, es la determinante en Derecho penal, deberían ser calificadas como ‘funcionarios’ ”.

Tal característica possui relevância no campo da responsabilização penal, ante a amplitude do conceito de funcionário público, previsto no artigo 327 do Código Penal. Assim, os membros da equipe e, até mesmo, a própria pessoa jurídica poderão ser responsabilizados por crime contra a Administração Ambiental, em face de, por exemplo, afirmação falsa ou enganosa, omissão da verdade, sonegação de informações ou dados técnico-científicos, quando da elaboração do documento integrante do procedimento de licenciamento ambiental (Lei n. 9.605/1998, art. 66).

De igual sorte, poderá haver, em tais circunstâncias, responsabilização por ato de improbidade, atentatório aos princípios regedores da boa Administração Ambiental, nos termos da Lei n. 8.429/1992, artigos 1º e 2º, c/c artigo 11).

2.2 O estudo de impacto ambiental e a participação pública

Em consonância com os princípios da publicidade e da participação, o estudo prévio de impacto ambiental (CF, art. 225, §1º, IV) deve ser submetido à discussão pública. Tal providência poderá ser adotada de ofício pelo órgão ambiental licenciador ou a requerimento do Ministério Público, de entidade civil ou de um agrupamento de cidadãos, nos termos das Resoluções CONAMA n. 01/1986 (art. 11, §2º), n. 009/1987 e n. 237/1997 (art. 3º).

A atividade de licenciamento subordina-se a um *due process* ambiental, do qual é momento imprescindível a produção do estudo prévio de impacto ambiental e do seu respectivo relatório. Mas não basta a apresentação do EPIA/RIMA pelo empreendedor, para a plena realização do “devido processo”, é indeclinável a democratização da atuação administrativa, materializada na intervenção direta e obrigatória dos cidadãos interessados no *iter* e na decisão final ¹⁷.

(SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 155)

¹⁷MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1993. p. 90.

A integração dos cidadãos no processo de discussão e licenciamento ambiental reafirma a dimensão social da questão ambiental, cristalizando o preceito contido no art. 225, *caput*, CF (“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...], impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”). Com efeito, embora a decisão final corresponda ao exercício de uma função pública (*stricto sensu*), o processo de busca e identificação do bem público (bem comum) não constitui competência exclusiva dos órgãos estatais, dizendo respeito também e primordialmente à coletividade¹⁸.

Além disso, a participação pública contribui de forma significativa para a ponderação de interesses que haverá de ser exercitada pelo administrador no momento de sua decisão final. Participando e discutindo, a comunidade pode introduzir no procedimento de licenciamento outras implicações ambientais do projeto sob análise, ampliando o leque de opções da Administração Ambiental ao proceder ao balanceamento dos valores em jogo.

Daí a incidência dos princípios da publicidade e da participação pública, que se cristalizam na realização da audiência pública, tal como estabelecido na Resolução CONAMA 009/1987. A audiência pública é a derradeira etapa do procedimento do estudo prévio de impacto ambiental, consubstanciando requisito formal indispensável à validade do ato administrativo de licença ambiental¹⁹.

É absolutamente fundamental que o EPIA analise todos os aspectos concernentes ao projeto e seus impactos no meio físico, biológico e antrópico. Somente com uma análise e identificação precisas do empreendimento é que medidas mitigadoras e compensatórias poderão ser satisfatoriamente apontadas.

¹⁸ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental: para uma tutela preventiva do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 111-112.

¹⁹MILARÉ, Édís e BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1993. p. 51.

A completitude dessa investigação e desse diagnóstico é essencial à efetividade da participação comunitária nas audiências públicas. O caráter essencialmente precautório do EPIA torna indispensável que dele constem todas as informações necessárias ao exame **prévio** da possibilidade de compatibilização do desenvolvimento social e econômico – incluindo-se aí, por evidente, o elemento humano – com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (Lei n. 6.938/1981, art. 4º).

Omissões e distorções no processo de avaliação maculam visceralmente o EPIA, bem como o RIMA a ele atrelado. Se o estudo apresentar-se incompleto, imperfeito, merecendo reparos em pontos essenciais, qualquer avaliação que dele se fizer no contexto de uma audiência pública padecerá também dos mesmos vícios, porquanto não terão sido discutidos pela comunidade todos os aspectos relativos ao empreendimento. E, com sobras de razão, viciada estará a licença ambiental, caso venha a ser deferida com base em um EPIA lacunoso e imperfeito.

A existência de lacunas e imperfeições no estudo prévio de impacto ambiental macula-o estruturalmente, comprometendo a regularidade de seu processo de discussão em audiência pública. Destarte, a consumação desse ato está condicionada ao suprimento de eventuais omissões evidenciadas no estudo, ainda que venham a ser apontadas durante a realização da audiência, motivando sua suspensão, até que sejam sanadas as irregularidades. Portanto, não apenas a dispensa da audiência pública, quando cabível, invalida a concessão da licença (art. 2º, §2º, da Resolução CONAMA nº 09/87), mas, sobretudo, sua realização e encerramento com base em EPIA/RIMA incompleto.

As conclusões esposadas na audiência pública não vinculam a decisão do administrador no tocante ao licenciamento ambiental, mas certamente poderão constituir importantes subsídios para informar sua convicção. Além disso, aqueles indicativos poderão fornecer fundamentos úteis para um eventual controle judicial do ato administrativo, caso venha a ser expedido em desconformidade com eles.

2.3 Licenciamento ambiental

a) Conceito e função

Definido legalmente como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento ambiental constitui um procedimento administrativo destinado a produzir um ato-condição para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como capazes de, sob qualquer forma, causar degradação ambiental (Lei n. 6.938/1981, art. 9º, IV, e art. 10, e Resolução CONAMA nº 237/97, arts. 1º e 2º). Dele constitui pressuposto a realização de avaliação de impacto ambiental, quando se tratar de obra ou atividade causadora de degradação ambiental significativa.

Fácil é perceber a natureza preventiva desse *iter*, na medida em que se trata de uma ferramenta de planejamento e aferição prévios da possibilidade de realização de obra ou atividade.

Para muito além de mera formalidade ou de expressão de “voluntarismo estatal”, o procedimento administrativo do licenciamento ambiental desempenha um relevante papel de mediação e balanceamento entre o exercício do poder público e a participação social, conformando autoridade e democracia participativa. E mais: constitui o procedimento a garantia de realização de um ideal de boa administração, em sintonia com o princípio constitucional da eficiência (CF, art. 37, *caput*).

Assim, ao mesmo tempo em que representa uma garantia de imparcialidade do ato de licenciar, o procedimento “é um instrumento de eficácia e de legitimação

da actividade administrativa, de molde que as suas regras são e devem ser dirigidas também à realização de uma nova legalidade: uma legalidade-justiça” ²⁰.

Conforme já foi acentuado, é a fase do diagnóstico de impacto ambiental, com a garantia de participação comunitária, que expressa de forma mais nítida o valor funcional do procedimento de licenciamento. Como um *príus* legitimante do evoluir do procedimento de licenciamento, o EPIA/RIMA revela que tão importantes quanto o ato final concessivo da licença são as fases de formação da convicção da autoridade administrativa, pois nelas se vão materializando o interesse público²¹, que deverá nortear o deferimento ou não da licença ambiental.

b) Licença ou autorização? Discricionariedade ou vinculação?

A natureza jurídica do ato administrativo culminante do procedimento de “licenciamento ambiental” é assaz debatida na doutrina²². O dissenso, como bem observou José Afonso da Silva, está ligado ao fato de a legislação ambiental usar os termos licença e autorização de forma promíscua, sem atentar ao sentido técnico de cada qual²³. Mas a razão de ser da discussão parece ir mais além, alcançando a própria substância do ato de “licenciar”. Trata-se, aí, de discricionariedade ou de vinculação? ²⁴.

²⁰ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental: para uma tutela preventiva do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 116.

²¹Convém sempre lembrar que interesse público é uma fórmula que padece de imprecisão conceitual, mas que pode ser associada com a ideia de uma “caixa de ressonância entre os diferentes valores de cada membro da sociedade”. (FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 77).

²²A partir desse ponto, o uso das expressões “licenciamento ambiental” e “licença ambiental” obedecem ao critério de sua predominância na doutrina e na legislação, sem que se furte à tarefa investigativa em relação à identificação da natureza do ato, independentemente de seu *nomen iuris*.

²³SILVA, José Afonso da: *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 244.

²⁴Para demonstrar a controvérsia, destaquem-se as posições de Daniel Roberto Fink, André Camargo Horta de Macedo e Ricardo Carneiro, os quais sustentam que a licença ambiental é um ato administrativo vinculado (FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 9-10; CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 113-114). Por outro lado, Paulo Afonso Leme Machado, Toshio Mukai e Vladimir Passos de Freitas assinalam que se trata de ato de natureza discricionária (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 250-251; MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 80-81; FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 75).

A raiz de todo esse embate consiste na determinação da natureza da atividade desenvolvida pelo administrador na tarefa de “licenciar”. E, como fator agravante da controvérsia, pode-se apontar a transposição direta da concepção tradicional de licença vigente no Direito Administrativo (ato administrativo vinculado) para os lindes do Direito Ambiental ²⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, Édis Milaré, ponderando inexistir atos inteiramente vinculados ou inteiramente discricionários, enfatiza as dificuldades existentes em adstringir a concessão da licença ambiental ao raciocínio simplista de “satisfação das exigências legais”, diante da amplitude e complexidade dos aspectos enfocados no procedimento. Assim, o licenciamento não seria nem decisão vinculada nem discricionariedade técnica, mas sim decisão acerca da conveniência do projeto, aproximando o procedimento de outorga das características de uma autorização ²⁶.

Na matriz de toda a discussão, encontra-se a questão da “compreensão” do enunciado contido no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal (“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”). E tal compreensão imprescinde dos “juízos”, individual ou globalmente localizados, acerca da liberdade de atividade econômica, os quais são estabelecidos, inclusive, a partir da identificação do caráter substancial da Constituição ²⁷.

²⁵Nesse sentido, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 97. Tal constatação, por certo, incentivou Analucia Hartmann a ponderar que, “embora ato administrativo, parece encerrar a licença ambiental uma nova categoria, ínsita ao Direito Ambiental propriamente dito [...]” (HARTMANN, Analucia. Licenciamento ambiental e competência administrativa. *O futuro da poluição e da implementação ambiental*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5., 2001. São Paulo. *Anais...* São Paulo: IMESP, de 4 a 7 de julho de 2001. p. 85).

²⁶MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 315/316. Para chegar a tal ilação, Milaré destaca que há, em verdade, uma situação de preponderância, de maior ou menor liberdade deliberativa do seu agente” (idem, *ibid.*).

²⁷Como assinala Jorge Miranda, a posição que as diversas Constituições adotam em relação à iniciativa econômica varia de acordo com sua natureza. Em suas palavras, “nas Constituições liberais, a actividade econômica decorre, desde logo, do exercício do direito de propriedade e reconduz-se a uma liberdade a par das demais liberdades. [...] Nas Constituições sociais não marxistas, subsiste a iniciativa privada, senão como liberdade, pelo menos como instituição; ganha

Num momento histórico que muito se ressentia do bafejo do sopro neoliberal, suscetível, portanto, aos discursos ligados à ideia de mercado e economia livres, sem amarras estatais, seria possível caminhar rumo ao entendimento de que a liberdade de atividade econômica, expressa no enunciado constitucional acima referido, asseguraria o direito subjetivo à obtenção do licenciamento, desde que “preenchidas as formalidades legais”.

Não se olvide, porém, que a interpretação da norma constitucional, apesar de não poder desvencilhar-se da realidade histórica de seu tempo, não deve afastar-se da unidade de sentido da proposição jurídica da Constituição, a qual estabelece os limites da atividade interpretativa e, por conseguinte, os limites de qualquer mutação normativa²⁸.

Nessa linha, a interpretação do enunciado presente no art. 170, parágrafo único, CF, não pode apartar-se dos preceitos constitucionais sinalizadores de que a ordem econômica deve observar, entre outros princípios, a defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI); que a propriedade deve atender a uma função social (*rectius*, função socioambiental) (CF, art. 5º, XXIII c/c art. 170, III), e que o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é direito de todos, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de velar pela adequada exploração dos recursos naturais (CF, art. 225)²⁹.

Ora, essa indissociabilidade aponta para a existência de uma profunda limitação ao exercício da atividade econômica, impondo-se uma compreensão da “liberdade” estatuída no art. 170, parágrafo único, CF, como uma liberdade condicionada por ditames que asseguram a salvaguarda de outros valores fundamentais, entre os quais a defesa do meio ambiente. Noutras palavras, a

vultu a iniciativa pública sob a veste de intervenção directa ou indirecta do Estado, ao serviço das suas tarefas e incumbências fundamentais [...]” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo IV, p. 448).

²⁸Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 23/25.

²⁹Conforme assinala Raul Machado Horta, a ordem econômica e financeira não é ilha normativa dissociada da Constituição, sendo, ao revés, um fragmento dela, uma parte do todo constitucional e nele se integra (HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, p. 20, jul./set. 1991).

anuência da Administração em relação à obra ou ao empreendimento depende da verificação da compatibilidade com a proteção do meio ambiente.

Registre-se, ainda, que a identificação da atividade de licenciamento ambiental como vinculada não permite o desvelamento de todo o complexo embate de interesses e valores que permeiam o procedimento de licenciamento ambiental. Com efeito, imagine-se o licenciamento de uma determinada atividade (por exemplo, usina hidrelétrica), cuja realização implique completa inundação ou desflorestamento intenso de uma área detentora de valor ecológico relevante. Por certo, não bastará afirmar, beirando a precisão aritmética, o cumprimento de “requisitos legais” para a obtenção da outorga, na medida em que a conclusão sobre o pré-enchimento ou não de tais condições pressupõe um formidável exercício de ponderação e balanceamento de interesses e valores.

Logo, não há que se falar em direito subjetivo à obtenção de “licença”, o que afasta a concessão do ato final do procedimento de licenciamento ambiental da concepção tradicional de vinculação³⁰. Direito subjetivo somente haveria se a Administração, sem margem de escolha, tivesse obrigação de expedir o ato, ante a pré-existência daquele.

A Administração Ambiental, contudo, não se submete às pretensões do particular, devendo pautar sua análise e decisão final por critérios ligados ao interesse ecológico. Ademais, o direito ao exercício da atividade somente irá surgir se e na medida em que houver consonância com a defesa do meio ambiente, havendo, antes dessa verificação, um legítimo interesse.

Negado o caráter vinculante do ato de licenciamento, restaria, de outra face, a discussão acerca de sua natureza discricionária. Quanto a isso, pode-se afirmar, como ponto de partida, que a existência de certa dose de liberdade de avaliar e

³⁰É conveniente salientar que, mesmo no terreno da discricionariedade, o fim do ato administrativo é sempre vinculante, já que o objetivo colimado é necessariamente o interesse público, verificável à luz de cada caso concreto. (Ver, a propósito: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 203).

decidir aponta para a presença de uma discricionariedade na atividade desenvolvida pela Administração Ambiental.

A escolha entre opções diversas – existência ou não de impacto ambiental significativo – pode conduzir ao licenciamento ou não da atividade. Vale dizer, o procedimento de licenciamento ambiental, informado por subsídios técnicos relevantes, importará o exame de aspectos ligados ao “quê”, “como” e “quando” da atividade a ser autorizada, daí resultando uma resposta favorável ou não ao empreendedor. Presente a discricionariedade, então, o termo mais apropriado seria autorização, e não licença ambiental, sendo, também, mais pertinente falar-se em “procedimento autorizativo ambiental”.

Todavia, cumpre advertir que a atuação da Administração Ambiental não é absolutamente livre, no tocante à escolha final e aos meios a ela conducentes, notadamente nos casos em que o licenciamento está subordinado à realização de estudo de impacto ambiental. Em tais situações, a “discricionariedade” está visivelmente impregnada por vínculos de natureza técnica que deverão ser adequadamente avaliados e ponderados na fase instrutória do procedimento.

Tais condicionantes de índole objetiva, inerentes ao procedimento de licenciamento, induzem, em linha de princípio, ao reconhecimento de uma chamada “discricionariedade técnica”. Na realidade, é inegável a existência de uma diminuição sobremodo significativa do âmbito da discricionariedade do poder de licenciar atividades econômicas, eis que se trata, agora, não mais de escolher, entre os vários parâmetros legítimos, o mais conveniente, mas sim de optar pelo meio mais adequado para prosseguir o fim estabelecido na lei³¹. A Administração fica, assim, condicionada a parâmetros objetivos “procedimentalizados”, que passam a constituir o *due process* ambiental.

³¹ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental: para uma tutela preventiva do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 258-259). Segundo o jurista, é “visível a ‘redução’ da discricionariedade administrativa propriamente dita em favor da discricionariedade técnica através da fixação de parâmetros objectivos à actividade dos poderes públicos, como acontece com as autorizações ambientais”. (Idem, ibid, p. 197-198).

Os elementos técnico-científicos servirão, então, de suporte à decisão final da Administração. Atento a esse dado, Colaço Antunes chega a admitir que “muitas das hipóteses, de aparente e teórica discricionariedade, representam na realidade uma escolha tendencialmente obrigatória, logo vinculada”. Dito de outra maneira, diante de elementos de natureza técnica e científica, relativos a fatores relevantes para o momento decisório atinente ao licenciamento, haveria uma certa “mecanicidade” na opção final. Seria, então, mais apropriado, na visão do autor, falar-se de uma atividade administrativa vinculada (em concreto), ainda que abstratamente se possa considerar discricionária, uma vez que, por uma série de circunstâncias, a Administração Ambiental poderá realizar de forma legítima apenas uma escolha possível³².

Essa mutação da atividade discricionária, geradora de uma “discricionariedade instrutoriamente objetiva”, vinculada no meio e no fim (defesa do meio ambiente)³³, produziria, ainda, outros reflexos no campo da postura preventiva no ato de licenciar. É que, à luz dos elementos técnicos objetivamente disponibilizados, a Administração, ao aplicar os princípios da precaução e da prevenção, vê-se irremediavelmente compelida a realizar uma adequada ponderação de valores, de molde a definir-se com segurança pela liberação, ou não, da atividade, quando presentes interesses incompatíveis entre si.

Pode parecer contraditório cogitar-se de um balanceamento de interesses, diante de elementos técnicos resultantes de uma avaliação de impacto ambiental, mormente quando estes sinalizarem em sentido contrário ao licenciamento. Todavia, se se pensar na pluralidade de interesses em cotejo, no tocante a uma atividade econômica ou a uma obra de significativa repercussão social, não serão poucos os debates calcados em argumentos de “relevância pública” do empreendimento proposto. Nesse passo, a chamada discricionariedade técnica, ou

³²ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental: para uma tutela preventiva do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 273.

³³Idem, *ibid*, p. 260 e 274.

instrutoriamente objetiva, não poderá prescindir de uma adequada ponderação dos diversos valores em confronto³⁴.

A ponderação entre o valor ambiental e outros interesses em jogo (públicos, difusos ou particulares, v.g. geração de energia, escoamento de produção agrícola, crescimento econômico, exploração do direito de propriedade etc.) encontra-se atrelada à definição de qual tendência metodológica-concretizadora deve ser seguida pela Administração. Noutras palavras, trata-se de desvelar qual deve ser o “peso” atribuído ao bem ambiental, na tarefa de balanceamento³⁵.

Para Toshio Mukai, a “ponderação, no caso, deve permanecer no nível da adequação, da harmonização e da justa medida de sacrifícios dos interessados, sem aniquilar as atividades econômicas, de um lado, e sem causar prejuízos à defesa do meio ambiente, de outro”³⁶.

Acontece que nem sempre será possível obter-se a desejável harmonização, havendo casos em que a opção pela **prevenção** de resultados nocivos ao meio ambiente importará total inviabilização da atividade econômica pretendida. A questão permaneceria insolúvel, clamando por uma justa solução.

A tensão estabelecida não pode olvidar a interpenetração entre as concepções de desenvolvimento sustentável e meio ambiente saudável. Com os olhos postos nessa diretriz, a Administração, com boa margem de razoabilidade,

³⁴Imagine-se, por exemplo, a decisão administrativa referente ao licenciamento de uma usina hidrelétrica que implicará a completa imersão de vasta extensão de floresta dotada de espécies nativas raras e habitada por espécimes faunísticos em extinção. Num momento de grave geração de crise energética no Brasil, qual a melhor opção a seguir?

³⁵Canotilho, a propósito da ponderação ecológica, observa: “Esta ponderação ecológica pressupõe, como é natural, as dimensões básicas do princípio da ponderação de bens e direitos conflitantes, inerentes ao princípio do Estado de Direito. A exigência de ponderação pode sintetizar-se da seguinte forma, tendo sobretudo em conta a sua afinação no âmbito das decisões-plano ambientalmente relevantes: (1) em todas as decisões devem ser tomadas em consideração todos os interesses públicos e privados afectados; (2) todos estes interesses devem ser ponderados, ‘pesados’, ‘medidos’, ‘equacionados’ e ‘articulados’.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controle judicial preventivo*. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Almedina, IDUAL, n. 1, p. 59, 1994.).

³⁶MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 33.

deve assumir o posicionamento conducente à prevalência do resultado mais favorável à proteção do meio ambiente, tendo em vista tratar-se de um critério re-entrante no âmbito do balizamento constitucional da atividade econômica. A Constituição Federal, de fato, no artigo 170, VI, subordina a ordem econômica à defesa do meio ambiente. Sendo assim, estamos diante de um “valor reforçado” que deve preponderar por ocasião do *balancing process*.

O reconhecimento desse inafastável exercício de ponderação ecológica no procedimento de licenciamento ambiental revela que, na realidade, os conceitos de discricionariedade e vinculação são insuficientes para definir a natureza do ato de licenciamento ambiental, levando-nos a concordar com o entendimento de que não é possível, mormente nessa seara, falar-se de um ato puramente discricionário ou puramente vinculado, mas sim de situação de prevalência mais ou menos incisiva da margem de escolha da Administração³⁷.

A expressão “discricionariedade técnica”, por outro lado, em nada melhora o quadro, porquanto escamoteia a percepção do fato de que o momento da ponderação ecológica, determinante da decisão final do administrador, não se dá no terreno da discricionariedade, mas sim no campo da interpretação dos conceitos indeterminados, das cláusulas gerais, que permeiam a atividade essencialmente valorativa da Administração (*v.g.*, interesse público, interesse social, relevância ambiental, dano ecológico significativo etc.).

De fato, se o ato fosse discricionário, não haveria *standards* orientadores da decisão. Porém, como já dito, *standards* existem e efetivamente reduzem a margem de escolha, mas necessitam de adequado balanceamento. Assim, a arena conflituosa na qual se desenvolve o grande embate que irá resultar no “correto” pronunciamento da Administração Ambiental é o terreno da interpretação, onde haverá a superação da indeterminação dos conceitos abertos acima referidos³⁸.

³⁷Ver MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 316.

³⁸GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 159.

Em arremate, conclui-se que o ato “licenciador” mais se aproxima da ideia de autorização ambiental, porque não há direito pré-existente à outorga da Administração. Todavia, não há discricionariedade pura no atuar administrativo, pelos motivos acima enfocados.

É possível, pois, cogitar-se das expressões “licenciamento ambiental” e “licença ambiental”, apenas por critérios de uniformidade doutrinário-normativa, sem perder de vista, porém, a concepção de que a decisão final de todo o *iter* pressupõe a existência de padrões técnico-científicos a serem devidamente sopesados, ponderados, cotejados no jogo da conflituosidade dos interesses plúrimos. Tal ponderação se dá no bojo da atividade interpretativa dos conceitos abertos que traduzem os bens em disputa, impondo-se sempre uma perspectiva tendencialmente favorável à preservação do valor meio ambiente³⁹. A definição da Administração ambiental importará um juízo de legalidade, e não de oportunidade.

c) Etapas do licenciamento

O licenciamento ambiental está dividido em três fases: I – a licença prévia, concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; II – a licença de instalação, que autoriza a instalação do empreendimento ou da atividade consoante às especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constitui motivo determinante e III – a licença de operação, a qual autoriza a operação da atividade ou do empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta

³⁹Registre-se, porém, a posição de Canotilho, para quem o momento de ponderação de bens não implica tanto atribuir um determinado significado normativo ao texto, mas sim equilibrar e ordenar os bens em conflito. Assim, “o balanceamento de bens situa-se à jusante da interpretação”, visando à elaboração de critérios de ordenação para a obtenção da solução adequada e justa em cada hipótese”. (CANOTILHO, J.J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed.. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1162).

das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação⁴⁰.

Considerando que a licença prévia é uma subespécie de licença, integrante, pois, do procedimento de licenciamento ambiental, sua outorga não poderá prescindir da discussão e aprovação do EIA/RIMA, nas hipóteses em que ele for exigível. O estudo, como já enfatizado, deve ser prévio. Tal antecedência há de ser compreendida em relação ao conjunto das etapas do licenciamento, e não apenas ao momento da liberação da operação da atividade ou do empreendimento.

d) Revisibilidade

A licença ambiental, ao contrário do seu paradigma tradicional do Direito Administrativo, não gera direito à preservação da situação vigente à época de sua concessão. Vale dizer, não possui carga de definitividade, estando sujeita a prazos de validade⁴¹ e, ainda, a revisão por interesse relevante ligado à proteção do meio ambiente ou da saúde pública (Lei n. 6.938/1981, arts. 9º, IV, e 10, §1º, e Resolução CONAMA n. 237/1997, art. 19).

Pode-se afirmar, portanto, que o licenciamento ambiental está sujeito ao princípio *rebus sic stantibus*, podendo haver alteração, cassação ou invalidação da licença, em caso de modificação das condições originais que a ensejaram ou de constatação de incompatibilidade com o regramento invocado como supedâneo para seu deferimento.

⁴⁰Decreto n. 99.274/1990 e Resolução CONAMA n. 237, de 19.12.97, art. 8º.

⁴¹Quanto aos prazos de validade, ver art. 18 da Resolução CONAMA n. 237/1997.

3 A responsabilização administrativa

3.1 Aspectos gerais

A atuação tendente à responsabilização no campo administrativo em face de condutas lesivas ao meio ambiente independe da promoção de responsabilidade nas esferas penal e civil, porquanto as instâncias são autônomas.

A intervenção sancionadora se dá mediante a aplicação da sanção administrativa, a partir da caracterização legal de uma infração. Apesar desse timbre punitivo, é possível vislumbrar uma boa dose de prevenção de índole geral na aplicação da sanção administrativa ambiental, tendo em vista o caráter pedagógico ínsito ao exercício do poder sancionador, que espraia seus efeitos em relação ao infrator e aos demais membros da coletividade⁴². Nessa linha, tem-se a possibilidade de conversão da sanção pecuniária em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente (Lei n. 9.605/1998, art. 72, §4º). Essa conversibilidade materializa-se por termo de compromisso firmado perante o órgão competente, de acordo com as disposições dos arts. 139 a 148 do Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008.

A fungibilidade acima apontada, porém, só poderá ter validade e, sobretudo, efetividade, caso os serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental tenham absoluta relação de pertinência com o ato caracterizador da infração administrativa e sejam adequados e suficientes à correção/cessação da degradação evidenciada. Isto porque a teleologia do sistema preventivo e repressivo da Administração Ambiental sinaliza, sempre que possível, para a busca de promoção da qualidade dos ecossistemas afetados. Assim, descabe substituir, por exemplo, a sanção pecuniária pela aquisição de equipamentos ou veículos em

⁴²Assim também em Portugal, onde a ideia de prevenção resulta do artigo 3º da Lei de Bases do Ambiente, expressando que a Administração e os cidadãos devem evitar a degradação do ambiente, porquanto as medidas corretivas ou repressivas são mais onerosas sob o ponto de vista social e econômico (ver SANTOS, Cláudia Maria Cruz; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa; CANOTILHO, J. J. GOMES. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997. p. 191).

favor do órgão ambiental, a pretexto de melhorar sua infraestrutura de fiscalização. Medidas dessa natureza configuram desvio de finalidade, desbordando dos limites legais estabelecidos e sujeitando-se, por isso, à invalidação judicial. Além de estarem eivadas de nulidade, possibilitam a responsabilização do administrador que lançar mão desses mecanismos e se afastar do real propósito da conversão legalmente preconizada.

3.2 Ilícito penal e ilícito administrativo: infrações administrativas ambientais

A infração administrativa não é uma categoria ontologicamente distinta do ilícito penal. Ambos constituem ações ou omissões contrárias ao ordenamento jurídico, em face da violação ou ameaça de lesão a bens juridicamente relevantes. O direito penal comum e o direito administrativo sancionador são derivações do mesmo poder punitivo estatal, o que implica a possibilidade de um mesmo bem ser tutelado simultaneamente por normas de natureza administrativa e penal⁴³. A propósito, em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, a Constituição da República, no art. 225, §3º, deixa bem explícito que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Sendo ontologicamente iguais o ilícito penal e o ilícito administrativo, eis que presente, num e noutro, a ideia de transgressão a um dever pré-existente decorrente de uma conduta do agente, reconhece-se séria dificuldade em estabelecer um fator distintivo seguro e isento de dúvidas. Poder-se-ia afirmar que a diferença entre ambos residiria numa questão de intensidade da reprimenda, reservando-se o campo da atuação do direito penal comum para as situações consideradas de maior gravidade, bem como para os casos em que o bem tutelado assume especial relevo, individual ou coletivo.

⁴³Daniel E. Maljar registra, a propósito, que “*como ramificaciones del género común o supraconcepto que es el poder punitivo del Estado (ius puniendi estatal), se encuentran sus dos manifestaciones: el derecho administrativo sancionador y el derecho penal común, hasta el punto que um mismo bien juridico puede ser protegido tanto por técnicas administrativas como penales.*” (MALJAR, Daniel E. *El Derecho Administrativo Sancionador*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 71-72.

Nessa linha, sendo maior a carga de lesividade existente na conduta antijurídica, o legislador estaria legitimado a enquadrá-la como crime, com sanções de maior gravidade. *A contrario sensu*, a menor ofensividade levaria à capitulação de mera infração administrativa.

Tal critério, todavia, já não se afigura suficiente, apresentando inúmeras “brechas”, a começar pelo fato de, na atualidade, existirem infrações administrativas cuja descrição típica coincide integralmente com tipos penais, como revela a análise comparativa entre crimes contra a fauna e infrações administrativas contra a fauna, crimes contra a flora e infrações administrativas contra a flora, crime de poluição e infração administrativa em face de poluição, entre outras condutas ilícitas. Além disso, há sanções administrativas que, comparadas com sanções penais em sentido estrito, possuem igual ou superior intensidade. Nesse sentido, a Lei n. 9.605/1998 prevê um rol de sanções administrativas restritivas de direitos a pessoas jurídicas que guardam extrema similitude com as sanções penais também aplicáveis a pessoas jurídicas (*cf.* art. 22 e art. 73, §8º).

Uma parte da doutrina também busca estabelecer uma diferença com base no fato de que o fim protetor da ordem administrativa seria de âmbito “doméstico”, circunscrito aos interesses administrativos, voltado para a própria tutela e o respeito da organização e do funcionamento da Administração, ao passo que a potestade punitiva penal se voltaria para a proteção da ordem social coletiva⁴⁴. Entretanto, o processo de formação e desenvolvimento do ordenamento jurídico-positivo tem revelado opções normativas diversas. Com a definição de ilícitos administrativos de conteúdo semelhante ou até idêntico ao de inúmeros tipos penais, a legitimação da resposta estatal referente aos primeiros não mais se dá apenas em razão da repercussão do fato no âmbito interno da Administração. Para muito além de tutelar simples interesses administrativos, imediatos e internos, a infração administrativa e sua respectiva reprimenda têm em vista,

⁴⁴Cf. MALJAR, Daniel E., *op. cit.*, p. 89; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 876-877.

também, a proteção de bens jurídicos de índole difusa, repercutindo, pois, fora da esfera administrativa.

A experiência tem demonstrado que o direito administrativo sancionador também se preocupa com a proteção de bens de interesse coletivo, atuando, inclusive, como mecanismo de reforço à atuação do direito penal. Mais uma vez, calha o exemplo da tutela da ordem pública ambiental, em que a definição de responsabilidade penal, conforme expressa dicção constitucional, ocorre sem prejuízo da responsabilização de índole administrativa, havendo, em muitos casos, coincidência de tipificação de um e de outro matiz, em face do mesmo bem jurídico.

Sendo assim, a capitulação de determinada conduta como crime ou como infração administrativa expressa, cada vez mais, mera opção legislativa, como, aliás, já assinalou Pontes de Miranda, lembrando que “as conseqüências dos atos ilícitos são criações das regras jurídicas, para os reprovar”⁴⁵.

Essa origem comum do direito penal e do direito administrativo sancionador produz importantes consequências no terreno da formulação dos tipos infracionais administrativos. Sim, pois, decorrendo do mesmo tronco – o poder repressivo do Estado –, há profundos traços semelhantes na configuração de ilícitos penais e ilícitos administrativos e, portanto, de suas respectivas sanções administrativas. Resulta daí que os princípios que norteiam o funcionamento do direito penal comum inspiram e orientam, com algumas variações que serão adiante apontadas, a atuação do legislador e do intérprete-aplicador no campo da responsabilização administrativa, já que se cuida, também aqui, de impor reprovações, por vezes severas, cuja legitimidade no Estado democrático de direito está condicionada à existência de garantias contra o arbítrio, historicamente conquistadas em nome da segurança e das liberdades públicas⁴⁶.

⁴⁵MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 129.

⁴⁶Anotam García de Enterría e Tomás Ramón Fernandez que “essa vasta ausência na legislação de uma parte geral das infrações e sanções administrativas não pode ser interpretada como uma habilitação à Administração para uma aplicação arbitrária e grosseira de suas faculdades repressivas, senão que se trata de uma lacuna que deve integrar-se necessariamente com técnicas próprias do Direito Penal ordinário.” (op. cit., p. 891).

É necessário sublinhar, entretanto, que, sem embargo da matriz comum, a existência de especificidades no direito administrativo sancionador e, também, no direito penal ordinário, impõe redobrada atenção na tarefa de aplicação dos postulados deste na área de incidência daquela vertente do poder punitivo estatal. A simples “importação” de postulados e preceitos normativos próprios do direito penal para aquele outro campo pode comprometer a ideia de que o direito administrativo sancionador é, antes de tudo, expressão do direito administrativo.

A primeira dessemelhança a ser apontada é o fato de que as consequências próprias da incidência do direito penal comum – as sanções penais – estão a cargo do Judiciário, ao passo que as sanções administrativas são aplicáveis pelos próprios órgãos que compõem a Administração Pública.

Um segundo ponto que merece ser destacado é que a infração administrativa não exige necessariamente a produção de um dano efetivo ao bem jurídico, contentando-se com a inobservância das regras que tutelam os interesses veiculados pela Administração. Por sua vez, apesar de receber cada vez mais – sobretudo em matéria ambiental – os influxos do princípio da prevenção, buscando antecipar-se à lesão ao bem mediante a adoção de tipos de perigo, o direito penal comum atua, via de regra, *ex post facto*, caracterizando-se, acentuadamente, pela ideia de lesão ao bem jurídico, de ocorrência de um dano concreto, em razão do que surge a incidência da norma punitiva⁴⁷. Em razão desses aspectos, registra Daniel E. Maljar, aludindo à ordem jurídica espanhola, que o Tribunal Constitucional da Espanha considerou

aplicables, sin perjuicio de las oportunas modulaciones, los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador (art. 24.1. Constitución Española – CE), en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de esse precepto y la seguridad jurídica y en tanto resulten compatibles con su naturaleza, lo que determina que la translación de una e outra rama del derecho debe

⁴⁷Isso não significa negar o caráter preventivo presente na definição de um determinado comportamento como crime. Como registra Roxin, “o fim político-criminal de uma ameaça abstrata de pena é preventivo-geral: através da capitulação de um determinado comportamento em um tipo penal deve o indivíduo ser motivado a omitir o comportamento ali descrito (e, nos delitos omissivos, a realizar a ação devida”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 233-234.

realizar-se con suma cautela atenuado rigor y maior flexibilidad, no pudiendo hacerse mecánicamente, esto es, sin ponderar sus diferencias⁴⁸.

Feitas tais considerações, vejamos, agora, quais os principais postulados presentes no direito penal comum que também têm incidência no campo do direito administrativo sancionador e suas respectivas modulações.

3.3 Os princípios da legalidade e da tipicidade e suas modulações à luz do direito administrativo sancionador

A abordagem desse tema será feita a partir do artigo 70, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, que estabelece: “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.” Tem-se aí uma norma infracional em branco, balizadora da atividade punitiva no campo do direito administrativo, em plena consonância com os princípios da legalidade e da tipicidade. Vejamos as razões dessa assertiva.

3.4 Princípio da reserva legal

A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Esse princípio – traduzido na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* – constitui uma *garantia* dos indivíduos contra o arbítrio, evitando o elemento surpresa no juízo de reprovabilidade estatal. Protege-se a liberdade individual e confere-se, ao mesmo tempo, segurança jurídica, já que propicia o prévio conhecimento de todos acerca da esfera de ilicitude, bem como a predeterminação do comportamento de forma a evitar a deflagração da atividade repressiva do Estado. Pelo princípio da legalidade, a atividade punitiva torna-se certa e previsível, revestindo-a de legitimidade democrática.

⁴⁸Op. cit., p. 73-74.

Como elemento de garantia contra eventual ação arbitrária do Estado no campo da atividade coativa, o princípio da legalidade não poderia ficar adstrito ao direito penal comum. O ilícito administrativo – igual manifestação do poder punitivo estatal – também está condicionado por esse princípio. Na Espanha, a propósito, a Constituição é explícita quanto a isso, estabelecendo, no art. 25.1., que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

No Brasil, deve observar-se o princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo sancionador, inclusive em face da garantia sediada no art. 5º, II, da Constituição da República. As infrações administrativas e suas respectivas sanções devem decorrer de lei em sentido formal, como emanção do próprio do Estado democrático de direito, assegurando-se certeza e previsibilidade ao sistema jurídico punitivo⁴⁹.

Há que se estabelecer, porém, algumas variações no campo do direito administrativo sancionador. Se é certo que, por força do postulado da legalidade, a lei deve dar suporte para a infração e veicular o quadro de sanções, não menos correta é a desnecessidade de a lei veicular uma descrição completa, fechada. Dito de outra forma, não se há de exigir que a descrição legal da infração seja exaustiva, pois até mesmo o direito penal convive com formulações de tipos abertos e normas penais em branco. A lei deve expressar o fato, mas a necessidade de garantir uma ação mais ágil e flexível da Administração impõe e legitima a pendência de complementação descritiva da infração, sendo usual e justificável o emprego de conceitos indeterminados ou da técnica de remissão a preceitos contidos em decretos ou outros atos regulamentares. Como adverte Daniel E. Maljar, “esta

⁴⁹Nesse sentido, confirmam-se as lições de Flávio Dino de Castro e Costa (*Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Comentários à Lei nº 9.605/98. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 374/375), Vladimir Passos de Freitas (*Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 1993. p. 68/70) e Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 406). Registrem-se, também, entre outros precedentes, o acórdão do STF na ADI nº 1.823-1/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, e o acórdão do STJ no RMS 16.264/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz.

técnica es plenamente admitida, incluso en el campo del derecho penal, mucho mais riguroso em la matéria”⁵⁰.

Assim, o princípio da legalidade, também no campo do direito administrativo sancionador, não exclui a formulação de tipos e a descrição de condutas infracionais com maior flexibilidade, conforme será enfatizado no próximo tópico.

3.5 Princípio da tipicidade

Em linhas gerais, de acordo com o princípio da tipicidade, consectário do princípio da legalidade, as infrações devem ser caracterizadas de forma clara no preceito normativo, de molde a propiciar pré-compreensão das esferas da licitude e da ilicitude. Trata-se de assegurar a descrição legal do comportamento antijurídico que irá compor o injusto jurídico-penal, exercendo o tipo, dessa forma, uma função de garantia e de justificação⁵¹. Oferece-se, pelo fenômeno da tipicidade, a imagem reguladora do fato punível, propiciando determinação, certeza e segurança à sociedade. Como observa Roxin, “uma prevenção geral eficaz pressupõe igualmente a determinação da lei, com a maior exatidão e fidelidade ao sentido literal possíveis, o que é exigido pelo princípio *nullum crimen sine lege*”⁵².

No tocante às infrações penais, a Constituição Federal, no art. 5º, XXXIX, deixa clara a necessidade de prévio delineamento legal da conduta delitiva. Diferentemente do direito espanhol, onde a tipicidade na esfera do direito administrativo sancionador, enquanto emanção do princípio da legalidade, conta com referência constitucional (art. 25, 1), não há na Constituição brasileira a menção explícita à exigência de tipicidade nessa seara. Isso não significa,

⁵⁰Op. cit., p. 202.

⁵¹Nas palavras de Aníbal Bruno, “o tipo é, por um lado, limitação do poder estatal de punir (função de garantia) e, por outro lado, fundamento do fato punível (função de fundamentação)”. (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, p. 348).

⁵²ROXIN, Claus: *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 234.

entretanto, prescindir da tipicidade. Esta, como dito, oferece segurança jurídica, eis que permite o conhecimento prévio da conduta reprovável.

Não se há de querer, evidentemente, uma tipicidade estrita, fechada, com uma definição taxativa, em toda e qualquer situação, do comportamento antijurídico. Nem mesmo no direito penal comum, subsiste tal exigência, sendo frequente, ali, como já dito, o emprego de cláusulas gerais e de normas penais em branco, em razão da crescente complexidade e da pluriofensividade das transgressões sociais. Torna-se frequente, assim, no campo da formulação dos injustos típicos, o emprego de tipos legais carecedores de determinação material, o que enfatiza a crescente necessidade de integração de normas penais com outras disposições normativas.

Com muito maior razão, no campo do direito administrativo sancionador, tal técnica deve ser utilizada, construindo-se tipos baseados em cláusulas gerais ou dependentes de ulterior complementação. De fato, não se olvidem as situações decorrentes da relação de sujeição especial entre a Administração e agentes públicos, impondo deveres específicos a estes e, portanto, maior mobilidade ao Estado para exigir e, se for o caso, punir desvios funcionais. Além disso, a Administração carece de maior agilidade em sua atuação, a fim de tutelar eficazmente o interesse público, notadamente no que se refere aos bens vitais da coletividade. Daí a observação de Flávio Dino, destacando que devem ser evitados dois extremos:

a) afirmar-se que essas infrações são totalmente avessas à incidência do princípio da tipicidade, o que é inadmissível à vista do princípio da legalidade – do qual aquele é consectário; b) exigir-se como pressuposto de uma punição válida uma tipificação de condutas delituosas com um grau de fechamento inexistente no próprio Direito Penal ⁵³.

⁵³Op. cit, p. 375. Daniel E. Maljar, comentando o direito espanhol, também assinala: “Sin embargo, la sentencia de la NA de 10/5/1996 dispuso como doctrina que el principio de legalidade es compatible con: a) cierta flexibilidad en la formulacion de los tipos y en la descripcion de las conductas sancionables, pues no siempre la norma puede prever al tiempo de promulgarse todas y cada una de las matizaciones y posibilidades que la vida ofrece, y b) que la descripcion del tipo no sea exhaustiva pudiéndose acudir al auxilio al reglamento para su concreción, si bien em este caso no serán válidas las amplias y vagas remisiones abstractas carentes de toda precisión conforme lo señaló la sentencia del TSEE del 10/11/1986”. (op. cit., p. 206).

Na mesma linha de raciocínio, tem-se a conclusão de Fábio Medina Osório, ao enfatizar que resulta

[...] clara a possibilidade de uso de normas em branco, cujos preceitos primários são incompletos, carentes de uma integração normativa, em matéria de Direito Administrativo Sancionador, até porque tal técnica não constitui novidade nos sistemas punitivos comparados e nacional ⁵⁴.

A legalidade que se passa a operar, em tais casos, é bem diversa. Atende finalidades superiores abrigadas na Constituição e outorga espaços generosos de movimentação à Administração. Cada vez mais frequentes, tais espaços resultam de demandas sociais e necessidades pragmáticas da coletividade⁵⁵.

Em se tratando especificamente de condutas lesivas ao meio ambiente, vale anotar, ainda que, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, é dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente em favor das atuais e das futuras gerações. Essa corresponsabilidade constitucionalmente delineada recoloca a coletividade numa posição peculiar perante a Administração e junto a ela. Há aí uma relação de especial sujeição, vinculando os interesses dos indivíduos, isolados ou coletivamente considerados, a um dever de compartilhar esforços com o Poder Público. E mais: exige uma atuação reforçada da Administração, impondo máxima operacionalidade em relação à tutela de um bem jurídico fundamental.

As multicomplexas formas de agredir o meio ambiente e as variações concernentes aos microbens ambientais, tais como a diversidade biológica, os diferentes espaços naturais protegidos e a multiplicidade de atributos aí existentes, dificultam a descrição cabal de todos os elementos da infração administrativa na lei. Formulações legais “fechadas” deixariam de fora dos limites do tipo inúmeras situações ofensivas e carecedoras de uma resposta ágil da Administração, sendo, pois, indispensável o concurso de normas administrativas na definição dos diversos modos de agredir o bem ambiental.

⁵⁴OSÓRIO, Fábio Medina: *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 282.

⁵⁵Op. cit., p. 277.

Entretanto, cabe advertir que, não obstante a desnecessidade de adoção de uma tipificação rigorosamente fechada no âmbito do direito administrativo sancionador, a definição da infração administrativa ambiental deve ser feita de tal forma a possibilitar a compreensão do caráter ilícito da conduta, propiciando o exercício da defesa. Isso se dá ainda que seja necessária a complementação por outra norma.

3.6 Princípio da proporcionalidade

A intervenção repressiva da Administração deve ser exercitada em absoluta sintonia com o princípio da proporcionalidade, evitando-se a imposição de sanções desarrazoadas, inadequadas, excessivamente onerosas, passíveis de configuração de abuso de poder. A busca da *justa medida* na atividade sancionadora estatal constitui marca ínsita ao próprio Estado democrático de direito, no qual deve prevalecer o respeito aos direitos fundamentais. Na dicção de Fábio Medina Osório, o postulado da proporcionalidade possui indiscutível relevância “seja na adequação típica das condutas às descrições das normas, seja na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos, podendo ser efetuada uma correção de intoleráveis distorções legislativas”⁵⁶.

De acordo com a proporcionalidade – que, segundo Eros Grau (*cf.* STF, RMS 24.699), não se trata verdadeiramente de um princípio, mas de um critério de aplicação do direito –, deve-se perseguir uma relação de equilíbrio entre o ato e os motivos que o determinam, evitando-se excessos na aplicação do preceito normativo ao caso concreto. Na mesma linha, o Tribunal Constitucional espanhol assinalou que a proporcionalidade é um postulado que se infere de outros princípios constitucionais, operando fundamentalmente como um critério de interpretação que permite avaliar possíveis violações de concretas normas constitucionais (TC espanhol – RTC 1997/161. Questão de constitucionalidade n. 4198/1996).

⁵⁶OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 222.

Levando-se em consideração os três festejados elementos da proporcionalidade, pode-se afirmar, então, que a cominação da sanção administrativa deve ser *adequada*, idônea e compatível com o comportamento ilícito, sua gravidade e consequências; deve ser *necessária* ou imprescindível para oferecer uma “resposta” à conduta violadora, da forma menos gravosa possível, o que, aliás, somente poderá ser mensurado à luz de cada caso concreto; e, finalmente, deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, no cotejo entre o meio e o fim, há de subsistir uma relação de equilíbrio entre o meio empregado (a previsão e a aplicação da sanção) e o fim colimado.

A regra do artigo 6º da Lei 9.605/1998, nesse passo, tem plena pertinência, dispondo, com forte inspiração no princípio da proporcionalidade, que, para a imposição da penalidade (sanção penal ou administrativa), a autoridade competente (judiciária ou administrativa) observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

3.7 Princípio da culpabilidade

A vertente segundo a qual o princípio da culpabilidade estende seu raio de abrangência ao Direito Administrativo Sancionador tem obtido repercussão na doutrina nacional. Fundamenta-se o argumento no fato de não ser compatível com o Estado democrático de direito qualquer estratégia punitiva que não esteja alicerçada em postulados garantidores da dignidade da pessoa e do devido processo legal substantivo. Porém, mesmo os autores que advogam a tese apontam temperamentos. Para Marçal Justen Filho, “não se admite a configuração de responsabilização administrativa sem culpa, a não ser em situações especiais, extremamente limitadas” ⁵⁷. Rafael Munhoz de Mello sustenta que a “incidência do princípio da culpabilidade afasta do direito administrativo sancionador a

⁵⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 408.

responsabilidade objetiva”, ressaltando, contudo, que para a “configuração do ilícito administrativo não é necessário, em regra, que a atuação seja dolosa, bastando a culpa *stricto sensu*” ⁵⁸. Já Fábio Medina Osório admite a culpabilidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, porém redirecionada, rompendo-se a rigidez que ainda se encontra nas correntes predominantes do Direito Penal. Assim, a subjetividade da responsabilização administrativa, em suas palavras, “se dá no plano indireto, a partir do modelo de comportamento proibido, em que se conectam requisitos ligados à previsibilidade ou imprevisibilidade dos resultados, sopesados todos os riscos e os elementos normativos do tipo sancionador” ⁵⁹.

Por outro lado, vai mais além a opinião de Flávio Dino, para quem, sem desconsiderar a existência do debate na doutrina, prevalece, entre nós, a dispensabilidade do requisito da culpabilidade para fins de caracterização da infração administrativa. Sob essa ótica, o sistema brasileiro privilegiaria a configuração de “infrações administrativas objetivas” ⁶⁰. Assim, também, sustenta Paulo de Barros Carvalho, alertando que “ainda que o princípio geral, no campo das infrações tributárias, seja o da responsabilidade objetiva, o legislador não está tolhido de criar figuras típicas de infrações subjetivas” ⁶¹. Pela desnecessidade de dolo ou culpa para fins de configuração de infração administrativa, tem-se, ainda, a posição de Régis Fernandes Oliveira ⁶².

A Constituição brasileira não consagra expressamente o elemento da culpabilidade em relação às infrações administrativas. Tem-se, no texto constitucional, a culpabilidade como princípio informador básico do Direito Penal.

É certo que o caráter punitivo do direito administrativo sancionador autoriza a adoção de diversos postulados orientadores do direito penal, pois ambos são manifestações do poder de punir do Estado. Todavia, não se há de exigir

⁵⁸MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p. 186.

⁵⁹Op. cit., p. 467.

⁶⁰COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro *et alii*. In: *Crimes e Infrações Administrativas ambientais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2001. p. 377-378.

⁶¹CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 319.

⁶²OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985. p. 8.

o mesmo rigor reinante no direito penal, para fins de determinação da culpabilidade, na configuração de uma infração administrativa. A admissão da culpabilidade no direito administrativo sancionador deve sofrer fortes temperamentos em face das peculiaridades que envolvem as relações jurídicas ou atividades das quais eventualmente derivam os ilícitos administrativos, sejam aquelas consistentes em laços de sujeição especial, sejam aquelas decorrentes das medidas de controle geral da Administração no exercício de seu poder de polícia, com vistas à promoção da *ordem administrativa*.

A culpabilidade, então, se presente, estaria mais condicionada à ideia de (in)evitabilidade do fato e de inobservância dos deveres de cuidado objetivos. Não vigora, nesse terreno, o princípio da excepcionalidade do ilícito culposos. A culpa em sentido estrito, na expressão de Fábio Medina Osório, “tem especial importância no Direito Administrativo Sancionador, porque é possível uma ampla utilização das figuras culposas”⁶³. Oportuna, também, é a observação de Daniel E. Maljar, sublinhando que “*la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas es distinta a la penal, porque frente a lo limitado del ilícito penal, en el derecho sancionador el repertorio de transgresiones es inagotable y no es posible obligar a una persona a conocer de antemano el conjunto de normas prohibidas*”⁶⁴.

Ante a ausência de referência explícita no texto constitucional quanto à exigência de culpabilidade na seara do direito administrativo sancionador, nada impede que a legislação infraconstitucional adote infrações objetivas⁶⁵. Como exemplo de infração administrativa objetiva, pode-se mencionar o disposto no art. 20 da Lei n. 8.884/1994, onde se lê: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

⁶³Op. cit., p. 456.

⁶⁴Op. cit., p. 190.

⁶⁵Diversa é a opinião de Fábio Medina Osório, para quem “razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado, alcançando agentes públicos e particulares, na medida em que estes figurem em relações de especial sujeição ou de sujeição geral.” (op. cit., p. 435). Ressalva o autor, porém, mais adiante, o argumento em relação às pessoas jurídicas, por considerar que o conceito de culpabilidade está indissolúvelmente ligado à pessoa humana (op. cit., p. 473).

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”.

Na mesma linha, direciona-se o art. 70 da Lei n. 9.605/1998, ao definir como infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. Não se faz presente aí qualquer traço de responsabilidade subjetiva, com exigência dos elementos dolo ou culpa.

Na realidade, ainda que se incorpore ao direito administrativo sancionador o elemento da culpabilidade, este nunca possuirá os mesmos contornos presentes no direito penal. De fato, não se há de exigir uma estrita “importação” de conceitos, desconhecendo os objetivos específicos e o pragmatismo ineliminável na aplicação do sistema punitivo da Administração. Uma culpabilidade fundada na violação dos deveres de cuidado objetivos, na prevalência de elementos da negligência, imperícia ou imprudência, embora pareça não descartar o caráter subjetivo da infração, confere, no que toca aos resultados práticos, estatura muito próxima da ideia de infrações administrativas de índole objetiva, prevalecente entre nós.

Tal redimensionamento mais se torna necessário se se levar em conta a imputação de infrações administrativas a pessoas jurídicas, que são desprovidas diretamente dos atributos humanos de consciência e vontade⁶⁶. Para estas – as pessoas jurídicas, com maior dose de razão –, não se há de exigir culpa em sentido *lato*. Quando muito, a culpabilidade restringir-se-á à verificação da observância, ou não, dos deveres objetivos de cuidado no exercício de suas atividades.

4 Infrações Administrativas Ambientais e Sanções Administrativas

A Lei n. 9.605/1998 veiculou, no art. 70, uma norma infracional em branco. Em substituição ao Decreto n. 3.179/99, o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008,

⁶⁶Tangenciamos, aqui, propositadamente a discussão acerca da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica e da modulação do conceito tradicional de culpabilidade, o que será objeto de capítulo específico.

cumprir a tarefa de realizar o detalhamento daquela disposição normativa, enunciando as infrações contra a fauna, a flora, o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, a administração ambiental, as infrações relativas à poluição e outras infrações ambientais. Pormenoriza, também, o decreto presidencial, aspectos concernentes ao processo administrativo federal para apuração das transgressões e à aplicação das sanções administrativas enumeradas na Lei n. 9.605/1998.

O emprego dessa técnica – tanto em relação aos crimes como no tocante às infrações administrativas – é comum, frequente e absolutamente necessário, ante a complexidade e a diversidade das condutas lesivas ao meio ambiente, associadas à importância de se assegurar maior efetividade à atividade sancionatória do Estado, dentro dos parâmetros definidos na Lei.

A formulação legal encontrada no art. 70 da Lei n. 9.605/1998 corresponde exatamente a essa realidade. Tem-se, como dito, uma norma em branco, com a presença do mínimo de determinação material necessário à compreensão do ilícito administrativo ambiental. Tal como ali mencionado, infração administrativa ambiental é “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

Até a edição da Lei n. 9.605/1998, a atividade sancionatória da administração ambiental sofria inúmeros percalços, tendo em vista a inexistência de previsão em lei atinente aos ilícitos administrativos ambientais e às respectivas penalidades, sendo tema objeto apenas de regulamentação infralegal. Isso acarretava inúmeras discussões judiciais e a reiterada desconstituição das penas administrativas pelo Judiciário, em razão da inobservância do princípio da legalidade ⁶⁷.

⁶⁷Nesse sentido, por exemplo, o acórdão proferido pelo TRF/1ª, na AC 1998.01.00.036439-8 /BA, Rel. Juiz Ítalo Mendes, assim ementado: “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. IBAMA. AUTO DE **INFRAÇÃO**. PORTARIA N. 267/88. IMPOSIÇÃO DE **SANÇÃO**. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM BASE NO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROVIMENTO. 1. Não se apresenta juridicamente admissível a definição de infrações administrativas e a fixação de sanções dessa mesma natureza por portarias, que não constituem o

Agora, a Lei n. 9.605/1998 trata de forma mais específica da questão atinente à responsabilidade administrativa. Além do disposto no art. 70, estabelecendo a infração administrativa ambiental, referido diploma legal, no art. 72, exhibe o rol de sanções administrativas (I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total das atividades; X - restritiva de direitos (suspensão de registro, licença, permissão ou autorização; cancelamento de registro, licença, ou autorização; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; e proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos), atendendo, dessa forma, ao princípio da legalidade ⁶⁸.

Era justamente na busca de estabelecer maior “nitidez” ao tipo previsto no art. 70 da Lei n. 9.605/1998, que o Decreto n. 3.179, de 21 de setembro de 1999, estabelecia os referenciais para as sanções incindíveis em relação às infrações administrativas ambientais. Agora, tal tarefa, como já mencionado, cabe ao Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. Frise-se, uma vez mais, por ser relevante, que o Decreto n. 6.514/2008, na mesma linha do Decreto anterior, não está a criar,

instrumento próprio para tanto, pois somente a lei, em sentido formal e também material, pode prever infrações e estabelecer as correspondentes sanções. 2. Somente o órgão jurisdicional competente pode estabelecer sanções em face da realização de tipos de contravenção penal, não sendo possível, portanto, que possa o IBAMA impor penalidades pela realização de contravenção prevista no art. 26, da Lei nº 4.771/65. 3. A Portaria nº 267/88 foi editada com base em delegação de competência originária de decreto-lei não recepcionado pelo art. 25, do ADCT da Constituição Federal de 1988, o que afasta a possibilidade de sua aplicação ao caso em comento. 4. Os arts. 49, da Lei nº 4.771/65 e 225, § 4º, da Constituição Federal não conferem respaldo a Portaria nº 267/88, pois os acima mencionados dispositivos legal e constitucional não prevêm a existência de competência da autarquia federal para baixar portarias impondo sanções àqueles que, eventualmente, descumpriam norma de proteção ao meio-ambiente [...]” (DJU 21 /06 /2001, p. 51). Na mesma direção: TRF/1ª, AC 1998.01.00.016978-6 /MG, Relatora Juíza Vera Carla Cruz (conv.) (DJU 26 /01 /2001, p. 52).

⁶⁸“A sanção administrativa ambiental [...] há de estar prevista na lei de regência, aplicando-se, analogicamente, o princípio da reserva legal do Direito Penal, consubstanciado na previsão de que não há pena sem prévia cominação legal, hoje com dignidade constitucional (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988).” (LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000. p. 41).

sponte propria, infrações e sanções administrativas. Essas se acham enraizadas nos arts. 70 e 72 da Lei n. 9.605/1998.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre aspectos referentes à utilização de normas infracionais em branco na definição de infrações administrativas. No julgamento do Recurso Especial n. 273.803/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, o STJ decidiu:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, "A" E "C", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONMETRO. COMPETÊNCIA PARA ESTABELECE CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES POR INFRAÇÃO A NORMAS REFERENTES À METROLOGIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Da análise dos artigos 3º, alínea "f", e 9º, da Lei n. 5.966, de 11 de dezembro de 1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, conclui-se que a imposição de multa pela Resolução n. 02/82 do CONMETRO não violou o princípio da reserva legal, uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso especial provido pela alínea "a".

Por sua vez, o TRF/1ª, julgando a REOMS 2006.31.00.001010-7/AP, Rel. Des. Fed. Catão Alves (data do julgamento – 17.06.2008; data da publicação do acórdão - 22/08/2008 e-DJF1 p. 364), assim se pronunciou sobre o tema:

ADMINISTRATIVO - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS-IBAMA - POLÍTICAS NACIONAIS DE MEIO AMBIENTE - EXECUÇÃO - DETERMINAÇÕES DE CARÁTER NORMATIVO - PORTARIAS - INFRAÇÕES - MULTAS - APLICAÇÃO - LEGITIMIDADE - LEIS Nos 4.771/65, 6.938/81, 8.005/90, 9.605/98; DECRETOS Nos 99.274/90 E 3.179/99 - TRANSPORTE DE PRODUTO FLORESTAL SEM AUTORIZAÇÃO - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA - MULTA LEGITIMAMENTE APLICADA.

1 - Competindo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA a execução das políticas nacionais de meio ambiente e autuar e punir os infratores à legislação respectiva, nelas incluídas suas determinações de caráter normativo, lícitas a multa aplicada e a apreensão efetuada com espeque nos arts. 70, da Lei nº 9.605/98, e 2º, II e IV, e 32, parágrafo único, do Decreto nº 3.179/99, em face de expressa autorização legislativa, insere nos arts. 14, I, da Lei nº 6.938/81, 1º, 3º e 6º, da Lei nº 8.005/90, 33 do Decreto nº 99.274/90, e 70, 72, 74 e 75 da Lei nº 9.605/98.

2 - Versando o art. 46 da Lei nº 9.605/98 matéria de natureza penal, compete, tão-somente, ao Poder Judiciário a aplicação de penalidade por infração a esse dispositivo. 3 - Não tendo o legislador deixado margem para discricionariedade do agente, deve ser afastado, na espécie, o princípio da proporcionalidade, mesmo porque, a questão não se refere à aplicação da pena de perdimento, mas de mero procedimento administrativo, legalmente admitido, cuja finalidade é garantir o interesse da administração pública. 4 - Remessa Oficial provida. 5 - Sentença reformada. 6 - Segurança denegada.

No mesmo sentido, o julgado na AMS n. 2004.36.00.011267-9/MT – Relator Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva (D.J. 09/3/2007, p. 91):

ADMINISTRATIVO. IBAMA. MULTA IMPOSTA POR TRANSPORTAR MADEIRA SEM COBERTURA DE ATPF FORNECIDA PELO IBAMA, COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.605/98, C/C O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 32 DO DECRETO FEDERAL Nº 3.179/99.

1. A competência para a aplicação de multa por infração do caput do art. 46 da Lei nº 9.605/98 é privativa do Poder Judiciário, por se tratar, no caso, de matéria de natureza penal.

2. Contudo, os arts. 70 e 72 da Lei nº 9.605/98, c/c o parágrafo único do art. 32 do Decreto nº 3.179/99, que a regulamenta, definem como infração administrativa ambiental, sujeita a multa simples, a conduta de transportar madeira sem licença outorgada pela autoridade competente e válida até o beneficiamento final do produto.

3. Apelo da impetrante não provido.

Referências

- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental: para uma tutela preventiva do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1965. tomo IV, p. 5.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, p. 348.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controle judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, Almedina, IDUAL, n. 1, p. 59, 1994.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1162.
- CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 113-114.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985.
- COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. Comentários à Lei nº 9.605/98. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 374-375.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro *et alii*. In: *Crimes e Infrações Administrativas ambientais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2001.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 9-10.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1991. p. 878-879.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado 'direito alternativo'. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, v. 1, p. 95, 1993.

HARTMANN, Analucia. Licenciamento ambiental e competência administrativa. O futuro da poluição e da implementação ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5., 2001. São Paulo. *Anais...* São Paulo: IMESP, de 4 a 7 de julho de 2001. p. 85.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 23/25.

HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, p. 20, jul./set. 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 408.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000. p. 41.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 250-251.

MALJAR, Daniel E. *El Derecho Administrativo Sancionador*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 71-72.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo IV, p. 448.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 129.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz et al. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1997.

SILVA, José Afonso da: *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico VI

O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

1 Considerações iniciais

A Constituição da República conferiu tratamento específico aos bens de natureza material e imaterial, considerados individual ou conjuntamente, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade. Tais bens integram o patrimônio cultural brasileiro.

O patrimônio cultural é uma das facetas do meio ambiente. De fato, não só os elementos constitutivos do meio ambiente natural são relevantes para a preservação da espécie humana. É necessário assegurar às pessoas um referencial histórico e cultural revelador de sua identidade, vinculando o presente ao seu passado e garantindo, dessa forma, o embasamento indispensável à edificação de seu futuro. Os bens culturais fazem parte do patrimônio ambiental, sendo igualmente essenciais à sadia qualidade de vida humana.

Observa Mauricio Andrés Ribeiro que é cada vez menos nítida a fronteira entre natureza e cultura, percebendo-se o ser humano, com sua cultura, ciência e tecnologia, imerso no mundo natural. O patrimônio cultural, continua o autor:

abarca os produtos do fazer e do pensar humanos, os bens materiais e imateriais que desenvolveu, a ciência, a tecnologia e as artes, a arquitetura e as cidades, seus valores espirituais, leis, instituições, crenças e tradições, além do patrimônio social constituído pela população humana¹.

¹RIBEIRO, Mauricio Andrés. *Ecologizar: pensando o ambiente humano*. Belo Horizonte: Rona, 2000. p. 34. Goffredo Telles Junior ensina que o “mundo da cultura é o mundo da natureza ordenada pelo

Nos termos do artigo 216, §1º, da Constituição Federal, o poder público e a comunidade têm indeclinável compromisso com a proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro. Para tanto, a Carta enumera de forma não exaustiva, como instrumentos de ação, os inventários, os registros, a vigilância, o tombamento, a desapropriação, além de outras formas de acautelamento e preservação.

Cabe à administração executar políticas públicas para adequada promoção de bens dotados de valor cultural. Nesse campo, tem-se o tradicional instrumento de atuação da administração em relação aos bens de natureza material, que é o tombamento. Opera-se, por meio deste, uma intervenção no domínio particular, ou seja, uma restrição parcial na propriedade para demarcar o interesse público na proteção de determinado bem, sob a perspectiva de seu valor cultural.

O foco desse tópico é o papel do Estado da proteção do patrimônio cultural, entendido este como dever constitucional. Diante de eventual omissão administrativa, o que se deve esperar, ou exigir, das demais esferas do poder público? Como deverão comportar-se Ministério Público e Judiciário em face da ausência de medidas e programas estatais destinados à proteção efetiva dos bens culturais? Indague-se, de forma mais específica: na ausência de ato de tombamento de um bem de natureza material, por exemplo, caberá ação civil pública com vistas ao reconhecimento do valor cultural de um bem e à sua proteção? Ou, ao revés, isso configuraria indevido alargamento da função jurisdicional, com substituição das funções próprias do Executivo?

2 O protagonismo do Ministério Público e do Judiciário

Para responder a essas questões, é importante sublinhar, antes de tudo, que o restabelecimento do regime democrático, cujo ponto culminante foi a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, abriu espaço a novas demandas sociais. A Constituição de 1988 e a consequente afirmação do Estado social

homem, com a intenção de beneficiar o próprio homem”. (JUNIOR, Goffredo Telles. *Direito Quântico* – ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. Cidade: editora, ano. p. 313).

converteram inúmeras expectativas de construção de uma sociedade igualitária em pretensões jurídicas². Vindo à tona maior conflituosidade social, num cenário de relações multicomplexas e de litigiosidade de massa, a satisfação de interesses³ coletivos se tornou tão importante quanto a realização de pretensões de índole meramente subjetiva.

Dentro dessa nova moldura, ao Ministério Público cabe desempenhar papel ativo na verificação de políticas públicas, fiscalizando sua implementação e mediando questões relacionadas com sua deficiência ou sua inexecução. Inteiramente pertinente é a adoção de medidas tendentes ao suprimento de omissões quanto a políticas públicas, já que interesses de matriz difusa ou coletiva são frequentemente lesionados pela inação do Estado. Nesse contexto, o inquérito civil e a ação civil pública têm-se firmado como importantes instrumentos de afirmação de interesses transindividuais, entre os quais se insere a proteção do patrimônio cultural.

Essa postura poderia ser confundida com uma desmedida “politização” do Ministério Público e do Poder Judiciário? Ou, então, poderia ser encarada como intromissão na esfera da administração, sob o argumento de que somente ao Poder Executivo caberia decidir, no exercício de sua discricionariedade, se e quando determinado bem estaria a merecer especial proteção do poder público, por meio de tombamento?

Eventual resposta afirmativa a tais questionamentos revelaria forma de pensar inteiramente dissociada da realidade contemporânea, desprezando o papel político a ser desempenhado pelo Ministério Público e pelo Judiciário. É que o ordenamento jurídico acha-se repleto de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados veiculadores de aspirações de bem-estar individual ou coletivo. Assim, a construção de uma ordem social justa pode ser, como já acima enfatizado,

²Cf. CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47.

³A expressão *interesse* é utilizada neste texto como sinônimo de pretensões juridicamente amparadas, não se confundindo com meras aspirações de bem-estar sem lastro no ordenamento jurídico.

quase totalmente traduzida em temas judicializáveis, seja em face da extensão e do detalhamento do rol de direitos fundamentais presentes na Constituição da República, seja em razão do déficit de implementação de políticas sociais por parte da administração pública, exigindo maior protagonismo das instituições incumbidas de realizar direitos dos cidadãos⁴.

É inevitável, pois, que muitas expectativas de concretização de valores sociais desemboquem no Judiciário, trazendo para essa arena a tarefa de responder às aspirações desse naipe. O juiz, então, num esforço de superação de barreiras decorrentes de uma tradicional formação técnico-burocrática, deve evitar posturas que, marcadas por um “*complexo de cinderela*”, supõem, erroneamente, posição institucional pura e neutra diante da conflituosidade social. Em vez disso, cabe ao Judiciário, por meio de seus agentes, assumir o papel de corresponsável pela consecução de metas definidas constitucionalmente como objetivos fundamentais da República.

Por sua vez, o Ministério Público deve consolidar-se como instituição veiculadora de legítimas pretensões comunitárias e, dessa forma, de protagonista do processo realizador de políticas públicas, agindo no espaço da implementação, e não no campo de sua criação. Essa atuação fiscalizadora se concretiza por meio de inquéritos civis, termos de ajustamento de conduta, recomendações e ações civis públicas, notadamente nos casos em que omissões abusivas da administração pública frustrarem a concretização de interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁴Como observa Boaventura de Sousa Santos, referindo-se à redemocratização brasileira e ao novo marco constitucional aberto a novas possibilidades, “aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora, 2007. p. 18).

2.1 O dever de proteção do patrimônio cultural e o suprimento da omissão abusiva da administração

Feitas tais considerações, pode-se voltar ao tema proposto no início, assinalando que a Constituição da República estabelece, no artigo 216, o dever do Estado de proteger o patrimônio cultural brasileiro. O não cumprimento dessa prestação positiva submete-se ao controle judicial, pois daí podem advir graves prejuízos, como, por exemplo, a deterioração ou a destruição de bens revestidos de valor cultural. Dito de outra forma, se a administração pública não realizar o tombamento, caberá ao Ministério Público promover ação civil com a finalidade de obter o reconhecimento, no interesse da coletividade, da relevância cultural do bem. Tal providência também pode ser obtida por meio de ação popular manejada por qualquer cidadão. Em tais situações – vale frisar – será indispensável a produção de prova pericial para subsidiar a verificação da importância cultural perquirida, eliminando-se o risco de subjetivismos.

A decisão judicial na ação civil pública ou na ação popular pode significar o próprio conteúdo da proteção (tutela específica), afirmando, num primeiro momento, a existência do valor cultural do bem e, noutro passo, constituindo o gravame daí decorrente, em substituição ao tombamento, com eficácia *erga omnes*. Pode determinar, ainda, à administração o cumprimento de uma obrigação de fazer – promover o tombamento, por exemplo – ou de não fazer – abster-se de autorizar obras ou atividades descaracterizadoras do bem.

Essa conclusão decorre não apenas do disposto no artigo 461, *caput*, e §5º, do CPC, mas, sobretudo, do amplo leque de proteção constante do artigo 216, §1º, da Constituição. Aí se vê, com efeito, que o ato administrativo de tombamento é apenas uma das formas de tutela do patrimônio cultural. Refere-se o dispositivo constitucional ao dever do poder público de promovê-lo e protegê-lo por diversos meios, tais como inventários, registros, vigilância, desapropriação, além de “outras formas de acautelamento e preservação”. Ora, a menção genérica a outras modalidades de proteção abrange, evidentemente, o ato judicial, já que o Judiciário

é uma das expressões do poder público, com igual incumbência de realizar valores constitucionais ⁵.

2.2 Conceito jurídico indeterminado e discricionariedade administrativa

A atuação do Ministério Público e do Judiciário, nos moldes acima delineados, não configura ingerência indevida na discricionariedade do administrador. Trata-se, em verdade, do preenchimento de cláusulas gerais e conceitos valorativos constantes do artigo 216, *caput*, da Constituição da República, segundo o qual os bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade integram o patrimônio cultural brasileiro.

Há sensível diferença entre a concretização de cláusulas gerais, conceitos valorativos e conceitos indeterminados e o juízo discricionário da administração. Marçal Justen Filho, por exemplo, apesar de apontar semelhanças entre conceito jurídico indeterminado e conceito valorativo, considera que o primeiro envolve juízos de conhecimento sobre os fatos, enquanto que o segundo exige juízos de valor⁶.

É importante observar, contudo, que, tanto em relação aos conceitos jurídicos indeterminados como no tocante aos conceitos valorativos, indispensável é o emprego de *pautas valorativas*, pois a valoração é da essência de toda e qualquer atividade de interpretação e aplicação de preceitos normativos⁷.

⁵"Hay un mandato expreso a todos los poderes políticos, y por lo tanto al Juez, de hacer esos valores reales y efectivos y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud". (MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. Sobre lo jurídico e lo justo. In: *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madrid: Civitas, 1997, p. 87).

⁶"Os conceitos valorativos envolvem a necessidade de dissociar concepções puramente subjetivas do aplicador em face dos juízos vigentes na sociedade. A margem de autonomia não é ilimitada, mas o padrão de controle não é fornecido pelo conhecimento técnico-científico. Trata-se, antes, de recorrer aos padrões de valores vigorantes na sociedade". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167).

⁷Emprega-se, aqui, a expressão *conceito jurídico indeterminado*, difundida no direito administrativo brasileiro, sem olvidar a advertência de Eros Roberto Grau no sentido de que a indeterminação apontada em relação a determinados conceitos não é destes (ideias universais), mas sim de suas expressões (termos, signos do conceito). Para o jurista e ministro do STF, não existem conceitos indeterminados, pois se assim o fossem, nem seriam conceitos. Preferível, então, nessa linha de raciocínio, falar-se em termos indeterminados de conceitos que, por sua imprecisão, carecem de

O conteúdo axiológico de conceitos jurídicos indeterminados é aferido pelo intérprete-aplicador, estabelecendo-se sua expressão em cada caso⁸. Isso significa que, uma vez preenchido o conceito indeterminado, a partir da atividade interpretativa, não restará margem de opção ao administrador, devendo este adotar a solução preconcebida pelo ordenamento jurídico para a hipótese. Noutras palavras, se for verificada a presença de valor histórico-cultural, caberá ao administrador promover sua adequada proteção do bem. O não-fazer configura omissão abusiva.

Diferentemente se dá na seara da discricionariedade administrativa. Aqui, não existe solução predeterminada, mas sim uma margem de escolha do administrador para, de acordo com parâmetros subjetivos, escolher um entre vários caminhos a seguir. Há autonomia do administrador para exercer a opção que melhor traduza a realização de determinado fim, dentro de critérios de conveniência ou de oportunidade. O preenchimento dos conceitos indeterminados opera-se no terreno da interpretação, importando, na expressão de Eros Grau, a formulação de “juízos de legalidade”, ao passo que, no campo da discricionariedade, a administração formula “juízos de oportunidade”⁹.

preenchimento no caso concreto. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 210-215).

⁸“Uma produção normativa cada vez mais permeada de cláusulas indeterminadas exige dos aplicadores do Direito atenção redobrada no delineamento das estratégias de interpretação, aproximando-se, ao máximo, de um resultado progressista que corresponda às justas expectativas da sociedade contemporânea. Isso implica um esforço salutar de realocização do fenômeno jurídico em seu espaço-tempo, dotando-o, pois, de legitimidade. No campo de aplicação de normas e princípios relacionados com a proteção ambiental, por exemplo, esbarramos com freqüência em conceitos abertos como precaução, equilíbrio ecológico, utilidade pública, desenvolvimento sustentável. A ‘densificação’ de tais conceitos indeterminados em cada caso concreto pode gerar diversas respostas possíveis, consoante o grau de envolvimento ideológico do intérprete-aplicador com a preservação do meio ambiente. O adensamento dos chamados conceitos jurídicos indeterminados deve conduzir, na expressão de García de Enterría a uma unidade de solução justa. O conteúdo axiológico dos conceitos indeterminados é aferido pelo aplicador do Direito, estabelecendo-se a sua expressão em cada caso”. (COSTA NETO, Nicolao Dino de C. Aspectos da interpretação jurídica: abordagem preliminar sobre um (novo) pensar concretizador do direito posto. Lusíada – Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito. Universidade de Lusíada do Porto, Porto, 2001, p. 362-363).

⁹GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 159-166. Merece igual registro a lição de García de Enterría: “En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la Ley – por hipótesis – no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que esse valor próprio del

3 Conclusão

Assim, é possível concluir que o adensamento de conceitos indeterminados ou valorativos, indicadores da relevância do bem, não oferece escolhas ilimitadas à administração pública. A determinação material daqueles conceitos atrai o dever de agir com vistas à integral satisfação do interesse veiculado na norma.

A constatação do valor histórico ou cultural não constitui atividade discricionária da administração, porquanto essa tarefa de delimitação não oferece margem de opção à autoridade administrativa entre proteger ou não o bem. Vale dizer, feita a identificação, haverá apenas uma solução possível: a implementação de medidas de proteção especial.

O fato de a administração pública não adotar a providência de tombamento não impede a obtenção de medida de proteção na esfera jurisdicional. O tombamento não *constitui* o valor cultural de um bem, mas apenas o *declara*. A ausência de tombamento não implica, portanto, inexistência de relevância histórica ou cultural. Essa pode ser reconhecida na via judicial, sanando-se, por este caminho, a omissão da autoridade administrativa.

Por isso, na hipótese formulada neste texto, não há que se falar em ingerência na seara privativa da administração. Caso este se omita em reconhecer que determinado bem é revestido de valor cultural, indispensável será a adoção de medidas judiciais para sua adequada proteção.

concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de la Ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenderse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa..." (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A. p. 36-38). Sobre o tema, ver, ainda: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167.

Trata-se, como dito, de suprir omissão do poder público, ofensiva a direito de titularidade difusa. E isso representa, sem dúvida, a assunção e o exercício de indiscutível e saudável função política, reafirmando o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário como instituições corresponsáveis pela operacionalização das políticas públicas necessárias à realização dos múltiplos valores postos na Constituição.

DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Prof. Dr. Nicolau Dino de Castro e Costa

Unidade II

Tópico VII

RESPONSABILIDADE PENAL E MEIO AMBIENTE – NOÇÕES GERAIS

Não há dúvida de que a previsão da tutela penal está em harmonia com os objetivos perseguidos pelo direito ambiental. A prevenção geral do meio ambiente também pode ser alcançada por intermédio da tipificação penal, notadamente pelos delitos de perigo, como adiante será demonstrado. Essa é, aliás, a vontade expressa pelo legislador constituinte, ao estabelecer, no artigo 225, § 3º, CF, que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Além disso, deve-se salientar que o meio ambiente integra o rol axiológico basilar do ordenamento constitucional. A relevância desse valor está plasmada na Constituição da República em diversos momentos, seja no capítulo próprio da Ordem Social, seja na enumeração da defesa do meio ambiente como um dos princípios norteadores da atividade econômica (artigo 170, VI).

Sendo sua função primordial a proteção dos valores fundamentais, atua o direito penal como *extrema ratio*, sancionando apenas as condutas lesivas aos bens mais caros da coletividade. Daí o apontado caráter fragmentário do direito penal, a limitar sua atuação, ao que for necessário para a efetiva proteção do bem jurídico.

Não são poucas, porém, as restrições à proteção jurídico-penal do meio ambiente. Questionando a efetividade de um “direito penal do ambiente”, Winfried Hassemer sustenta a inadequação do direito penal para a proteção ambiental, acentuando a ideia de que a prevenção geral positiva, nessa seara, é ilusória e que os fins das penas não são atingíveis. Estabelecer-se-ia, dessarte, um “direito penal

simbólico”, que não serve para a proteção efetiva do bem jurídico, mas apenas aos propósitos de “pura jactância da classe política”¹.

Muñoz Conde, embora admitindo a ideia de proteção penal do meio ambiente, também adverte para o risco da hipervalorização de um direito penal atuando como um instrumento de intervenção primária, e não secundária, e “utilizandolo como tapadera de la ineficacia o de los deficits de funcionamiento de otros sistemas de prevención jurídicos y sociales”².

Paulo de Sousa Mendes, a seu turno, baseia sua objeção à intervenção penal em matéria ambiental no fato de esta implicar indevida flexibilização da estrutura dos tipos incriminadores, reduzindo-se o perfil garantístico tradicional do direito penal, com grave inversão axiológica. Para o autor,

a proclamação da essencialidade de determinado bem jurídico, qualquer que ele seja, não constitui um argumento suficiente para se dever proceder à criminalização das condutas capazes de depreciarem esse valor.

Enfim, arremata que:

por muito relevante que seja um bem jurídico, podendo mesmo dar-se o caso de estar situado no topo da hierarquia constitucional dos bens jurídicos, há de atender-se sempre ao princípio da subsidiariedade, que obriga ao recuo do direito penal em todos os casos de suficiência de medidas extrapenais de proteção para os mesmos bens jurídicos³.

Sem embargo dessas ponderações, o melhor caminho que se apresenta em resposta ao desafio ambiental deste início de século é, para nós, a eleição da tutela penal como uma das vias conducentes à proteção do meio ambiente. Atuando, de uma forma geral, como *ultima ratio*, o direito penal exerce papel relevante na

¹HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Lusíada* – Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito, número especial, ano 1995. Porto: Invulgar – Artes Gráficas, 1996. p. 326-327.

²CONDE, Francisco Muñoz. La protección del medio ambiente en el nuevo código penal español. *Lusíada* – Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito, número especial, ano 1995. Porto: Invulgar – Artes Gráficas, 1996. p. 297.

³MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente? *Lusíada* – Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito, número especial, ano 1995. Porto: Invulgar – Artes Gráficas, 1996. p. 386-387.

proteção dos valores fundamentais. Irradia seus efeitos, dessarte, em relação aos comportamentos que ofendem os bens mais caros da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 assegurou ao bem jurídico *meio ambiente* a nota de essencialidade necessária e suficiente a justificar a pertinência dos mecanismos de tutela penal. Ainda que não seja vista como a primeira ou mais importante vereda de proteção do meio ambiente, o direito penal ambiental deve atuar como um vetor jurídico-político de direcionamento social que se alia a outras formas de proteção (civil e administrativa), compondo uma “malha” destinada à efetiva tutela desse bem jurídico.

É exatamente o caráter de *extrema ratio* do direito penal que justifica sua intervenção nessa seara. O atual estágio de deterioração dos recursos ambientais, a depreciação da qualidade do ar, a devastação dos biomas, a progressiva extinção de espécimes faunísticos, a poluição de recursos hídricos cada vez mais escassos, tudo isso evidencia que a proteção jurídico-penal possui substrato de legitimidade, ante a importância dos valores a serem protegidos para a própria sobrevivência da espécie humana. Como acentua Anabela Miranda Rodrigues:

apesar de a neo-criminalização ser vivamente desaconselhada pelas mais recentes correntes de política criminal, os danos ao ambiente merecem, à partida, ser considerados no âmbito da ordem jurídico-penal, desde que, como já dissemos, o direito ao ambiente é consagrado ao nível constitucional como um direito fundamental ⁴.

A previsão da tutela penal em matéria ambiental está, pois, em harmonia com os objetivos perseguidos pelo direito ambiental, atendendo legítima aspiração social, não obstante a forte tensão existente entre os princípios fundamentais do direito penal clássico e as técnicas de proteção penal ambiental, nomeadamente no campo da tipificação, como será adiante enfatizado.

⁴RODRIGUES, Anabela Miranda. Os crimes contra o ambiente no código penal revisto. *Lusíada* – Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito, número especial, ano 1995. Porto: Invulgar – Artes Gráficas, 1996. p. 304-305.

O direito penal ambiental guarda perfeita sintonia com sua matriz constitucional. Examinando-se a hierarquia dos bens jurídicos merecedores de especial proteção, vamos encontrar graves condutas lesivas a interesses difusos e coletivos a ensejar, no correto pensamento de Luciano Feldens, uma reformulação paradigmática na operacionalização do direito penal:

determinante de que a atividade sancionatória faça-se concentrar [...] nos delitos que efetivamente colocam em xeque os fundamentos (cidadania, dignidade da pessoa humana) e objetivos (construção de uma sociedade justa, livre e solidária, erradicadas a pobreza e a marginalização social e reduzidas as desigualdades sociais) da República, tal como exposto na Constituição democrática de 1988 ⁵.

Ao erigir o meio ambiente à condição de relevante valor da coletividade, a Constituição Federal não só proporciona, mas também exige que o direito penal dele se ocupe. Conclui-se, destarte, que a tutela penal do ambiente harmoniza-se com a tendência moderna do direito penal, que aponta cada vez mais para a proteção apenas dos valores que possuem a nota da essencialidade.

Assinale-se, todavia, que a proteção penal não pode ser encarada como panaceia. Além disso, o acervo clássico de penas privativas de liberdade, se já não produz efeitos satisfatórios noutras esferas da criminalidade, certamente deverá passar por indispensáveis ajustes no que toca à matéria ambiental, a fim de preservar coerência com os objetivos perseguidos pelo direito ambiental e de assegurar um mínimo de efetividade ao processo penal.

Por isso, a Lei de Crimes Ambientais, instituindo um subsistema punitivo, deu ênfase aos mecanismos de penas alternativas, buscando a reparação do dano ambiental, sempre que possível, como condição para a transação penal e a suspensão condicional do processo, a teor dos artigos 17, 20, 27 e 28, aqui já comentados.

⁵FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 261.

1 O fenômeno da tipicidade

O tipo (*tatbestand*) — conceito fundamental, para todo o direito punitivo — consiste basicamente na descrição legal de um comportamento proibido.

Exerce o tipo penal duas funções relevantes, amplamente noticiadas na doutrina: a função de garantia e a função de fundamentação. Por meio da função de garantia, institui-se regime de estabilidade e segurança na sociedade, pois descrevendo a lei, e somente a lei, previamente, o que é crime, impõe-se uma limitação ao poder de punir do Estado. Por outra face, o tipo propicia a concretização da antijuridicidade, apresentando o fundamento do fato punível.

É importante considerar que a previsão dos tipos penais deve obedecer ao princípio da taxatividade. Referido princípio, também denominado de *determinação taxativa*, é o corolário do princípio da legalidade. Protege-se, assim, o indivíduo contra interpretações fluidas da lei, restringindo-se, com a fixação de tipos precisos, a discricionariedade do aplicador da lei penal.

Assinale-se, ainda, que a formação do juízo de tipicidade não pode prescindir da observância de dois importantes princípios que se encontram na raiz da moderna teoria da imputação objetiva⁶, sistematizada por Claus Roxin, quais sejam: o princípio da adequação social e o princípio da insignificância. Pelo primeiro, impõe-se aferir se a conduta tipificada configura, ou não, um comportamento socialmente permitido, considerando-se como parâmetro os padrões médios de ética e moralidade vigentes na sociedade. Quanto ao segundo, sob a perspectiva de um direito penal de intervenção mínima, recomenda-se verificar se o fato penalmente tipificado não constitui uma *bagatela*, em face da diminuta repercussão da conduta sobre o bem jurídico protegido.

⁶Para melhor exame desse tema, ver ROXIN, Claus: Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

A aplicação de tais princípios na via judicial pode conduzir a um juízo de atipicidade da conduta, mediante a constatação da irrelevância do seu reflexo sobre o bem jurídico e da ausência de reprovabilidade social.

2 A construção dos tipos penais ambientais

Ingente tarefa foi imposta ao legislador no sentido de estabelecer tipos penais fiéis ao pré-falado princípio da taxatividade. Em se tratando de tutela ambiental, as dificuldades sempre existirão, haja vista a complexidade dos bens a serem amparados pelo arcabouço normativo.

Dessa complexidade resulta a perigosa minimização de elementos descritivos nas condutas, destinados à precisa compreensão do fato ilícito, acarretando o constante emprego de elementos normativos e, por conseguinte, a construção de tipos permeados de lacunas.

A Lei n. 9.605/1998 não ficou imune a tais obstáculos. Vale destacar, como demonstração do grau de indeterminação existente, o tipo penal do artigo 54, que se refere à conduta de **causar poluição**. O ato de causar poluição pode ser realizado de múltiplas formas. Mas, antes de tudo, torna-se necessário apreender o sentido técnico do termo, a fim de que se chegue à conduta incriminada. Outro exemplo que se pode colher é o tipo do artigo 68, consistente na omissão, por quem detinha o dever legal ou contratual, de cumprir “obrigação de relevante interesse ambiental”. (Que se deve entender, para exata delimitação do tipo, por interesse ambiental relevante?)

De outra parte, o direito penal ambiental também deve orientar-se no sentido da construção de tipos que traduzam tão-somente a real e efetiva necessidade de proteção de tal matiz. A proporção e a necessidade são dois elementos inseparáveis e inafastáveis na tarefa imposta ao legislador ordinário de instituir os tipos penais. Duas diretrizes não podem ser desprezadas na produção legislativa de índole penal: 1) a previsão de tipos em face da relevância do valor a

ser tutelado e 2) a cominação de penas proporcionais à gravidade da conduta, de forma a legitimar a sanção estatal.

Não obstante a tendência moderna de descriminalização e a já apontada disseminação da ideia de um direito penal de intervenção mínima, a Lei n. 9.605/1998 destrilhou, em muitos casos, de tais diretivas.

A guarda doméstica de um animal silvestre, por exemplo, constitui crime (artigo 29, III), cuja pena varia de seis meses a um ano de detenção, além de multa, podendo chegar a um ano e meio, se se tratar de espécie rara ou ameaçada de extinção (§4º, inciso I). Trata-se de sanção superior àquela prevista para o crime de abandono intelectual do artigo 246, CP (detenção de quinze dias a um mês ou multa). Sob a perspectiva antropocêntrica, qual a lesão mais grave e de maior repercussão social? A retirada de um exemplar da fauna de seu *habitat* natural ou a recusa em propiciar a instrução de uma criança? E o que dizer do crime do artigo 32? Maltratar animais silvestres, domésticos ou domesticados (pena: detenção de três meses a um ano) é tão grave, à luz da legislação penal brasileira, quanto expor a maus tratos um ser humano (CP, artigo 136 — pena de dois meses a um ano)! Não se questiona, aqui, vale advertir, o desvalor das condutas lesivas aos bens ambientais, mas tão-somente a desproporcionalidade das sanções abstratamente previstas, se cotejadas com as reprimendas relativas a crimes contra a pessoa.

Outra situação emblemática frequentemente apontada é aquela decorrente do tipo penal desenhado no artigo 49 da Lei n. 9.605/1998. Danificar uma planta ornamental existente num canteiro de praça ou no jardim de uma residência, ainda que culposamente, constitui crime (pena: detenção de três meses a um ano, se doloso, ou um a seis meses, se culposo). Crime tão grave quanto, em caso de dolo, maltratar um recém-nascido!

Verifica-se, em todas as situações acima invocadas, colidência com o princípio da intervenção mínima, bem como total ausência de proporcionalidade

na fixação das penas, revelando-se, com isso, desconcertante hierarquia no campo das qualificações penais.

Não se quer, com tal raciocínio – repita-se –, minimizar a gravidade de determinados comportamentos lesivos ao meio ambiente. Pretende-se, apenas, consoante os atuais postulados que informam o direito punitivo, reservar para o campo da repressão penal as condutas que impliquem ofensa a valores fundamentais.

Em situações como as que foram acima apontadas, de reduzido potencial ofensivo, parece-nos que, sob a ótica da moderna política de descriminalização, necessária e suficiente seria a simples configuração de ilícito administrativo. Isso contribuiria, sem dúvida, para a não banalização da sanção de natureza penal.

3 Tipos abertos e normas penais em branco

Abordamos acima a dificuldade de individualizar e tipificar condutas lesivas ao meio ambiente em razão da multiformidade dos elementos que o compõem. Esse caráter multifário conduz ao desenho de tipos penais abertos, como também ao frequente emprego de normais penais em branco na previsão dos ilícitos.

Os tipos penais abertos não apresentam uma descrição típica completa. A imagem reguladora não oferece nitidez plena, devendo ser oportunamente “sintonizada” pelo juiz, no caso concreto. São exemplos de tipos penais abertos, apontados por Wezel, os crimes culposos e os crimes comissivos por omissão. Além desses, acrescentem-se os delitos que contenham em seu modelo legal elementos normativos, traduzidos em expressões como *moléstia grave*, *mulher honesta*, *dignidade*, *decoro*, *relevante interesse ambiental*, *regeneração natural etc.*

As normas penais em branco, por seu turno, são aquelas que apresentam uma descrição insuficiente do comportamento ilícito, ensejando a complementação

por outra disposição de lei, *lato sensu*. O preceito é formulado de forma genérica, sendo integralizado por outra norma, da mesma hierarquia ou não.

A demasiada utilização pelo legislador de tipos abertos e de normas penais em branco pode até enfraquecer a função de garantia característica do fenômeno da tipicidade, porque, tanto num como noutro caso, verifica-se sensível redução dos atributos de determinabilidade e certeza que devem permear o tipo penal. Alguns autores chegam a apontar, inclusive, possível ofensa ao princípio da legalidade, em face da indeterminação da conduta incriminada, geradora de incerteza jurídica, máxime quando o complemento consistir na utilização de elementos normativos.

Em se tratando do direito penal ambiental, o risco existente é calculável, porém inevitável. De fato, o caráter polimorfo dos valores ambientais a serem protegidos nem sempre permite a definição de tipos penais fechados, com a descrição precisa do ato ilícito. Demais disso, a norma penal necessita de frequente integração com outras disposições normativas pertencentes a outros ramos do direito, principalmente do próprio direito ambiental, sem o que poderá tornar-se difícil o delineamento do comportamento reputado ofensivo ao meio ambiente.

As garantias clássicas ligadas à definição dos tipos penais devem ser condicionadas pela realidade social de cada momento histórico. Sem negar a importância da segurança que decorre do princípio da taxatividade, deve-se reconhecer que a utilidade da sanção criminal na proteção jurídico-ambiental está intimamente vinculada à compreensão de que as garantias inerentes ao “tipo” têm de harmonizar-se com as dificuldades técnicas em precisar os contornos das condutas lesivas ao meio ambiente.

Trata-se de uma exigência social contemporânea da qual não poderá furtar-se o direito penal, sob o risco de grave contradição entre a recusa em co-atuar no campo da proteção do ambiente e sua predisposição para a tutela dos bens

“essenciais” da humanidade. Apropriada, nesse passo, é a observação de Francesco Palazzo, segundo a qual não podem existir absolutizações das garantias:

la garantía no podrá nunca actuar privando a la sanción criminal de su finalidad de utilidad social; la configuración de la garantía es siempre el resultado de un difícil equilibrio entre la racionalidad instrumental de la sanción y la salvaguardia de los derechos fundamentales ^{7 8}.

Dessa forma, inevitável é a utilização de tipos abertos e de normas penais em branco, pois só assim será possível assegurar maior efetividade à tutela penal ambiental.

Aliás, não escapa à reflexão o fato de que, na atualidade, o exame da tipicidade de uma conduta, sob o aspecto material, sempre demandará o exercício de uma atividade de valoração, à luz da teoria da imputação objetiva, ante a necessidade de se verificar a existência de um risco juridicamente reprovável ou a relevância do resultado. Tais aspectos impulsionam o aplicador a uma permanente apreciação valorativa, para fins de determinação do tipo penal, no sentido material.

Torna-se indispensável, contudo, para evitar excessos, que o legislador restrinja ao máximo o emprego de tais formas de tipificação, limitando, também, em relação às normas penais em branco, o campo da complementação àquilo estritamente necessário à perfeita definição da conduta delituosa.

A utilização de normas penais em branco desvela a problemática e inquietante relação de dependência entre o direito penal ambiental e o direito administrativo.

⁷PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*, n. 4, jul. 1999. Barcelona: Editorial Praxis, 1999. p. 71.

⁸COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Proteção jurídica do meio ambiente: I – Florestas. Belo Horizonte: Editora, 2003. p. 311-312.

4 A relação de dependência entre o direito penal ambiental e o direito administrativo: da mitificação à realidade

Muito se discute o caráter acessório do direito penal ambiental, em face da frequente utilização de normas penais em branco. Não raramente o intérprete-aplicador se depara com tipos penais ambientais cuja configuração plena depende de mediação da norma administrativa. Exemplos disso podem ser encontrados nos artigos 34, 55, 62 e 67 da Lei n. 9.605/1998, referentes à pesca predatória, à execução de pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem outorga administrativa válida, à destruição de bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial e à concessão de licença, autorização ou permissão em desacordo com normas ambientais.

Existem muitas restrições ao emprego de normas penais em branco, refletindo, em verdade, algumas das principais objeções à própria intervenção do direito penal na proteção do bem jurídico meio ambiente. Um dos mais sérios argumentos invocados consiste, como já mencionado acima, na sua suposta inadequação para lidar com questões ambientais, o que levaria o direito penal a exercer uma função simbólica⁹, impregnada de conotações ideológicas, mas despida de efetividade prática. Winfried Hassemer aponta, entre outros questionamentos, o fato de o direito penal ambiental encontrar-se marcado por essa “acessoriedade” administrativa. Em sua análise, o direito penal não intervém de forma autônoma no campo ambiental, ficando na dependência do direito administrativo. Transforma-se, assim, “num instrumento auxiliar da Administração, passando a depender, para a demarcação das respectivas fronteiras, da intervenção da Administração”¹⁰. Nessa linha de raciocínio, a definição de um crime ambiental à sombra da incidência da norma administrativa

⁹ Paulo de Sousa Mendes observa, a propósito, que todo “direito penal simbólico é injusto, na medida em que se resigna à aplicação de punições ornamentais, sacrificando alguns infractores, escolhidos ao acaso, na ara do espetáculo judiciário, quicá amplificado pela intervenção dos meios de comunicação social”. (MENDES, Paulo de Sousa: “Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?”. In *Lusiada – Revista de Ciência e Cultura*. Série de Direito, Número especial. Porto: Invulgar – Artes Gráficas, 1996. p. 347).

¹⁰ HASSEMER, Winfried: “A preservação do ambiente pelo Direito Penal”. In *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Ano 6, nº 12. Brasília: julho/dezembro 1998. p. 220.

transformaria o direito penal em instrumento de mera tutela da eficácia daquela, descaracterizando sua finalidade regulatória direta de valores essenciais da sociedade.

É ainda Hassemer quem assinala que a “acessoriedade” administrativa é inevitável para a conformação do direito penal do ambiente, sendo forçoso reconhecer “que o juiz penal nunca teria condições para, nos casos concretos, definir o fato lesivo do ambiente, só com base na lei penal”¹¹. No entanto, insiste o autor em acentuar os prejuízos decorrentes dessa dependência do direito penal em relação ao direito administrativo, visto que ofuscaria a visibilidade do ilícito penal, gerando incertezas e perdendo, por isso, credibilidade social.

A “acessoriedade” administrativa do direito penal ambiental pode ser vista, porém, por ângulo diverso, que, em adequada proporção, a justifica e legitima. Pode-se desmistificar a pretendida autonomia da intervenção penal na proteção do meio ambiente, afirmando, com Anabela Rodrigues, que Direito é sistema e que o legislador é um só, revestido de legitimação popular para editar normas penais e normas de matiz administrativo, consoante o âmbito da competência e a natureza da relação a ser regulamentada. Ademais, em se tratando de proteção ambiental, o legislador penal não poderia gravitar sozinho, dissociado do direito administrativo, em face das competências da administração, impostas por lei, para regular a atividade em sociedade, em prol da higidez do ambiente.

Nessa linha de raciocínio, Anabela Miranda Rodrigues destaca que o legislador penal, ao elaborar tipos penais, não se encontra num espaço jurídico livre, mas sim impregnado de normas emanadas da administração, porquanto “uma complexa rede de disposições administrativas não pode deixar de formar a estrutura em que se articulam as regras do jogo da utilização do ambiente”¹².

¹¹Idem, ibidem, p. cit.

¹²RODRIGUES, Anabela Miranda: “Os crimes contra o ambiente no código penal revisto”. In *Lusiada – Revista de Ciência e Cultura*. Série de Direito, Número especial. Porto: Invulgar – Artes Gráficas, 1996. p. 311.

Assim, um direito penal ambiental totalmente distanciado do direito administrativo seria inviável ante a complexidade das situações configuradoras de lesão ao meio ambiente e a inafastável necessidade de serem observados, no campo da proteção ambiental, critérios de regulação das atividades econômicas e da vida social em geral, a cargo da administração. Francesco Palazzo, a propósito, pondera que um direito penal ambiental caracterizado exclusivamente por figuras delitivas de tutela direta do meio ambiente seria deficiente, encontrando sérias dificuldades de formulação legislativa e árduos problemas de comprovação do nexo causal entre o resultado final e as condutas ¹³.

Admitir o entrelaçamento do direito penal ambiental com o direito administrativo não significa, contudo, subordinar irrestritamente o primeiro ao segundo. Deve-se preferir a “acessoriedade” administrativa relativa, mitigada a uma relação de dependência absoluta. Nesta última, a configuração do tipo fica sujeita integralmente ao ato concreto da administração, como ocorre, por exemplo, com o crime de poluição capitulado no Código Penal português (artigo 279)¹⁴. Lá, somente haverá o crime de poluição se a conduta de poluir contrariar as indicações postas pela autoridade administrativa, subsumindo-se, pois, num crime de desobediência.

¹³“Realmente, figuras centradas en el resultado concretamente ofensivo encontrarían, antes que todo serias dificultades de descripción legislativa de la acción y, por otro lado, arduos problemas de comprobación del nexo causal entre el resultado ‘final’ y ‘complejo’ constituyendo elemento esencial del delito y de las conductas delictivas individuales.” (PALAZZO, Francesco: “Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia”. In *Revista Penal*. n.º 4, julio 1999. Barcelona: Editorial Praxis, 1999. p. 77).

¹⁴Artigo 279º, CP de Portugal: “1. Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa. 3. A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo”.

A relação entre a norma penal e a norma administrativa não pode ser tal que despreze o desvalor da conduta lesiva ao meio ambiente em si e estabeleça a ilicitude penal apenas nos estritos contornos da inobservância das prescrições da administração. Na legislação penal ambiental brasileira, subsiste uma relação de dependência relativa entre o direito penal e o direito administrativo, visto que, apesar de buscar-se, em muitas situações, a norma administrativa para subsidiar o delineamento da figura delitiva, o cerne do injusto não está na violação da norma administrativa, mas sim no prejuízo ou na ameaça de dano para o meio ambiente.

Dito de outra maneira, a norma penal ambiental não deverá contentar-se, para efeito de definição dos tipos, apenas com o desrespeito à norma administrativa, sob pena de se reduzir o crime à mera infração administrativa. Não é correto que o limite do desvalor seja apenas a conduta não amparada por autorização administrativa ou em desacordo com a outorga obtida. Se assim o fosse, estaríamos transformando os ilícitos penais ambientais em meros crimes de desobediência, ofensivos à administração. E mais: bastaria a existência de outorga administrativa para retirar do campo da ilicitude penal o ato ofensivo à integridade do meio ambiente. Ora, certamente não é esse o espírito que norteia a Lei 9.605/98.

O direito penal ambiental certamente não pode prescindir da relação com o direito administrativo, porquanto a administração prescreve, normatiza e fiscaliza o comportamento social, estabelecendo, nos termos da lei, balizas para a promoção do meio ambiente sadio. Mas, para além da vulneração da norma administrativa, há o reconhecimento de que a malha regulatória da administração às vezes não se revela suficiente para conter as condutas degradadoras do meio ambiente. Há, também, a compreensão de que, mesmo autorizada pela administração, determinada atividade poderá implicar grave lesão aos ecossistemas, desafiando a intervenção penal para reprimir a vulneração de um bem que é essencial.

Num sistema de “acessoriedade” mitigada, pois, a existência de autorização administrativa pode não interferir na tipicidade penal da conduta. A dependência,

como enuncia José Luis Arzamendi, se estabelece com a legislação administrativa protetora do meio ambiente e não apenas com base na presença, ou não, de um ato administrativo de licença ou autorização¹⁵.

Para melhor delineamento dessa “acessoriedade” administrativa relativa, aponte-se como exemplo o tipo do artigo 55 da Lei 9.605/98. É crime, de acordo com este dispositivo, executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem autorização, permissão, concessão ou licença da Administração, ou em desacordo com a obtida. Constitui elemento do tipo a inexistência de outorga da administração ou o descumprimento de seus termos. Num sistema penal ambiental de “acessoriedade” de ato, seria possível afirmar que o bem jurídico protegido seria apenas a administração ambiental, porquanto evidenciado, na configuração do tipo, a não emissão de autorização, permissão, concessão ou licença ou a vulneração desses atos administrativos. Nessa esteira de raciocínio, a mera existência de outorga administrativa retiraria o caráter delitivo do comportamento do agente, ainda que dele resultassem prejuízos ao meio ambiente.

Não é assim, porém. Há, em nosso subsistema punitivo, a figura do artigo 54 da Lei 9.605/98 (“causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”). A tipificação do comportamento de poluir independe da existência ou não de ato administrativo autorizativo. É dizer, ainda que autorizada pela administração, a conduta poluente pode configurar o crime do artigo 54, desde que presentes aqueles elementos mencionados na moldura normativa¹⁶.

¹⁵ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta: “Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental”. In Revista Penal. n° 4, julio 1999. Barcelona: Editorial Praxis, 1999. p. 37.

¹⁶Registra Ney Belo Filho: “O crime não é causar poluição desrespeitando padrões legais, mas ofender o meio ambiente por meio de ato poluidor. Caracterizada a ofensa e o ato – materialidade e nexo de causalidade – estará tipificado o delito independentemente de estar o poluidor em consonância com os padrões técnicos apostos na legislação administrativa”. (BELLO FILHO, Ney: Crimes e infrações administrativas ambientais. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Ney de Barros Bello Filho e Flávio Dino de Castro e Costa. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 301). Cabe, contudo, a advertência de que, embora seja possível “a ocorrência do delito independentemente da observância ou não dos padrões oficiais, a culpabilidade, como pressuposto da punibilidade pode não estar presente, o que leva a ocorrência do delito sem que as suas consequências possam ser suportadas pelo agente.” (Idem, ibidem, p. cit.).

Dessa forma, mesmo que a atividade de lavra ou de extração de recursos minerais conte com a outorga da administração, poderá haver relevância penal, nos termos do artigo 54, se daí resultar poluição (de qualquer natureza), em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou, ainda, a destruição significativa da flora. Em síntese, afastado o delito do artigo 55, poderá remanescer o crime do artigo 54 da Lei 9.605/98.

É exatamente este aspecto que permite afirmar que o direito penal ambiental brasileiro segue o modelo de “acessoriedade” administrativa relativa, visto que se preocupa primacialmente com o bem jurídico meio ambiente, e não apenas com a ofensa a prescrições da administração. A sanção penal, portanto, não se presta a assegurar apenas o cumprimento do ordenamento administrativo. Para muito além disso, revela-se a preocupação fundamental da lei com a tutela ambiental, anunciando que o desvalor da conduta delitiva não se restringe ao mero desrespeito de normas administrativas, mas se reporta ao próprio bem jurídico meio ambiente.

De tal consideração resulta outra importante conclusão: num quadro de dependência relativa, a existência de ato administrativo por si só não afasta o caráter delituoso da conduta prejudicial ao ambiente formalmente autorizada pela administração, se tal ato estiver eivado de vício. É que, abstraindo situações caracterizadoras de erro (erro de tipo ou erro de proibição), há casos nos quais será inaceitável supor a legitimidade do comportamento em face da mera existência de licença ou autorização da administração. Imagine-se, por exemplo, a concessão de licença para exploração mineral no interior de uma unidade de conservação de proteção integral (*v.g.* estação ecológica), onde, por força da Lei 9.985/2000, são permitidas apenas a visitação pública com objetivos educacionais e a pesquisa científica. A nulidade de eventual ato administrativo que autorize a realização de atividade mineradora em tal localidade salta aos olhos, não

interferindo, pois, na tipificação penal da conduta, visto que, embora autorizada, se trata de atividade **não autorizável**¹⁷.

5 Crimes de dano e crimes de perigo

Um outro aspecto merecedor de abordagem diz respeito à classificação em delitos de dano e de perigo(197) e ao comportamento da normatividade penal ambiental em face dessa dicotomia.

Crime de dano, conforme lição de Sebastian Soler, “es aquel en el cual el elemento objetivo de la acción se concreta en la lesión total o parcial del bien jurídico que la norma tutela.” Por seu turno, crime de perigo, para o jurista argentino, “es aquel que se concreta y perfecciona con la mera posibilidad de la lesión.”

Assim, o dano representa a efetiva e prejudicial modificação do bem jurídico tutelado, ao passo que o *perigo* consubstancia a probabilidade de um evento temido (Grispigni).

Os crimes de perigo podem trazer consigo probabilidade de dano mais consistente. Nestes casos, teremos crimes de perigo concreto ou efetivo. Noutros casos, “a realização do tipo não traz nem perigo real nem dano ao bem jurídico tutelado”. A presunção do perigo não admite prova em contrário, contentando-se a norma com a prática do ato que se pressupõe perigoso. Estaremos diante, então, dos crimes de perigo abstrato ou presumido. Dito de outra maneira, no crime de perigo concreto, a efetiva existência de perigo é elemento normativo do tipo, dele fazendo parte, portanto. No crime de perigo abstrato, o perigo não integra o tipo, mas atuou como elemento ensejador para a criação legal da conduta delitiva.

¹⁷Nesse sentido, observa Silva Sánchez: “... la concurrencia de una autorización administrativa, si ésta vulnera lo dispuesto en la regulación general medio-ambiental del sector, al recaer sobre una actividad ‘no autorizable’, no obstará a la apreciación de la tipicidad penal de la conducta. Tal afirmación vale tanto para las autorizaciones nulas en sentido estricto (inexistentes ex tunc) como para las meramente anulables (que lo son sólo ex nunc)” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria: *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 63).

A Lei nº 6.938/81 já ostentava no artigo 15, *caput*, significativo tipo penal com roupagem de *crime de perigo*. Ei-lo: “O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave a situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR”.

A Lei 9.605/98 também apresenta vários *crimes de perigo*, como, por exemplo, o tipo penal do artigo 54. Tal dispositivo, em verdade, exhibe condutas caracterizadoras de crime de dano e de perigo, como se vê da redação do *caput*: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou **possam resultar em danos à saúde humana** ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.” A expressão “que possam resultar em danos à saúde humana” expressa um crime de perigo concreto, enquanto que o restante da regra veicula *crime de dano*.

Também vamos encontrar um crime de perigo (perigo concreto) no artigo 42, que penaliza o ato de fabricar, vender transportar ou soltar balões **que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano**. E, ainda, no artigo 61, onde se tem a conduta delitiva de disseminar doença ou praga ou espécies **que possam causar dano** à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas.

Em tais situações, a real probabilidade do dano já se afigura suficiente para a tipificação da conduta. Verifica-se, com isso, uma aproximação da ênfase preventiva própria do direito ambiental, estabelecendo-se uma espécie de antecipação de tutela de cunho penal dos bens ambientais. (202)

Mas onde buscar a fonte que confere legitimação a essa técnica de tipificação de *crimes de perigo*? A adoção preponderante de fórmulas instituidoras de *crimes de perigo* mais se harmoniza com a ideia de prevenção, prevalecente em matéria ambiental. Com efeito, a tipificação da “probabilidade de dano” aumenta a

possibilidade de se evitar a ocorrência de um prejuízo ambiental, em face do potencial e presumível desestímulo que a existência de um tipo penal deve exercer sobre os indivíduos. Tipificando-se, noutras palavras, a exposição do bem jurídico a perigo de dano, a lei acaba por inibir a prática de condutas que se amoldam à situação de perigo, minimizando, por consequência, as hipóteses potencialmente causadoras de lesão ao bem jurídico objeto da tutela. A tipificação da probabilidade do dano mais se afeiçoa à concepção de um “direito penal de riscos”.

6 A sociedade de risco e o direito penal de riscos

Na realidade, pode-se apontar a origem dessa estratégia de antecipação da intervenção penal na guinada que o chamado “direito penal clássico” sofreu nos novos horizontes da sociedade pós-industrial, notadamente a partir da segunda metade do século XX, com o despontar do fenômeno da globalização.

A expressão “sociedade de risco”, difundida pelo sociólogo Ulrich Beck, presta-se a traduzir a sociedade multicomplexa e global em que vivemos. Nela verifica-se o surgimento de novas demandas decorrentes do crescente processo de integração supranacional, da ampliação do mercado, da fluidez do capital transnacional, dos avanços tecnológico-científicos, do aumento de conflitos de interesses de massa. Afirmo Paulo Silva Fernandes que a globalização produz um “estreitamento (e aprofundamento) espacio-temporal de toda uma estrutura social, política e cultural, suportado por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera ainda mais todo um processo de diluição (...) do uno no múltiplo, do *ser-aí-diferente* no *ser-em-todo-o-lado-igual*, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, econômicas, políticas e sociais, em consequência do qual cada vez menos se encontra um “eu” genuíno”¹⁸.

A sociedade pós-industrial é o cenário típico em que germina e frutifica a sensação de insegurança e de fragilidade. São tantos e tão variados os riscos acumulados, que o homem já não é mais capaz de sentir-se plenamente seguro. A

¹⁸FERNANDES, Paulo Silva: Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 41/42.

comodidade das transações comerciais e financeiras por via eletrônica, por exemplo, traz consigo o perigo do ataque de piratas cibernéticos. A invasão da privacidade é um sério efeito colateral das janelas que se abrem ao mundo pela rede mundial de computadores.

Noutro plano, ainda a título ilustrativo, a agilidade de abastecimento de petróleo e gás natural por meio de oleodutos e gasodutos tem em si a possibilidade de ocorrência de graves prejuízos ambientais em caso de vazamentos. Seja através da ação isolada, seja por meio da criminalidade organizada, está presente a sombra do risco sobre o bem-estar do homem, *ser-individual* ou *ser-coletivo*.

Tudo isso repercute inevitavelmente no campo do direito penal, pois cresce o clamor por respostas mais efetivas do Estado em relação à segurança. A sociedade, como sugere Claus Roxin¹⁹, busca refúgio no direito penal, na esperança de aí encontrar porto seguro para suas múltiplas angústias.

É bem verdade que a chamada “escola de Frankfurt” opõe-se a essa transposição de paradigma da “sociedade de risco” para o “direito penal do risco”, sob o argumento de que o direito penal passaria a exercer, dessa forma, função simbólica, com a criminalização de condutas mediante o recurso a normas em branco e a conceitos indeterminados e, pois, com o propósito de exercer apenas efeito analgésico numa população insegura e atemorizada.

Essa visão excessivamente garantística não pode prevalecer, contudo, sob pena de o direito penal distanciar-se das exigências da atualidade, perdendo credibilidade. De um modo geral, a antecipação da intervenção penal da defesa do meio ambiente se impõe, diante das novas e complexas situações de risco a bens não apenas individuais, mas sobretudo de matriz difusa. O direito penal não deve furtar-se à proteção dos bens e interesses essenciais. E a essencialidade, agora, está bem presente na tutela de interesses difusos; apresenta-se, também, na

¹⁹ROXIN, Claus: Problemas Básicos del Derecho Penal, apud Fermín Morales Prats. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, in “Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 86.

perspectiva de uma intervenção que seja capaz de oferecer respostas às novas situações de risco aos bens e valores mais caros da coletividade.

Essa nova realidade, como observa Paulo Silva Fernandes, reflete no nível da proteção dos bens jurídicos, impondo uma espécie de tutela antecipada do bem jurídico mediante o emprego de *crimes de perigo* ²⁰. Redimensiona-se, então, o princípio da ofensividade ao bem jurídico para possibilitar o alargamento das fronteiras do direito penal e, com isso, abrigar com maior intensidade condutas que se ponham no terreno do *risco*. Somente assim é que será possível responder eficazmente às novas situações de perigo, especialmente no campo do direito penal ambiental e do direito penal econômico.

7 Crimes comissivos e omissivos

A aplicação da Lei Penal Ambiental também não pode desconsiderar a clássica distinção entre crimes comissivos (cujo tipo encerra uma ação, tida como o comportamento humano voltado para a lesão ou para o perigo de dano a determinado bem jurídico, ou para a causação de uma lesão previsível a um bem jurídico) e crimes omissivos (cujo núcleo do tipo é a inatividade do agente — *non facere quod debeat*).⁽²⁰³⁾ No primeiro caso, “a norma impõe abstenção de atividade e se transgride através de ação”, ao passo que no segundo “a norma impõe comportamento ativo e se transgride através da abstenção da atividade devida.”⁽²⁰⁴⁾

A omissão pode conduzir a duas espécies de crimes omissivos: crimes omissivos próprios (a omissão consiste na desobediência, na falta do cumprimento do comando de agir imposto pela norma, independentemente de qualquer resultado) e os crimes omissivos impróprios, também chamados de comissivos por omissão (a omissão consiste na violação do dever jurídico de impedir o resultado, ou seja, o resultado é atribuído ao agente pelo fato de este haver descumprido o dever jurídico de evitá-lo).

²⁰FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco”, e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 89.

Os crimes comissivos, majoritariamente presentes na Lei, podem ser praticados também por omissão, desde que presente o dever jurídico de impedir o resultado (CP, artigo 13, § 2º). Ressalva deve ser feita, no entanto, àqueles delitos que envolvem um comportamento necessariamente ativo, como, p. ex., os tipos dos artigos 30, 34, 35, 39 etc. Em tais situações, o resultado depende de uma conduta ativa, de um *facere*, sem o que o crime não se consuma.

É relevante destacar, por outra face, em relação aos crimes omissivos impróprios, a indeclinabilidade da presença do dever jurídico de impedir o resultado. Conforme Heleno Cláudio Fragoso, “não há crime comissivo por omissão, sem que haja especial dever jurídico de atuar; atuação que, por força das circunstâncias (o crime exige um resultado), deve impedir o dano ou perigo que consuma o delito” (205)

Sendo assim, é cabível questionar se, em face da norma insculpida no artigo 225, *caput*, CF (206), a omissão de qualquer indivíduo diante de situações configuradoras de um dos tipos descritos na Lei Ambiental torná-lo-ia sujeito ativo desse crime. É que o dispositivo constitucional em tela impõe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (207). Todos assumem, de certa forma, a condição de garantidores do bem jurídico em questão.

Isso não pode significar, todavia, que qualquer omissão em impedir a ocorrência de um fato lesivo ao meio ambiente, tipificado como crime, torne o indivíduo sujeito ativo desse delito, sendo inafastável a ideia de *causalidade normativa*. A omissão não produz, a rigor, um resultado. Existe, sim, nexo entre o resultado e o comportamento (omitido) a que estava obrigado o agente.

Dessa forma, à luz do artigo 13, § 2º, do Código Penal, o indivíduo somente será considerado responsável pelo crime ambiental, em se tratando de omissão imprópria, nas hipóteses em que for possível equiparar a ausência do impedimento à causação, ou seja, quando o resultado for decorrência imediata do

descumprimento do dever de agir, e quando for realmente possível agir de modo a impedi-lo.

7.1 Crimes dolosos e culposos

Consideramos, na esteira da moderna doutrina, que o dolo situa-se no terreno do tipo, e não no da culpabilidade, correspondendo ao elemento cognitivo e ao elemento volitivo que norteiam o comportamento do agente e determinando, assim, a configuração do ilícito.

Nos tipos dolosos verifica-se a consciência e a vontade da concretização do fato típico. A doutrina tradicional apontava a divisão do dolo em genérico (traduzindo a vontade geral de realizar o fato punível) e específico (expressando um fim especial de agir). Tal distinção tem sido considerada imprópria, apresentando-se a finalidade última do agente como elemento subjetivo do injusto ou do tipo.

Quanto aos crimes culposos, sua tipicidade é determinada mediante a forma imprópria com que se porta o agente, destrilhando dos deveres de atenção, cuidado e diligência normalmente exigíveis no cotidiano das relações sociais. A falta do cuidado necessário e exigível manifesta-se através da imprudência, negligência e imperícia.

O tipo no crime culposo é aberto, cabendo ao juiz identificar, no caso concreto, a inobservância do cuidado objetivo que ensejou o resultado.

A Lei 9.605/98 exhibe tipos dolosos e culposos, com destacada preponderância para os primeiros. Vamos encontrar tipos culposos nos seguintes dispositivos: artigo 38, parágrafo único; artigo 40, § 3º; artigo 41, parágrafo único; artigo 49, parágrafo único; artigo 54, § 1º; artigo 56, § 3º; artigo 62, parágrafo único; artigo 67, parágrafo único, e artigo 68, parágrafo único.

A previsão de tipos penais culposos atende, a nosso ver, de forma mais efetiva, a finalidade da norma penal ambiental consistente em tutelar os valores relacionados com a preservação do meio ambiente. Além disso, a existência de modalidades culposas mantém sintonia com o disposto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, pois ali se impõe a todos o dever de preservar o meio ambiente. A inobservância desse dever de cuidado, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, há de repercutir, assim, na órbita penal.