Esta é a versão em html do arquivo <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/30604/Estado_Teatral_Implementa%C3%A7%C3%A3o.pdf>.
**G o o g l e** cria automaticamente versões em texto de documentos à medida que vasculha a web.

|  |
| --- |
| **Page 1** |

B12

\* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 06/09/2006.

***O ESTADO TEATRAL E A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO***

***AMBIENTAL1***

**ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN2\***

*Procurador de Justiça, SP, e Professor de Direito Ambiental*

*“Nos dias de hoje, está esgotado o modelo do jurista brasileiro*

*que, por séculos, viveu na convicção de que com a promulgação*

*da lei estava concluída sua missão”*3.

Min. José Paulo Sepúlveda Pertence

**1. A TEATRALIDADE REGULATÓRIA E A OUTRA METADE DA**

**ORDEM PÚBLICA AMBIENTAL**

Durante séculos, mas principalmente no período da Revolução

Industrial, a degradação ambiental foi vista como um incidente menor ou

mal necessário, quando muito demandando controle jurídico fragmentado

e esporádico, no âmbito restrito das relações individuais e do Direito

Privado – os direitos de vizinhança, dentre outras técnicas -, não

justificando, a não ser em caráter excepcional, nada mais que simples

atenção periférica do Poder Público4.

1 O presente estudo toma por base, revisita e dá seguimento ao nosso António Herman

V. Benjamin, A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público, in

Antonio Herman V. Benjamin (coordenador), Dano Ambiental: Prevenção. Reparação e

Repressão, São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993, pp. 360-377.

2 Procurador de Justiça em São Paulo, ex-Coordenador do Centro de Apoio Operacional

das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, Mestre (L.L.M.) em Direito pela University

of Illinois College of Law, Professor de Direito Ambiental Comparado na University of

Texas School of Law e Diretor do Instituto "O Direito por um Planeta Verde".

3 Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, Palestra proferida em 13.06.97, no "Encontro

do Rio São Francisco: o Rio da Unidade Nacional", realizado de 12 a 14 de junho de

1997, na cidade de São Francisco, Minas Gerais, organizado pelo Ministério Público de

Minas Gerais, sob a coordenação de Jarbas Soares Junior.

4 Entre as exceções a essa regra, todas de modesta repercussão prática, podem ser

lembradas as proibições de exploração e de uso de certos recursos naturais,

normalmente incluídos sob a esfera da dominialidade do soberano (caça e corte de

determinadas espécies de árvores nobres, sendo o Pau-Brasil um bom exemplo no

período colonial), bem como a criminalização de alguns comportamentos capazes de pôr

em sério risco a saúde humana (contaminação de água potável, p. ex.).

|  |
| --- |
| **Page 2** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

2

Uma das características dos nossos tempos, já a partir do final

do Século XIX, portanto em momento bem anterior ao próprio

aparecimento do Direito Ambiental, é a ampliação do rol de interesses e

de hipóteses de intervenção do Estado, que passou, por razões várias, a

legislar e a controlar atividades e recursos que antes eram desvalorizados

enquanto não apropriados (*res nullius*) ou compartilhados por todos, sem

um regime definido de dominialidade privada (*res communis omnium*).

A esse modelo de organização estatal alargada deu-se o nome

de *Estado Regulador* (= *regulatory State*, na expressão preferida pelos

anglo-saxônicos) ou *Estado Dirigista* (na denominação comum entre os

franceses da primeira metade do século XX). Um Poder Público inquieto,

que não se contentava em estabelecer as regras do jogo da convivência

social e, à distância, observar a evolução individual dos seus participantes.

Muito ao contrário, um Estado pronto, sob várias formas e argumentos, a

intervir na Economia5.

Mas para agir e intervir, o Estado requeria uma nova

(substancialmente diferente) estrutura normativa – essa a razão da

explosão legislativa do Século XX -e, ao mesmo tempo, órgãos talhados

para fazê-la cumprir.

No campo ambiental, essa ordem jurídica atualizada – que

poderíamos chamar de *Ordem Pública Ambiental* -, interventiva por

excelência, *juridicizou* e *publicizou* o meio ambiente de duas formas. E em

ambas contribuiu para enfraquecer as linhas divisórias (teóricas e

práticas) entre o Direito Público e o Direito Privado.

5 Em dois sentidos básicos pode-se tomar a expressão "intervenção do Estado na

economia" e, a partir daí, "intervenção do Estado no fenômeno ambiental".

Num primeiro, ressalta-se o fato do Estado interferir com a autonomia privada dos

indivíduos, fixando regras e controlando a atividade negocial, o exercício do direito de

propriedade e a exploração dos recursos naturais. É o Estado "regulador" por excelência.

Noutro enfoque, a ênfase está na participação do Estado, como sujeito, de negócios

jurídicos, "dirigindo industrias, fazendo-se empresário, atirando-se ao jogo do câmbio"

(Clovis Bevilaqua, Direito das Obrigações, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio,

1977, p. 27). E o Estado "operador". Em nosso texto cuidaremos apenas daquela

acepção e não desta.

|  |
| --- |
| **Page 3** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

3

Primeiro, a Ordem Pública Ambiental levou a luz do Direito,

até constitucional, a sítios onde antes só reinava o vazio regulatório,

ensejando o aparecimento de categorias e valores jurídicos

desconhecidos, como a biodiversidade, sem falar da própria noção de

meio ambiente.

Segundo, o novo paradigma estatal desprivatizou ou corroeu a

feição privatística de algumas modalidades de bens ambientais. Assim

com a fauna6, o subsolo e a água, que foram, no Brasil, pura e

simplesmente estatizados. Assim com as florestas, verdadeiro *tertius*,

nem totalmente privadas, nem totalmente públicas, mas "bens de

interesse comum a todos os habitantes do País"7.

É certo que essa confusão de fronteiras entre o Direito Público

e o Direito Privado não se deu ao acaso, nem unilateralmente, isto é, tão-

só como resultado de um inevitável e até certo ponto incontrolável

expansionismo estatal – o *público* invadindo o *privado*.

Algo parecido ocorreu em sentido contrário, pelo

enfraquecimento ou mesmo afogamento do *público* tradicional pelo

*privado*. A um, em tendência salutar, com a incursão privada na defesa de

interesses em regra considerados estritamente públicos e, por

conseqüência, terreno monopolístico do Estado. É o caso da participação

da sociedade civil no procedimento de licenciamento ambiental ou, ainda,

a ampliação da legitimação para agir no processo civil. A dois, agora de

forma reprovável, com a *res publica* sendo assediada, capturada e

privatizada, num eloqüente e bem-sucedido exercício de força,

6 Nos termos da Lei de Proteção à Fauna (Lei n. 5.197/67), "Os animais de quaisquer

espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do

cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros

naturais, são propriedades do Estado"(art. 1, caput, grifei); Cf, o tratamento da matéria

no novo Código Civil.

7 Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), art. 1, caput.

|  |
| --- |
| **Page 4** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

4

comandado por grandes grupos econômicos, centros de poder amiúde

capazes de ofuscar a figura do Estado8.

Assim enxergada a situação, a publicização do meio ambiente,

marca do Direito Ambiental, nada mais é do que tardia resposta à

privatização gradativa, no decorrer dos tempos, dos recursos naturais,

apropriação essa que se deu ora de forma direta (o reconhecimento da

propriedade privada sobre a água, a fauna e a flora, p. ex.), ora de modo

indireto, por meio da concessão a alguns sujeitos, em detrimento da

coletividade, da prerrogativa de poluir e contaminar os recursos usados

por todos, entre eles, com destaque, as empresas que, conforme aponta

Eladio Lecey, sabidamente são responsáveis pelos mais graves atentados

ao meio ambiente9.

Na visão do Estado regulador, intervir para proteger o meio

ambiente passou a ser sinônimo de legislar para tutela-lo. A promulgação

de leis, decretos, portarias e uma série de outros atos normativos foi a

resposta encontrada pelo Poder Público para redimir sua omissão

ambiental centenária. A partir daí, o Direito Ambiental desenvolve-se

como um sistema teórico-dogmático lastreado na força regulatória do

Estado. Consumada estava a *Ordem Jurídica Ambiental* legislada.

Contudo, aos poucos percebeu-se que a produção legislativa,

como fato solitário, não bastava. O Direito Ambiental haveria de ser algo

mais que a disposição metódica de normas e padrões de comando-e-

controle inaplicáveis ou inaplicados (*= law on the books*), ou, noutra

perspectiva, deveria ir além da asséptica análise teórica que daí se

construísse. De fato, quem se contentar com um tal isolado e abstrato

8 Roberto Mangabeira Unger, in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory, New

York, The Free Press, 1976, pp. 200-203).

Tanto quanto a intervenção c controle estatais do mercado, o apossamento do Estado

(por controle direto ou cooptação) por esses mega-entes empresariais muito contribui

para diluir, quando não para apagar, a dicotomia público-privado, classicamente aceita.

9 Eladio Lecey, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Efetividade na realidade*

*brasileira*, in Anais das I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente. Instituto do

Ambiente e do Ordenamento do Território, Lisboa, 2002, p. 29.

|  |
| --- |
| **Page 5** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

5

estudo do Direito Positivo Ambiental estará apequenando, a um só tempo,

a disciplina jurídica e o seu objeto.

A rigor, como fazemos aqui, a grande contribuição que a

doutrina pode dar ao Direito Ambiental é exatamente essa reflexão

pragmática, que incorpora teoria e prática, análise dogmática e eficácia

concreta, direito exposto e direito em ação. Para tanto, é mister

ultrapassar os confins da norma, dela se utilizando como ponto de partida

para um exame mais amplo dos complexos fenômenos jurídicos, sociais,

políticos, econômicos e científicos que lhe deram origem, são sua razão de

ser e podem, afinal, determinar sua viabilidade e utilidade social.

Em síntese, ao Direito Ambiental, como disciplina jurídica com

identidade própria, importa tanto conhecer a norma, em sua abstração

formal, como no cotidiano de sua aplicação, vale dizer, na sua

*implementação*. À *Ordem Pública Ambiental* legislada haverá que se

acrescentar o matiz implementador.

O texto legislativo, sozinho, realmente não leva a lugar

nenhum, contrariamente ao que insinua e advoga o saber convencional.

No Direito Ambiental, devemos enfaticamente rejeitar a tese de que a lei,

como manifestação final do legislador, já nasce adulta. Nas palavras de

Roscoe Pound, ainda no início do Século XX e com apoio nos alemães, "O

Direito sempre esteve e sem dúvida sempre estará em processo de vir a

ser"10. Se não bastasse tal sábia lição, a realidade do fenômeno jurídico

nos ensina que a promulgação, como momento formal, nada mais

representa que o ponto inicial de uma trajetória, que pode ser curta ou

longa, tranquila ou tumultuada, cara ou barata, democrática ou

autoritária, efetiva ou inoperante, mas sempre prisioneira da sua

*implementação*.

10 Roscoe Pound, *Law in the books and law in action*, *in* The American Law Review, vol.

44,, 1910, p. 22.

|  |
| --- |
| **Page 6** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

6

Mesmo sendo um estágio pós-legislação (daí o desinteresse da

doutrina clássica por ela), a implementação não se separa do fenômeno

jurídico, pois uma lei que não tenha nenhum efeito prático induz a se pôr

em dúvida o próprio Direito11.

Achar que a promulgação de uma lei leva, de modo

automático, à retificação do problema que lhe deu origem,

paradoxalmente é bem comum na comunidade ambientalista12, entre

aqueles mesmos que, por experiência própria, deveriam saber que há um

oceano entre a legislação ambiental e a realização dos seus objetivos

primordiais.

Na trajetória da norma jurídica ambiental, portanto, o *depois*

irremediavelmente ofusca o *antes*; com o passar dos anos, o processo

legislativo e até a estrutura literal da regra transformam-se em centelha

apagada e longínqua no universo da lei, uma parágrafo de livro. Sua

estatura final será ditada pelos resultados (e transformações) que lograr

alcançar na malha social, e não pelo *pedigree* de sua genealogia.

Aí está, numa palavra, a equação simbionte que,

inseparavelmente, une *regulação jurídica* e *implementação*, composição

inafastável e caracterizadora das chamadas novas disciplinas jurídicas,

todas comprometidas com *resultados*, em particular aquelas de estirpe

*welfarista*, como o Direito Ambiental.

Nesse *paradigma bipolar* da *Ordem Pública Ambiental*, à

instituição de direitos e obrigações corresponde a previsão de

instrumentos de implementação, sejam administrativos (licenciamento

11 Lord Nathan, *Enforcement* – *Securing compliance*, *in Environmental Liability*, IBA

Section on Business Law, Committee F (International Environmental Law), 7th

Residential Seminar on Environmental Law. 9-13 June 1990, Montreux, Switzerland,

London, Graham & Trotman and International Bar Association, 1991, p. 239.

12 Barry C. Field, *Environmental Economics: An Introduction*. New York, McGraw-Hill,

Inc., 1994, p. 185.

|  |
| --- |
| **Page 7** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

7

ambiental, p. ex.) ou penais (sanção penal, p. ex.), sejam civis (ação civil

pública, p. ex.13) ou mistos (instrumentos de mercado, p. ex.).

Se assim é, cabe buscar, entre esses vários mecanismos do

Direito Ambiental, os pontos comuns e divergentes que os caracterizam. A

essa análise dogmática dos instrumentos jurídico-ambientais e de sua

prática denominamos *Teoria da Implementação*.

Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase,

atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar,

não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a

insatisfação social. É o *Estado teatral*, aquele que, ao regular a proteção

do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a

implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo,

não se importa em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante

das dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos

interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela

degradação ambiental. A teatralidade estatal é a marca dessa separação

entre lei e implementação, entre a norma escrita e a norma praticada. O

resultado é uma *Ordem Pública Ambiental* incompleta.

Não raro esquecemos que a obra legislativa do Estado teatral

– a lei simbólica – nunca passará, por mais eloqüente e promissora que

seja, de um gesto político levado às últimas consequências14. Em nações

como o Brasil, esse simbolismo legal, fruto de uma implementação

deficiente ou inexistente, nem sempre decorre somente da forma ou

conteúdo da norma. É no contexto, no entorno, que vamos encontrar a

explicação para o que temos e o veredicto final sobre a relevância e a

prestabilidade social da manifestação legislativa.

13 Vista por esse prisma teórico (mas igualmente prático), a ação civil pública nada mais

é que *um* – entre vários – dos mecanismos pelos quais se manifesta, na forma de

sistema, a implementação da lei. Como ela, há outras técnicas também viabilizadoras

dos objetivos, princípios, direitos e obrigações legalmente determinados.

14 Cf. John P. Dwyer, *The pathology of symbolic legislation*, *in* Ecology Law Quarterly, vol.

17, 1990, p, 316.

|  |
| --- |
| **Page 8** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

8

Todos os sistemas jurídicos e todas as disciplinas15

estão

vulneráveis a incursões simplesmente retóricas do legislador. Contudo,

parece que, entre aqueles, o brasileiro, e, entre estas, o Direito

Ambiental, são candidatos preferenciais a verem da Constituição a mais

inferior portaria transformadas em matéria-prima de exame teórico e

nada mais.

O mal, contudo, não é privilégio do Brasil. Alerta Maria

Eugenia Di Paola que "nossa realidade latino-americana oferece claras

falências em matéria de aplicação e cumprimento da normativa

ambiental"16.

**2. IMPLEMENTAÇÃO: O PATINHO-FEIO DO FENÔMENO**

**JURÍDICO**

No início da década de 90, publiquei texto17 que, pela primeira

vez no Brasil, abordou, de forma sistemática, a implementação da

legislação ambiental18. Totalmente compreensível que a boa doutrina

nacional, até aquele momento, não houvesse se debruçado sobre o tema,

já que o Direito Ambiental ainda não se consolidara, e a hora era a dos

esforços destinados a formar e caracterizar as bases legislativas e teóricas

da nova disciplina, com especial cuidado na enunciação de seus objetivos,

15 Qualidade retórica que atinge inclusive a norma constitucional, como no caso dos

países do ex-bloco soviético, cujos detalhados dispositivos não tiveram nenhum efeito

prático na redução da poluição e degradação ambiental.

16

Maria Eugenia Di Paola, *Hacia la construcción de un programa de aplicación y*

*cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina, in* Material de Trabajo y

Conclusiones, lera Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la

Normativa Ambiental en América Latina, Buenos Aires, FARN e Banco Mundial, 2002, p.

19.

17 Cf. Antonio Herman Benjamin, A implementação ... cit.. pp. 360-377.

18 Foi a partir de tal estudo que a expressão "implementação ambiental" passou a ser

utilizada na literatura brasileira, como sinônimo de *"enforcement"*. Hoje, totalmente

consagrada, íntegra os Manuais de Direito Ambiental (cf., p. ex., o excelente Marcelo

Abelha Rodrigues, *Instituições de Direito Ambiental*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p.

43 e segs..

|  |
| --- |
| **Page 9** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

9

princípios (o poluidor-pagador e prevenção, p.ex.), instrumentos (o

estudo prévio de impacto ambiental e a ação civil pública, p.ex.) e

instituições (CONAMA e CONSEMAs, p. ex.).

Passados mais de dez anos da publicação de tal estudo

pioneiro, mostra-se oportuno retornar ao tema e às premissas da análise

então feita, pois, lá como agora, o desafio presente não mais é o

legislativo – embora lacunas legais ainda existam no nosso País, como no

campo dos resíduos e do tratamento abrangente da biodiversidade -, mas

aplicar e fazer respeitar as normas legais existentes19.

Nesse contexto de afirmação pela prática do Direito Ambiental,

causa espanto que ainda escutemos indagações do tipo: por que

juridicizar (e judicializar!) a questão ambiental? Por que produzir e aplicar

normas jurídicas de proteção ao meio ambiente? Ora, o Estado legisla e

organiza um sistema de implementação em reação a um dos fenômenos

mais evidentes e desafiantes do nosso século, o *conflito ambiental*.

Não é nosso propósito aqui discorrer sobre a conflituosidade

ambiental20, mas é com os olhos postos nela que vamos justificar o

moderno esforço normativo do Poder Público, que se exterioriza pela

criação de novas categorias jurídicas (entre as quais, como já notamos, o

próprio *meio ambiente*, autonomamente considerado), sujeitos (basta

lembrar as *gerações futuras*), princípios (o da precaução), instrumentos

(auditoria21 e estudo prévio de impacto ambiental) e obrigações (p. ex., a

de dar destinação final adequada a produtos utilizados por terceiros, como

19 Cf., no mesmo sentido, François Ost, *Le juste miliett*. *Pour une approche dialectique du*

*rapport homme-nature, in Images et Usages de la Nature en Droit*, sous la direction de

Philippe Gérard, François Ost e Michel vande Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires

Saint-Louis, 1993, p. 25.

20 Sobre o conflito ambiental, cf. Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição da Aldeia*

*Global contra o Processo Civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação*

*judiciais do meio ambiente e do consumidor, in* Édis Milaré, *Ação Civil Pública:*

*Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Editora Revista dos

Tribunais, 1995, pp. 70-151.

21 No tema, cf. Rodrigo Sales, *Auditoria Ambiental: Aspects Jurídicos*, São Paulo, LTr,

2001.

|  |
| --- |
| **Page 10** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

10

as baterias). Tudo organizado em volta de uma noção dorsal: a *função*

*ambiental22*.

O conflito é inerente à convivência humana. As aspirações do

ser humano, materiais ou espiritais, além dos limites impostos pela

natureza das coisas, operam em fronteiras delimitadas por desejos ou

necessidades de outro ou outros indivíduos. Naquele primeiro caso, o

conflito tem uma conotação eminentemente individual ou, quando muito,

plural. Neste, diversamente, o conflito adquire ares de

supraindividualidade23.

Na gestão desses conflitos – individuais ou supraindividuais –

o Estado faz uso de *duas* técnicas correlatas e interdependentes24: a)

*regulação ou normatização* de condutas (*= regulation*) e b)

implementação legal (*= enforcement*), que visa assegurar o respeito,

obediência ou cumprimento legal (*= compliance*).

Como já alertamos, só bem recentemente os especialistas

passaram a dar atenção maior à implementação legal, verdadeiro

"patinho-feio" do fenômeno jurídico. Antes desse despertar, ao jurista

interessava, numa palavra, a lei e seus desdobramentos intrínsecos: seus

precedentes históricos, sua estrutura, seus conceitos e valores, sua

interpretação.

22 Cf., no tema da "função ambiental", essencial ã compreensão de todo o Direito

Ambiental, Antônio Herman V. Benjamin, *Função ambiental, in* Antônio Herman V.

Benjamin, *Dano Ambiental... cit*., pp. 9-82.

23 Já tivemos oportunidade de escrever que as relações ambientais, na esteira do que

sucede com o consumo e o trabalho, são geneticamente conflitivas, "não apenas

*individualmente* conflitivas, mas socialmente *conflitivas*, isto é, naturalmente

contaminadas de macroconflituosidade; daí a frequência com que os conflitos afloram"

(Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição* ... cit., p. 104).

24 Essas técnicas interessam aos estudiosos e operadores do Direito, mas não só a eles.

A problemática da implementação do Direito Ambiental "é um tema tentador para a

formulação teórica interdisciplinar" (William H. Rodgers Jr., *Environmental Law*, second

edition, St. Paul, West Publishing CO., 1994, p. 171), agregando setores como a

economia, a psicologia, a sociologia, a ciência política. A tanto, evidentemente, não

chegaremos, até pelos limites materiais do presente estudo.

|  |
| --- |
| **Page 11** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

11

A questão da aplicação (ou melhor, da ausência de aplicação)

não dizia diretamente respeito ao estudioso, nem tinha relevância

acadêmico-científica. A lei podia e devia ser criticada pela sua

inoportunidade, imprecisão terminológica, má-redação ou erros técnicos,

sempre na perspectiva de seu *conteúdo*. Mas só! A norma punha-se como

uma realidade abstraía e distante, e como tal devia ser cientificamente

esmiuçada. Sua aplicação, bem, esta seria objeto de avaliação da

sociedade como um todo e, com a eventual movimentação desta,

esperava-se, terminaria reexaminada pelo próprio legislador.

Esse "complexo de avestruz" jurídico, ninguém nega,

condenou várias esferas do ordenamento a uma gradativa perda de

legitimidade e de respeitabilidade. O repertório legislativo está infestado

de leis que, com uma mão generosa, concedem direitos e impõem

obrigações para, com a outra, no dispositivo seguinte, impiedosa e

diretamente negá-los, ou, até pior, inviabiliza-los pela via transversa da

má-redação ou da inaplicabilidade dos instrumentos escolhidos. Não foi,

até pouco tempo atrás, diferente com a tutela jurídica do meio ambiente.

Só que aqui, por força da pressão social, da criação de órgãos

especializados que eram convocados a apresentar resultados práticos

imediatos e, principalmente, da fiscalização permanente, embora nem

sempre estruturada, de organizações não-governamentais, logo25 se viu,

como já indicamos, que a produção legislativa ambiental era somente o

*primeiro passo* de um processo mais complexo e amplo que, no final,

supunha-se, concretizaria os objetivos determinados pelo legislador

constitucional e exigidos pelo público em geral.

25 Em verdade, só na terceira década de sua existência (os anos 90), o Direito Ambiental

norte-americano passou a dar atenção maior à questão da implementação, agregando, p.

ex., em auxílio de sua eficácia, as sanções penais (cf. J. William Futrell, *The history of*

*Environmental Law, in* Celia Campbell-Mohn (editor), *Sustainable Environmental Law:*

*Integrating Natural Resource and Pollution Abatement Law From Resources to Recovery*,

St. Paul, West Publishing Co., 1993, p. 55).

|  |
| --- |
| **Page 12** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

12

Hoje, no campo ambiental, mais do que em qualquer outra

disciplina, está posta a questão da implementação, como tema dominante

na comunidade internacional26, verdadeiro estágio imprescindível à boa

regulação. Nesse contexto, também revisitaremos outra noção pouco ou

raramente estudada pelo jurista, a de *respeito* ou *cumprimento da lei*

*(compliance)*. Assim fica completo e integrado o quadro da *Ordem Júridica*

*Ambiental*, que transita entre o *paradigma da normatividade formal* e o

*paradigma da normatividade efetiva*.

**3. SENTIDO DA EXPRESSÃO "PROTEÇÃO AMBIENTAL" E A**

**EXISTÊNCIA DE UM DEVER ESTATAL DE REGULAR E IMPLEMENTAR**

Já vimos que, como qualquer outro bem constitucionalmente

valorado, o meio-ambiente provoca conflitos em torno de si que, não há

como escapar, exigem tratamento jurídico, ora preventivo, ora

reparatório, ora repressivo.

Só através da lei cuida o Direito dessa matéria. Contudo, tal

como se dá com toda e qualquer modalidade de legislação, a norma

ambiental, dissemos antes, é o passo inicial. No caso do Direito

Ambiental, o jurista, nos seus estudos, é amiúde lembrado da regra da

modéstia, a nos ensinar que a lei, sozinha, sem um mínimo de adesão

social e de vontade política para implementá-la, pouco acrescenta, já que

minguados, quando muito, seus efeitos reais27.

Nesse sentido, já afirmamos: "A legislação ambiental é um

*nada* quando não cumpre seus objetivos através de um programa

26

Durwood Zaelke, Kenneth Markowitz and Thomas Higdon, *Strengthening*

*environmental enforcement and compliance through networks, in* Maria Eugenia Di Paola

(editor). Material ... cit., p. 121.

27

Jean-François Neuray, *Introduction Générale, in L'Actualité du Droit de*

*L'Environnement* (Actes du Colloque des 17 et novembre 1994), Bruxelles, Bruylant,

1995, p. 14.

|  |
| --- |
| **Page 13** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

13

eficiente de implementação".28 Em todas as áreas do fenômeno jurídico,

"seja por interesse pessoal ou corporativo, seja por mero comodismo ou

por outras razões, o certo é que não se deve esperar o cumprimento

espontâneo de normas que estabeleçam limites e imponham deveres aos

administrados"29. Daí a enorme importância do estudo da implementação

legal, objetivando assegurar a obediência dos regulados.

Em matéria ambiental, ao contrário do que se dá em outros

campos da vida humana, existe, genericamente, um *dever de legislar*,

assumido internacionalmente pelos vários países, entre os quais o Brasil.

Essa a orientação que deflui da *Declaração do Rio*, firmada em 1992,

quando estabelece que os "Estados devem promulgar legislação ambiental

efetiva"30. Na mesma linha, a Constituição Federal de 198831.

Visível, então, que não se trata apenas de um dever abstrato

de legislar (em si já uma novidade), mas de uma obrigação de produzir

normas jurídico-ambientais *efetivas*, isto é, verdadeiramente capazes de

estancar ou reduzir os comportamentos anti-ambientais que ameaçam a

vida no planeta.

No caso específico do Brasil, os compromissos internacionais

de que é signatário e o seu próprio quadro constitucional impõem *duas*

esferas de elementos vinculantes em relação ao meio ambiente.

28

Antônio Herman V. Benjamin, *A proteção do meio ambiente nos países menos*

*desenvolvidos: o caso da América Latina, in Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem*

*a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. p. 429, grifo no

original.

29

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patrícia André de Camargo Ferraz,

*Ministério Público e "enforcement" (mecanismos une estimulem e imponham o respeito*

*às leis, in Livro de Teses do II Congresso Nacional do Ministério Público*, tomo II,

realizado em Goiânia, de 23 a 26 de setembro de 1996, p. 1184.

30 Declaração do Rio, Princípio 11.

31 Sobre o meio ambiente na Constituição Federal de 1988, cf. José Afonso da Silva,

*Direito Ambiental Constitucional*, 4ª ed., São Paulo. Malheiros, 2002; Antônio Herman

Benjamin, *Meio ambiente e Constituição: Uma primeira abordagem, in* Antonio Herman

Benjamin (coordenador), *10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável,*

São Paulo. Imesp, 2002, p. 89 e segs..

|  |
| --- |
| **Page 14** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

14

Primeiro, existem aquelas obrigações que se traduzem em

certos *deveres de regulação* (isto é, de formulação de normas jurídicas de

fundo, substantivas e processuais, protetórias do meio ambiente).

Segundo, aparecem, de maneira correlata, os *deveres de*

*implementação* (vale dizer, de afirmação concreta de instrumentos

administrativos e judiciais viabilizadores da realização concreta dos

objetivos, direitos e obrigações fixados pelas normas de fundo). Logo,

implementar não é poder, é dever.

E que não paire qualquer dúvida: o Estado tem a obrigação

constitucional e legal de intervir em matéria ambiental. Não é uma

faculdade. A Constituição Federal trata do tema na forma de obrigação

estatal, não de inócua recomendação, tanto no *caput* do art. 225

("*impondo-se* a Poder Público...", grifei), como na abertura do seu

parágrafo primeiro ("*incumbe* ao Poder Público", grifei). Por sua vez, a Lei

n. 6.938/81 elenca, como um dos princípios da Política Nacional do Meio

Ambiente, a "ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico,

considerado o meio ambiente como patrimônio público a ser

*necessariamente* assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo"

(art. 2º, inciso I, grifei).

Nem se alegue que um Poder Público que deixa de regular os

bens ambientais o faz por se considerar "neutro", sendo a não-intervenção

a forma mais justa de governar e administrar tais recursos. A rigor, a

omissão estatal está longe da neutralidade, apregoada pelos adeptos do

mercado absolutamente livre, pois sempre favorece os degradadores. A

via da inação não é o caminho para a imparcialidade do Estado. Não se

conhece exemplo de nadadores ou pessoas sedentas que prejudicaram

poluidores; mas estes amiúde põem em risco a saúde e o bem-estar das

pessoas. A falta de regulação estatal dos bens ambientais, cada vez mais

escassos, os poucos que têm o poder econômico ao seu lado acabam por

sair vitoriosos na disputa pelo seu uso. A ausência governamental

|  |
| --- |
| **Page 15** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

15

corresponde, na verdade, a um zoneamento ou licenciamento ao

contrário: em vez de salvaguardar os interesses das vítimas – a maioria –

resguarda os interesses da minoria, os poluidores32.

Da mesma forma que é inimaginável um sistema de regulação

sem a presença do Estado (não obstante a pregação que se faz em favor

da auto-regula-mentação), tampouco existe implementação sem um

mínimo de participação estatal, vale dizer, sem a intervenção de certos

órgãos do Poder Público.

É certo que uma das grandes conquistas do Direito Ambiental

foi exata-mente a flexibilização do monopólio estatal na implementação

das normas de proteção do meio ambiente, como acima mencionado.

Nesse sentido, p. ex., a legitimação para agir de organizações não-

governamentais, já vimos, é reconhecida e, gradualmente, ampliada, até

no plano penal.

Logo, diante do indispensável comparecimento do Poder

Público nessa área – mais ainda no caso brasileiro, por expressa

determinação constitucional – qualquer esforço destinado a melhorar a

proteção do meio ambiente passa, sem dúvida, péla compreensão desse

caráter dorsal da participação estatal nos fenômenos da regulação e da

implementação. E não precisa ser especialista para concluir que, nesse

setor, o Estado está a convidar ampla e profunda renovação.

Não faz muito tempo, o respeitado relatório *Nosso Futuro*

*Comum*, elaborado pela *Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o*

*Desenvolvimento*, alertou que a questão ambiental "traz problemas para

as instituições, nacionais e internacionais, moldadas sob preocupações

estreitas e interesses compartimentalizados. A resposta geral dos

governos à velocidade e à dimensão das mudanças globais tem sido de

relutância em reconhecer adequadamente a necessidade de reformarem a

32 Ronald E. Klipsch. *Aspects of a constitutional right to a habitable environment: towards*

*and environmental due process*, in Indiana Law Journal, vol. 49, 1974. pp. 209 e 214.

|  |
| --- |
| **Page 16** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

16

si mesmos". E conclui: "a maioria das instituições que enfrentam tais

desafios tende a atuar de modo isolado, fragmentado, trabalhando com

base em competências relativamente estreitas e com processos decisórios

fechados. Os responsáveis pela administração dos recursos naturais e pela

proteção do meio ambiente estão institucionalmente separados daqueles

que cuidam da economia. O mundo atual de economia e sistemas

ecológicos interrelacionados não muda-rá; logo, *as políticas e instituições*

*envolvidas é que devem ser alteradas"33*.

Não é sem sentido, pois, que o ordenamento pune o

implementador que descumpre suas obrigações de implementação

(fiscalização e sancionamento, p. ex.). No nosso ordenamento, aos

implementadores faltosos são aplicadas providências civis (ação de

improbidade e ação popular), administrativas (Estatuto do Funcionário

Público) e criminais (é o caso, por hipótese, dos arts. 66, 67 e 68,-da Lei

n. 9.605/98). As medidas em questão decorrem da constatação de que

quando o "controle é insuficiente ou falta totalmente, os poluidores

potenciais não têm qualquer incentivo para cumprir a lei"34. Vale dizer, a

falta de implementação ou sua realização deficiente não produz impacto

apenas no infrator isolado, mas em toda a comunidade regulada.

Mas não basta legislar ou implementar a pretexto de

simplesmente legislar ou implementar. O esforço normativo e

implementador deve sempre ser oportuno (antes da degradação

irreparável do meio ambiente) e eficaz (capaz de estancar ou reduzir as

práticas anti-ambientais); de outro, os mecanismos de implementação e

os órgãos que os utilizam devem atuar com eficiência, buscando priorizar

e organizar suas intervenções, de modo a melhor usar recursos humanos

e financeiros que são normalmente escassos.

33 World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford,

Oxford University Press, 1987, p. 9, grifo nosso.

34 Michael G. Faure *et alii*, *Imposing criminal liability on government officials under*

*environmental law: a legal and economic analysis, in* Loyola of Los Angeles International

and Comparative Law Journal, vol. 18, 1996, p. 539.

|  |
| --- |
| **Page 17** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

17

Na linha do que se disse acima, "proteção ambiental", sob tal

prisma amplo, leva-nos a uma atividade coordenada e complexa que

envolve a letra nua da lei, os mecanismos criados para sua execução,

assim como as instituições e agentes encarregados de, com os olhos

postos no ordenamento de fundo, colocar em movimento o instrumental

previsto.

**4. RAZÕES PARA A PREOCUPAÇÃO COM A IMPLEMENTAÇÃO**

**LEGAL**

Não é tão-só o espírito acadêmico que nos estimula a estudar

o fenômeno da implementação legal. São diversas as razões que

recomendam uma análise mais aprofundada da implementação, tanto

mais no campo ambiental, onde assume ela importância fundamental35.

Em primeiro lugar, nos deparamos com a necessidade de

assegurar a *efetividade dos programas e políticas públicas* destinados à

proteção do meio ambiente; só com a implementação das normas

ambientais é que podemos, realmente, alcançar os objetivos e benefícios

vislumbrados pelo legislador e esperadas por todos. Se a norma almeja

assegurar tutela adequada à saúde e ao meio ambiente, só sua efetiva

implementação assegura esses dois valores fundamentais da sociedade

moderna.

Além disso, existe a questão da *credibilidade* da lei a exigir

que a regulação seja encarada com seriedade. E tal só se faz quando a

implementação é eficiente e imediata. À credibilidade é essencial a certeza

35 A análise que fazemos neste ponto baseia-se em Cheryl E. Wasserman, *An Overview of*

*Compliance and Enforcement in the United States: Philosophy, Strategies and*

*Management Tools, in* International Enforcement Workshop. *Proceedings*, Utrecht, U.S.

EPA e Netherlands Ministry of Housing, Physical Planning and Environment, 1990,p. 9;

cf., também, U.S. Environmental Protection Agency, *Principles of environmental*

*enforcement, in Proceedings of the International Conference on Environmental*

*Enforcement,* volume I, September 22-25, 1992, Budapest, Hungary, p. 37).

|  |
| --- |
| **Page 18** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

18

de que as violações da norma serão seguidas de respostas de

implementação previsíveis e proporcionais à sua gravidade. Uma

implementação frágil ou inexistente "provoca grau elevado de descrédito

nas leis e no Direito e, por consequência, grande sensação de

insegurança, de desorganização, além de forte tensão social"36. Quanto

mais eficiente a implementação, maior a confiança dos cidadãos no

sistema jurídico; quanto mais frágil a atividade implementadora, menor a

respeitabilidade do ordenamento. Distantes, esquecidas e inaplicáveis, tais

normas-fantasma, desprovidas de aplicação concreta e com mínima

visibilidade, provocam, "no inconsciente coletivo, perda de credibilidade

na força obrigatória da lei"37.

Mas não só o ordenamento sofre com uma atividade

implementadora deficiente e a sensação de impunidade que com ela vem.

Inevitável, nesses casos, "o desprestígio do Legislativo e do Judiciário,

responsáveis que são pela edificação e pela defesa do sistema legal

positivo"38.

Em terceiro lugar, há um componente de *eqüidade* e *justiça*,

de vez que os requisitos legais devem ser respeitados por todos e não

apenas por alguns. É inadmissível que a carência ou deficiência de

implementação sirva para beneficiar os violadores do ordenamento, em

detrimento dos sujeitos que o cumprem. Situação idêntica ocorre quando,

conforme a situação geográfica do poluidor ou as circunstâncias do caso, a

implementação contra alguns sujeitos seja mais eficiente do que em

relação a outros. A ninguém é lícito "receber uma vantagem econômica

36 Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patrícia André de Camargo Ferraz, *art.*

*cit.,* p. 1185.

37

Jean-François Neuray, *Introduction Générale, in L'Actualitè du Droit de*

*L'Environnement* (Actes du Colloque des 17 et 18 novembre 1994), Bruxelles, Bruylant,

1995, p. 10.

38 Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patrícia André de Camargo Ferraz, *art.*

*cit.,* p. 1186.

|  |
| --- |
| **Page 19** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

19

pela violação da lei. E ninguém deve ser colocado numa posição de

desvantagem porque obedeceu à norma"39.

Os regulados, "sabendo que muitas normas são desobedecidas

impunemente, perdem progressivamente o sentimento de solidariedade,

passam a temer serem prejudicados, sentem-se ingênuos ou tolos por

agirem em conformidade com o Direito. Muitas vezes, ao cabo de um

determinado tempo, passam eles também a infringir a norma"40. Os

sujeitos, principalmente as empresas, mostram-se mais dispostos a

respeitar as exigências legais quando convencidos de que, ao assim se

comportarem, não serão postos em situação de desvantagem econômica

perante seus concorrentes41.

Temos, ainda, o fundamento da *eficiência econômica*, isto é,

na medida em que a regulação ambiental é um instrumento orientador de

uma melhor utilização dos recursos naturais disponíveis, a implementação

adequada preserva esta sua qualidade; desequilíbrio na implementação

pode causar, consequentemente, má utilização e distribuição dos recursos

existentes. O cumprimento da legislação serve para reduzir custos e

responsabilidades, não só para os regulados, mas também para a

sociedade em geral42, pois, como sempre se diz, é melhor prevenir que

remediar, mais ainda em matéria ambiental.

39 Steven A. Herman, *Welcome and introduction to lhe conference, in Proceedings of the*

*Fourth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement*, Chiang

Mai, Thailand, April 22-26, 1996,vol. l,p. 16, p. 16.

40 Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patrícia André de Camargo Ferraz, *art.*

*cit.,* pp. 1185-1186.

41 U.S. Environmental Protection Agency. *Principles ... cit*., p. 37.

Nesse sentido, num setor onde a implementação é comprovadamente insuficiente – o do

exploração madeireira na Amazônia brasileira – um dos representantes das empresas

estrangeiras que começam a se instalar na região, ao manifestar o desejo de cumprir a

legislação ambiental em vigor, assim declarou: "vamos respeitar as leis brasileiras, nos

submeteremos a elas. Se explorarmos racionalmente, chegaremos a ser líderes

mundiais. *O importante é que as autoridades brasileiras reprimam o corte ilegal*" (George

Fan Yin Yong, *in* O Estado de São Paulo, 7.9.97, p. A16. grifo nosso).

42 U.S. Environmental Protection Agency. *Principles ... cit*., p. 37.

|  |
| --- |
| **Page 20** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

20

Finalmente, e este parece ser o objetivo mais importante da

implementação, sobressai o elemento do *desestímulo* ou *dissuasão* de

novas violações da regulamentação, como melhor trataremos abaixo.

Mais adiante veremos que as atividades de dissuasão, para

serem bem sucedidas, exigem pronta detecção, respostas imediatas do

implementador, sancionamento adequado e a *percepção* por parte dos

sujeitos de tudo isso. Numa palavra, se queremos resultados palpáveis,

"as exigências ambientais e os órgãos públicos que fiscalizam o seu

respeito precisam ser levados a sério"43.

De fundamental importância, então, a visibilidade da atividade

implementadora. Realmente, de pouco valerá investir enormemente na

implementação ambiental se os obrigados não conseguem perceber tais

esforços. Eis o problema, até hoje não assimilado pelo Ministério Público,

da *publicidade* de sua atuação.

**5. APROXIMAÇÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL**

Para a compreensão adequada desse curto estudo, temos,

preambularmente, que precisar quatro termos: a) regulação ou

normatização jurídica *(= regulation*), b) implementação jurídica *(=*

*enforcemenf*), c) respeito, obediência ou cumprimento legal *(=*

*compliance)* e, d) dissuasão ou desestímulo ao descumprimento da norma

*(deterrence)*.

Comecemos por dizer que um dos mais complexos desafios no

intercâmbio internacional de teorias, instrumentos e modelos de proteção

ambiental – dificuldades encontráveis em outras esferas do Direito

Comparado – tem sido exata-mente traduzir, nas línguas latinas, o que se

43 Cf. US. Envtronmental Protection Agency. *Principles ... cit*., p. 37.

|  |
| --- |
| **Page 21** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

21

quer dizer com essas três expressões da lingua inglesa: *enforcement*,

*compliance* e *deterrence44*. Fenômeno idêntico identificamos nos outros

países da América Latina, pois "é difícil encontrar um termo que traduza o

conceito de *enforcement* do inglês para o espanhol"45.

**5.1 Regulação ou normatização jurídica**

O Direito Ambiental forma-se, no principal, por um conjunto

de regras promulgadas pelo Estado, estabelecendo objetivos, princípios,

instrumentos e instituições de proteção do meio ambiente. A atividade

regulatória estatal, pois, está na origem e no desenvolvimento do Direito

Ambiental. O Estado, por esta via, busca expressar e formalizar normas

sociais de boa-conduta no uso dos recursos ambientais. Como poderosa

forma de "manifestação estatal", o Direito Ambiental, ao contrário de

outras disciplinas jurídicas, almeja mais do que formalizar a prática do

cotidiano; ao revés, seu objetivo maior, no terreno normativo, é

interromper e, se possível, reverter, a prática costumeira de destruição da

natureza, característica de nosso processo histórico. Exatamente porque o

Direito atrai respeito, a intervenção legal, de um modo ou de outro,

termina por afetar as atitudes públicas, especialmente aquelas que ainda

não estão arraigadas ou se encontram em transição. Mesmo com um

mínimo de implementação, ou até com implementação esporádica, a

norma ainda é capaz de atingir alguns de seus objetivos, separando os

comportamentos admissíveis ou legítimos dos inadmissíveis ou

ilegítimos46. Não raro, e isso não é incomum no Direito Ambiental, a

44 Cheryl E. Wasserman. *Building international networks, cooperation, and capacity for*

*environmental compliance and enforcement: A progress report*, in *Proceedings of the*

*Fourth ... cit..* p. 114.

45 Maria Eugenia Di Paola, *Havia la construcción ... cit*., p. 19.

46 Richard J. Bonnie, *The efficacy of law as paternalistic instrument, in* Gary B. Melton

(editor), *The Law as a Behavioral Instrument*, Lincoln, University of Nebraska Press,

1986, p. 183.

|  |
| --- |
| **Page 22** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

22

norma está à frente do seu tempo (o Código Florestal, de 1965, p. ex.) ou

do comportamento social prevalente. Assim tem sido em todos os lugares

e épocas, admitindo-se que o Direito possa funcionar como um verdadeiro

educador moral: em vez de limitar-se a *anunciar* formalmente as normas

da comunidade, aparece como mecanismo para *mudar* o quadro social

existente47.

Não é nosso intuito aqui analisar a trajetória e os fundamentos

da *regulação* ou *normatização* jurídicas48 (*= regulation*), no decorrer do

século XX, nem mesmo nos limites estreitos da área ambiental49, onde

ganha força nos anos 7050 (Estados Unidos) e 80 (Brasil). Isso porque

nossa atenção estará voltada para o "outro lado da moeda". Realmente,

no mesmo nível do debate acadêmico que cerca a idéia de regulação,

impõe-se, não custa repetir, também o estudo dessa outra noção, a

implementação da lei, matéria esta que, como já dissemos, era, até

ontem, completamente ignorada pela doutrina brasileira e estrangeira51.

A noção atual de regulação, no sentido aqui adotado, não tem

origem exatamente no Direito, mas, curiosamente, surge das

47 Gary B. Melton and Michael J. Saks, *The law as an instrument of socialization and*

*social structure, in* Gary B. Melton (editor). *The Law ... cit*., p. 236.

48 Adotamos, aqui, como sinônimas as duas expressões, o que nem sempre é o caso na

doutrina. Cf. Jorge Eduardo Bustamante, *Desregulación: Entre el Derecho y la Economia*,

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 15.

49

No assunto, cf. Neil Gunningham, Peter Grabosky and Darren Sinclair, *Smart*

*Regulation: Designing Environmental Policy,* Oxford, Clarendon Press, 1998.

50 Eric W. Orts, *Reflexive Environmental Law*, Northwestern University Law Review, vol.

89, 1995, p. 1235.

51

"Apesar da importância central do tema, a literatura jurídica vem tratando a

implementação como irmã de segunda categoria da política ambiental dita 'substantiva'.

A principal exceção a essa negligência dos juristas para com a matéria é a miríade de

artigos e livros escritos sobre as ações populares [citizen suits] que, em decorrência de

sua novidade e papel crucial na formulação da política ambiental federal, bem cedo

capturaram a atenção dos advogados, juristas e formula-dores de políticas públicas.

Afora essa preocupação míope com as ações populares ambientais, a literatura jurídica,

anos a fio, quase que totalmente ignorou as questões de implementação. O crescimento,

na última década, da implementação criminal, tanto quanto o recente interesse sobre

auditorias ambientais, geraram alguns artigos com enfoque bem restrito e dirigido.

Contudo, a maioria das questões de implementação ainda não foi objeto do mesmo grau

de análise meditada e detalhada dedicada a outros problemas ambientais" (Barton H.

Thompson, Jr., *Foreword, in Strategies for Environmental Enforcement*, Stanford

Environmental Law Society, 1995, p. iii).

|  |
| --- |
| **Page 23** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

23

preocupações de economistas e de especialistas da corrente *law and*

*economics* com as formas de manifestação da intervenção do Estado no

mercado.

Nos últimos anos, juristas, economistas, cientistas políticos e

sociólogos têm discutido as características, a finalidade e a própria

necessidade da regulação legal como mecanismo de controle das relações

sociais, prestando especial atenção à sua eficiência (ou economicidade).

Isso porque a regulação legal de condutas não é um mero

exercício abstrato e remoto, destituído de fins identificados ou

identificáveis. Desempenha ela um papel na vida em comunidade, sempre

com o propósito de alcançar certos objetivos sociais, legitimados, como

regra, pela letra expressa ou indireta da Constituição. No instante em que

se mostra incapaz de cumpri-los, especialmente por carência ou

deficiência de sentido prático (isto é, por implementação deficitária),

enfraquece sua missão e feição.

Em linhas gerais, podemos classificar a regulação em três

categorias básicas52:

• de controle (busca impedir condutas abusivas da atividade

produtiva, corrigindo "falhas de mercado");

• de fomento (visa estimular certas condutas dos regulados);

• de solidariedade (incorpora elementos de equidade no

mercado).

Na tutela do meio ambiente, a regulação estatal de condutas é

absolutamente inevitável, já afirmamos, mas nem por isso imune à

52

Jorge Eduardo Bustamante, *Ob. cit*., pp. 15 e segs.. Outros preferem falar em

"regulação econômica" (esforços governamentais na estabilização ou controle do

mercado, com intervenção em preços, salários e barreiras mercadológicas) e "regulação

protetora ou social" (desenhada para deter ou controlar certas práticas, atividades,

produtos, serviços ou processos que põem em risco a saúde e segurança humanas, o

meio ambiente, dentre outras hipóteses)..

|  |
| --- |
| **Page 24** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

24

crítica53. Na medida em que os problemas ambientais ganhavam dimensão

assustadora no decorrer do Século XX, num determinado momento, ao

final dos anos 60, ficou claro que os remédios jurídicos tradicionais, de

índole privatística, não estavam aptos a estancar ou reduzir a crescente

degradação dos recursos naturais planetários: um típico caso de "falha de

mercado" (*market failure*), cabendo à intervenção estatal, nesse caso,

combater as externalidades54 ambientais. Como consequência, buscou-se

uma nova fórmula, a regulação jurídica dos recursos ambientais, mais

ainda os de uso comum55.

A regulação estatal, ao enfrentar o problema das

externalidades ambientais, faz uso, basicamente, de três técnicas56:

padrões57, proibições58

e organização (= separação)59, todas elas

presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

53 Uma das críticas que normalmente se faz à regulação estatal é sua rigidez, com a

adoção de critérios do tipo *tudo-ou-nada.* Não é bem assim, já que a intervenção estatal

pode operar de maneira a deixar certa flexibilidade e grau de escolha aos regulados,

fixando, por exemplo, pisos de comportamento (cf. Alan Stone. *Regulation and its*

*Alternatives*, Washington, Congressional Quarterly Press, 1982. p. 116). No mais, cf.

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1986,

pp. 351 e segs..

54 A noção de externalidade é fundamental na análise do modo como o Direito e a

Economia interagem (Nicholas Mercuro and Timothy P. Ryan, *Law, Economics and Public*

*Policy*, Greenwich, Connecticut, Jai Press Inc., 1984, p. 43).

55

John A. Chiappinelli, *The right to a clean and safe environment: a case for a*

*constitutional amendment recognizing nublic rights in common resources, in* Buffalo Law

Review, vol. 40, 1992, p. 587.

56 Alan Stone, *Ob cit*., p. 117-119.

57 O Direito Ambiental, comumente, utiliza três grandes famílias de padrões ou

*standards*, todos alinhados com uma intervenção de comando-e-controle.

Em primeiro lugar, há os *padrões ambientais*, que estabelecem um nível máximo-médio

de poluição, como regra não dirigidos a nenhum poluidor ou fonte poluidora específica,

mas imposto, genericamente, a toda uma região ou meio. É o caso, p. ex., do nível

máximo tolerável de mercúrio em cursos d'água ou de ruído numa determinada área

urbana.

Além disso, existem os *padrões de emissão* ou *de efluentes*, esses, sim, configurando

verdadeiras obrigações de resultado, já que aplicáveis individualmente aos degradadores

potenciais específicos. Respeitados certos critérios, têm os destinatários aí uma certa

margem de liberdade na escolha dos mecanismos e tecnologias capazes de alcançar a

qualidade ambiental exigida.

Finalmente, existem os *padrões tecnológicos*, modalidade que, ao contrário dos padrões

de emissão, não especifica um resultado final a ser alcançado. É o que se dá com os

catalisadores nos automóveis e, no plano da segurança de transporte, com os cintos de

segurança. Normalmente, tais padrões não propiciam incentivos á pesquisa de novas

|  |
| --- |
| **Page 25** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

25

Ouve-se, com bastante freqüência, que a intervenção

regulatória ambiental, não obstante proteja o interesse público, é

contrária aos interesses dos empresários e da livre iniciativa. No geral,

entretanto, tanto mais em época de relações comerciais globalizadas, a

regulação ambiental presta-se igualmente a assegurar patamares mínimos

de conduta empresarial que, ao final das contas, resguardam a imagem e

credibilidade do próprio setor produtivo. Foi assim, p. ex., com o episódio

da "vaca louca", que afetou vários países da Europa. Não fosse a

intervenção – inclusive regulatória – pronta dos órgãos estatais, tal

indústria, por causa da desconfiança pública, estaria condenada a sofrer

prejuízos muito maiores do que os ocorridos. Nas áreas que envolvem

saúde pública – e a tutela do meio ambiente é uma delas – a regulação

estatal é mais do que benéfica aos empresários; por vezes, ela é

essencial, quando não sua única tábua de salvação60.

**5.2 Obediência, respeito ou cumprimento legal**

*Respeito* à lei (*= compliance*) significa, sinteticamente, o

cumprimento integral das exigências legais, vale dizer, a adequação dos

sujeitos-destinatários aos comportamentos e padrões estatuídos. Tal

concepção é frequentemente tratada como se fosse um *estado*,

objetivamente definido e não-problemático. Muito ao contrário, o respeito

à lei é um *processo* complexo e fluido61.

tecnologias capazes de alcançar, de maneira mais eficiente, os mesmos resultados

exigidos pelo legislador, pois a decisão de escolha da tecnologia a ser utilizada é ditada

de cima para baixo, pela autoridade administrativa (ou mesmo pelo legislador ordinário).

58 Por exemplo, a vedação de comercialização do DDT ou de CFCs.

59 Zoneamento Ambiental, p. ex.

60 Tratando dos impactos da "doença da vaca louca" na confiança dos consumidores e no

atual modelo regulatório de alimentos, cf. David A. Kessler. *Europe needs a stronger food*

*safety regulator,* in Time, July 5, 1999, p. 28.

61 Keith Hawkins, *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of*

*Polluttion*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 126.

|  |
| --- |
| **Page 26** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

26

O respeito à lei pode ser espontâneo (a regra) ou forçado (a

exceção). Normalmente, os órgãos de implementação, visando estimular o

cumprimento dos requisitos legais, elaboram "programas de cumprimento

da lei", onde casam instrumentos indutores de caráter voluntário

(campanhas educativas e assistência técnica, p. ex.) com outros de fundo

sancionatório (imposição de multas administrativas ou a persecução

penal, p. ex.).

Nos países civilizados, impera uma cultura de cumprimento da

lei. As pessoas tendem a fazer ou deixar de fazer aquilo que é

determinado pelo legislador. Entretanto, a obediência nunca é completa.

Muitos violam a norma de modo esporádico (desrespeitar o semáforo ou

fumar em lugar proibido são bons exemplos). Uns poucos a violam de

modo freqüente62. Nem por isso, defende-se que o sistema legal seja

enterrado. A inefetividade parcial do ordenamento jurídico é seu estado

próprio e natural.

No decorrer dos anos, o legislador e os implementadores

descobriram que inexiste uma solução única e universal que leve,

inexorável e infalivelmente, à obediência legal; muito ao contrário, hoje se

sabe que se quisermos, a longo prazo, ser bem sucedidos nesta área

teremos que buscar "uma combinação de instrumentos"63 normativos.

É bom ressaltar que, em matéria ambiental, como em outros

campos, o simples e mecânico cumprimento da lei não leva,

necessariamente, à realização dos objetivos que, originariamente,

estimularam sua promulgação. Se esta trouxer requisitos e instrumentos

inadequados, o respeito a eles pode produzir apenas ganhos limitados em

62 Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990, p.

3.

63 Steven A. Herman, *art. cit*., *in Proceedings of the Fourth International Conference ...*

*cit..* p. 16.

|  |
| --- |
| **Page 27** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

27

favor do meio ambiente. Ou, o que é pior, mostrar-se totalmente incapaz

de trazer os benefícios almejados64.

De qualquer maneira, a experiência internacional demonstra

que um programa adequado de implementação é um ingrediente essencial

ao cumprimento do ordenamento. Assim é porque "em qualquer

sociedade, muitos não cumprirão a lei a não ser que existam

consequências claras para os comportamentos violadores"65.

Um último aspecto demanda, neste tema, nossa reflexão. Por

que se viola a lei ambiental? Há várias justificativas. A mais forte,

contudo, tem índole econômica. Desobedece-se à lei por ser mais barato

do que respeitá-la. Geralmente, ninguém deseja contaminar o ar que

todos respiramos ou a água que bebemos; a não ser um doente mental,

inexiste quem busque levar uma espécie à extinção. A razão para os

comportamentos degradadores, como regra, é econômica. Tal constatação

precisa ser levada em conta pelo legislador e pelo implementador: seus

esforços devem ser dirigidos a retirar toda a possibilidade de ganho ou

lucro com o comportamento ilícito, fazendo com que as externai idades

ambientais negativas sejam plenamente incorporadas ao bolso do

degradador. Contrariam tal desiderato as multas e sanções simbólicas66,

as compensações ambientais proveitosas ao infrator e as indenizações

insignificantes.

Outros fatores também contribuem para o desrespeito às

exigências legais, como a probalidade de detecção da violação e de

imposição da sanção, bem como de intervenção judicial.

64 U.S. Environmental Protection Agency. *Principles ... cit.,* p. 36.

65 U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit*., p. 93.

66 "... se as sanções previstas para a violação são irrisórias ou não dificilmente são

aplicadas, ê mínimo o incentivo ao respeito continuo à legislação" (Gordon L. Brady and

Blair T. Bower, *Effectiveness of the U.S. regulatory approuch to air quality management:*

*stationary sources, in* Paul B. Downing and Kenneth Hanf, *International Comparisons in*

*Implementing Pollution Laws*, The Hague, Kluwer, 1983, p. 40).

|  |
| --- |
| **Page 28** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

28

**5.3 Implementação ambiental**

Assim como encontramos dificuldades em bem configurar o

que seja regulação jurídica de condutas, tampouco é fácil conceituar

implementação legal (*= enforcement*). Já de início duas visões

divergentes de implementação podem ser identificadas, uma estreita e

outra *ampla*.

Num enfoque restritivo, implementação diria respeito apenas

ao que fazer *após* a violação da norma. Ou seja, como reprimir e, às

vezes, reparar o comportamento desconforme. O extremo desta visão

seria confundir a tarefa implementadora com providências decorrentes do

poder de polícia, aplicáveis nos casos em que a lei deixou de ser

cumprida. É ver a implementação como nada mais do que repressão

(eventualmente também indenização), diante de um atentado à ordem

jurídico-ambiental estabelecida.

Em tal sentido tímido, define-se implementação ambiental

como a aplicação de um conjunto de instrumentos legais, formais ou

informais, destinados a sancionar, administrativa ou criminalmente, os

infratores da legislação protetora do meio ambiente, visando com isso

assegurar o integral cumprimento das exigências estabelecidas pelo

legislador67.

Preferimos um conceito mais amplo, em que a implementação

aparece como labor que não se exaure na repressão e na reparação, que

se orienta essencialmente pelo desejo de evitar o descumprimento da

norma, isto é, procura, por todos os meios68, realizar o respeito aos

67 Cheryl E. Wasserman, *An Overview... cit*., p. 9.

68 Já adiantamos acima que a atividade de implementação usa um "mix" de instrumentos

(Steven A. Herman, *art. cit*., p. 16).

Entre eles, cabe citar licenciamento, inspeções, negociação, sanções administrativas,

ações judiciais, programas de educativos, assistência técnica, mecanismos de mercado

|  |
| --- |
| **Page 29** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

29

requisitos legais (*compliance*). Em outros termos: identificar tal fenômeno

com o vastíssimo leque dos vários mecanismos que levam ao

cumprimento da lei, incluindo aspectos de prevenção, de reparação e de

repressão, seja por provocação oficial, seja por atuação privada.

Enquanto no primeiro modelo, estreito e tradicional, o objetivo

primordial é o *sancionamento69* sempre após a ocorrência de violação da

norma, no segundo a razão chave é o *cumprimento* (ou *respeito*) da lei,

vale dizer, evitar, a todo custo, a infração à norma, a manifestação de

desconformidades entre o comportamento do regulado e o parâmetro

fixado pelo regulador estatal. Na estratégia sancionadora, central é a

punição pelo desrespeito à lei; diversamente, na perspectiva que visa a

obediência, a prevenção do descumprimento é a tônica70.

De modo mais concreto, pelo prisma ambiental, e em acordo

com o conceito maximalista acima exposto, a implementação "deve ser

compreendida como abrangendo todos os meios pelos quais os poluidores

podem ser compelidos a respeitar a lei"71, aí juntados quaisquer atos ou

processos que induzam à sua execução, implicando obediência aos

requisitos e parâmetros fixados pelo regulador (= o legislador)72.

Compelidos sim, e não meramente reprimidos.

Logo, a preocupação maior deve ser com o cumprimento da lei

e não tão-somente com a repressão ou reparação dos comportamentos

desconformes73. Não esperar que a degradação ocorra, mas, ao revés, a

destinados a estimular o cumprimento voluntário dos requisitos legais (cf. U.S.

Environmental Protection Agency, *Principles ... cit*.. p. 36).

69 Nessa trilha, diz-se que "A função da implementação e penalizar infratores atuais e

dissuadir violadores futuros por força da manutenção da ameaça de implementação"

(Gordon L. Brady and Blair T. Bower, *Effectiveness ... cit*., p. 38).

70 Keith Hawkins. *Ob. cit*., p. 4.

71 William H. Rodgers Jr., *Environmental Law*, first edition, St. Paul, West Publishing CO.,

1977, p. 336.

72

Jeff Staudinger, *RCRA enforcement: problems and reforms, in Strategies for*

*Environmental Enforcement,* Stanford Environmental Law Society, 1995, p. 5.

73 Quem implementa uma lei está, ao mesmo tempo, executando-a, fazendo com que os

seus destinatários cumpram os requisitos nela previstos (Jeff Staudinger, *art. cit*., p. 5).

|  |
| --- |
| **Page 30** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

30

ela se antecipar, introduzindo e utilizando instrumentos que conduzam o

regulado a respeitar o traçado imaginado pelo legislador.

Nesse sentido, podemos definir implementação como *o ato ou*

*processo que, através de um conjunto variado de mecanismos, leva os*

*indivíduos ao cumprimento das exigências estabelecidas pelo*

*ordenamento jurídico.* Numa palavra, por ser o elo que fecha o círculo

regulatório74, conduz ao respeito da lei.

Em tal conceito, fica claro que o objetivo de qualquer

implementação é fazer com que as pessoas respeitem a legislação

aplicável, punindo-as, se necessário, mas não se limitando a tal. Só com a

observância aos preceitos legais pelos indivíduos bem-sucedida torna-se a

tarefa implementadora75, que, percebe-se, é sempre atividade

instrumental e não um fim em si mesmo.

Devemos, entretanto, ter claro que o Estado, não obstante seu

papel preponderante na implementação da lei, tem seus próprios limites.

Todos temos consciência de que "o que é 'intocável' pela lei não é

intocável de fato. Não o seria nem que todo o Exército Nacional se

dedicasse exclusivamente a essa tarefa"76.

Por isso mesmo, há uma irresistível exigência de adaptação

contínua dos instrumentos de implementação, ajustando-os às novas

realidades e desafios, e buscando parcerias. Não se veja nisso um sinal de

fraqueza do Estado, mas o reconhecimento de que, sozinho, não

conseguirá impedir a degradação ambiental que a todos afeta.

Tampouco há nessa tese qualquer risco de esvaziamento do

Poder Público, pois, em qualquer circunstância, já dissemos, não existe

74 Enforcement is "the link that can close the regulatory chain" (Pieter Winsemius, *Guests*

*in Our Own Home*, p. 85).

75 Keith Hawkins, *Ob. Cit*., p. 56.

76 Fernão Lara Mesquita, *Caça, pesca, preservação: receita para uma nova riqueza, in* O

Estado de São Paulo, 27.4.97, Caderno Especial Domingo, p. D2.

|  |
| --- |
| **Page 31** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

31

modelo eficiente e confiável de implementação sem a presença do Estado,

independentemente do sistema econômico ou político que o País adote.

**5.4 Dissuasão**

Em última análise, todas as atividades de implementação

objetivam criar uma "atmosfera de desestímulo" ao descumprimento da

norma. Isso é dissuasão (*= deterrence*).

Seja porque os indivíduos temem a aplicação dos remédios

legais, seja porque estão intimamente convencidos do acerto e

necessidade das providências instituídas pelo legislador, o certo é que

esse clima de dissuasão de vários matizes produz, como consequência, a

adequação dos comportamentos dos sujeitos aos parâmetros

estabelecidos pela norma.

A teoria do desestímulo, em poucas palavras, "significa que os

regulados são desencorajados a violarem aquilo que é exigido"77.

Identificamos quatro ingredientes na teoria da dissuasão: probabilidade

crível de detecção da infração, credibilidade e rapidez da resposta do

implementador, sanção apropriada, e a clara percepção por parte dos

sujeitos dos três ingredientes anteriores78.

No Direito tradicional, a expressão *dissuasão* (= prevenção)

vinha associada ao sistema criminal, enfatizando a ameaça de punição e o

correlato temor dela decorrente. Dissuasão ocorre quando um infrator

potencial refreia-se de levar avante uma atividade ilícita, conquanto, por

perceber uma ameaça de punição, teme sua imposição. Na fórmula do

77 Cheryl E. Wasserman, *An overview... cit*., p. 10.

78 Cheryl E. Wasserman, *An overview... cit*., p. 10.

|  |
| --- |
| **Page 32** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

32

Direito Penal, o instituto é classificado ora em *dissuasão geral79*

e

*dissuasão específica80*, ora em *dissuasão absoluta* (= completa desistência

da violação) e *dissuasão restrita* ou *parcial* (= o indivíduo, preocupado

com a possível reação estatal, busca mitigar o risco ou a severidade de

sua punição, praticando um ilícito menos grave).

Antes de mais nada, a disssuasão é uma *teoria perceptiva*, isto

é, depende não só do quadro objetivo da norma (vale dizer, de suas

sanções, certeza e celeridade), mas da "percepção" que cada indivíduo

dela tem81. Um alteração legal, p. ex., que não seja conhecida, pouco ou

nenhum efeito terá no controle de condutas indesejáveis. É aqui que entra

a questão da "comunicação", aspecto que não atraiu muito a atenção da

teoria clássica da dissuasão82. Se um indivíduo vai ou não violar a norma

depende muito da consciência que tenha da possibilidade de sofrer um

sancionamento, monetária ou não. De acordo com o saber convencional, o

sujeito praticará o ato apenas se os benefícios que daí esperar forem

superiores à força da sanção prevista. Se tal indivíduo decide, neste juízo

de custo-benefício, não infringir a norma, diz-se que foi dissuadido83.

É o elemento do desestímulo que fornece à implementação

seu caráter multiplicador. "Já que nenhum programa de implementação

tem condições de estar presente em todos os momentos, para todas as

violações, cada programa deve dispor e desenvolver uma maioria de

respeitadores e focalizar seus esforços nos remanescentes que se

insurgem contra a regulamentação. A magnitude do efeito dissuasório de

79 Por exemplo, quando um infrator ambiental potencial lê no jornal que um degradador

foi punido por violar a lei e tal implementação legal em outrem o intimida.

80 É o caso do infrator ambiental que, uma vez exemplarmente punido ou mesmo

fiscalizado, pensa duas vez antes de cometer outra infração.

81 Jack P. Gibbs, *Deterrence theory and research, in* Gary B. Melton (editor), *The Law ...*

*cit.*, pp. 88-89.

82 "Deterrence", *in Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 2, New York, The Free Press,

1983, pp. 591-597.

83 Steven Shavell, *Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a*

*deterrent, in* Columbia Law Review, vol. 85, 1.985, p. 1.235.

|  |
| --- |
| **Page 33** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

33

cada ação de implementação, ao induzir terceiros a cumprirem a lei,

depende da força de cada um destes quatro fatores"84, atrás apontados.

**6. A RELAÇÃO ENTRE REGULAMENTAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO**

A relação entre regulação e implementação parece evidente.

Na linha do que acima dissemos, "a mera edição da lei não assegura o seu

acatamento. Nem mesmo a expressa indicação de sanções que poderão

recair sobre os infratores garante essa espontânea obediência"85. A

adoção e realização de um programa eficaz de implementação são tarefas

cruciais se realmente queremos que o Direito Ambiental tenha efeitos

significativos na proteção do meio ambiente86.

Se é correto que a regulação consiste na criação de um

aparato legal87, a implementação se apresenta como sua aplicação, no

caso a caso. Ou seja, a regulação apresenta-se como uma entidade mais

abstrata, distante e geral, enquanto que a implementação ganha vida no

dia a dia, como um ente concreto mais preocupado com fatos do que com

hipóteses. Um é primário; o outro, derivado. Um é de fundo; o outro,

instrumental.

A implementação está para a regulação como as mãos e os

pés estão para o corpo: faltando aqueles, não há movimento, inexiste

trabalho, reduzida fica a ação e reação. De fato, sem um sistema

adequado de implementação, sem que se bem compreenda este

relevantíssimo problema, impossível, decididamente, falar-se em controle

de condutas e atividades humanas. Sem implementação efetiva, prazos

84 Cheryl E. Wasserman, *An overview ... cit*., p. 10.

85 Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patrícia André de Camargo Ferraz, *art.*

*cit*., p. 1184.

86 Frank P. Grad, *Environmental Law: Sources and Problems*. New York, Matthew Bender,

1971, p. 1-21.

87 *Regulatory apparatus*, na terminologia anglo-saxônica.

|  |
| --- |
| **Page 34** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

34

são perdidos, as tecnologias de controle permanecem nas prateleiras, o

meio ambiente é degradado88, tudo não obstante a existência de normas

determinando exatamente o contrário.

O aparecimento de "leis que não pegam"89, tão nocivas como

comuns, decorre de mal-funcionamento no plano da implementação. Ou,

melhor dizendo, acontece por defeito na forma como a regulação escolhe

(ou, no geral sucede, deixa, pela omissão, simplesmente de escolher) os

meios e sujeitos encarregados da implementação.

Se nos anos 70 e 80, os esforços do Direito Ambiental

concentraram-se na criação de uma malha adequada de normas e padrões

(o Direito de fundo), nos dias atuais o grande desafio é a implementação

dessa estrutura substantiva.

Hoje, mais do que nunca, a implementação transforma-se em

elemento essencial – imprescindível mesmo – da tutela jurídica do meio

ambiente. Como parece evidente, depende do modelo de implementação

o grau de respeito à legislação ambiental pelos grupos regulados. "Mesmo

as melhores políticas no papel representam pouco se não implementadas

adequadamente. Muitos dos países do ex-bloco comunista, p. ex.,

dispunham de leis ambientais que, no papel, eram extraordinariamente

severas mas que, na melhor das hipóteses, eram implementadas de

maneira inadequada. A consequência foi a devastação em grande escala

do seu meio ambiente"90.

Da boa e adequada implementação depende a realização da

regulação, numa palavra, do Direito Ambiental. Mas como nota Jean

Carbonnier, a efetividade do Direito não tem história própria; a

inefetividade (= carência de implementação), sim, mostrando-se, jurídica

88 John E. Bonine and Thomas O. McGarity, The Law of Environmental Protection, St.

Paul, West Publishing Co., 1992, p. 815.

89 A expressão "leis que não pegam", fruto da "observação arguta do povo", refere-se a

normas que "são solenemente ignoradas por seus destinatários" (Antonio Augusto Mello

de Camargo Ferraz e Patricia André de Camargo Ferraz, *art. cit*., p. 1185).

90 Barton H. Thompson, Jr., *art. cit*., p. i.

|  |
| --- |
| **Page 35** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

35

e sociologicamente, desafiadora. Os dogmáticos consideravam que, sendo

a norma promulgada nos termos da Constituição, não a macularia sua

aplicação parcial ou até seu total desrespeito pelos destinatários. No

mundo da aplicação do Direito, a inefetividade pode ser *ab initio* ou fruto

de um desuso gradual; jamais se caracteriza, contudo, como um bloco

monolítico, do tipo preto no branco. Entre a efetividade total e

inefetividade total – ambas igualmente excepcionais – o que domina o

cenário jurídico é a inefitividade parcial, que, por isso mesmo, "não deve

ser considerada *a priori* como um fenômeno mórbido", sendo, em grande

medida, "natural à regra de direito"91.

Toda lei traz consigo um certo "risco de implementação", ou

seja, "o perigo de que a política pública adotada, tal qual refletida na

linguagem da norma, jamais seja, ou que apenas parcialmente venha a

ser, alcançada no mundo real. É o risco que a lei não funcionará ou que

não será efetivamente implementada", problema que ganha maior

gravidade quando o legislador sabe, de antemão, que os objetivos

estatuídos não serão jamais alcançados, seja por ineficiência, contradição

e omissões do próprio texto legal, seja pela dificuldade de sua

implementação, em particular por carência de recursos ou por serem os

instrumentos escolhidos inapropriados. A consequência é uma só: é como

se não não houvesse lei alguma92.

**7. OS INTRUMENTOS JURÍDICO-AMBIENTAIS E A**

**IMPLEMENTAÇÃO**

91 Jean Carbonnier, *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, Paris,

LGDJ, 1988, pp. 124 e segs., em especial p. 135.

92 David S. Favre, *The risk of extinction: a risk analysis of the Endangered Species Act as*

*compared to CITES, in* New York University Environmental Law Journal, vol. 6, 1998, pp.

348-350.

|  |
| --- |
| **Page 36** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

36

A implementação não se dá no vazio das relações sociais,

nem, tampouco, como já fizemos referência, trata-se de um fim em si

mesmo. O que realmente cabe implementar?

Aqui, devemos fazer a distinção entre *implementação direta*

(ou *próxima*) e *implementação indireta* (ou *remota*). Naquela, são

implementados os instrumentos estabelecidos pelo ordenamento, como o

licenciamento, os padrões de controle ambiental, as sanções

administrativas e penais. Nesta, diversamente, são os próprios objetivos e

princípios do Direito Ambiental que, reflexamente, por força da efetividade

da aplicação dos instrumentos, terminam por alcançar sua realização. Em

outras palavras, instrumentos jurídico-ambientais podem ser

implementados de modo direto, enquanto objetivos e princípios

dependem, para sua concretização, da ajuda dos instrumentos previstos

no ordenamento.

O Direito Ambiental utiliza uma série de instrumentos, cada

qual com suas qualidades, deficiências e peculiaridades. Exatamente por

isso, não estamos diante de vias excludentes, mas complementares; sem

receita universal, um instrumento pode funcionar muito bem em certas

situações e circunstâncias e, em outras, não93.

Os instrumentos jurídico-ambientais admitem várias técnicas

de classificação. Existem os *ex ante* ou preventivos (licenças, p.ex.) e os

*ex post*, reativos (a responsabilidade civil, administrativa e penal, p. ex.).

Atualmente, ao lado dos instrumentos clássicos de comando-

e-controle (*command and control*), observamos o surgimento de

"estratégias complementares"94

de regulação e implementação,

combinando um arsenal extremamente variado, que inclui planejamento,

tipos penais, normas de responsabilidade civil, instrumentos de acesso

93 J. William Futrell, *The Administration of Environmental Law, in* Celia Campbell-Mohn,

*Ob. cit.*, p. 132.

94 J. William Futrell, *The history... cit., in* Celia Campbell-Mohn, *Ob. cit*., p. 55.

|  |
| --- |
| **Page 37** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

37

coletivo à justiça, participação pública, limitações ao direito de

propriedade, modalidades contratuais, auditorias e, finalmente,

mecanismos de mercado95, reconhecendo o Direito Ambiental maduro,

nesta último caso, que o *homo sapiens* é mesmo o *homo economicus*.

De modo simplificado, pode-se classificar os instrumentos de

proteção ambiental em *três* grandes categorias, usadas normalmente em

combinação.

Primeiro, existem os instrumentos de *regulação direta*, o

coração da estrutura de *"comando-e-controle"96*. De todos, são os mais

tradicionais, empregados em todo o mundo. Sua previsão legal é ampla,

desde dispositivos constitucionais a normas ordinárias e regulamentares,

que fixam – por meio de deveres, restrições e proibições – padrões,

procedimentos de licenciamento97, parâmetros de zoneamento, listas

(como a de espécies ameaçadas de extinção), limites ao comércio (como

aquelas da Convenção de Basiléia, de 1989, da CITES, de 1973, e da

Diretiva Comunitária Européia sobre a Conservação de Aves Silvestres, de

1979), etc.

Além disso, há os instrumentos de *regulação indireta*, os

incentivos econômicos (taxas de emissão, subsídios e licenças de emissão

transferíveis), que, ao contrário do que a terminologia poderia levar a

crer, também pressupõem uma certa atividade regulatória na sua criação

e administração.

95 Sobre a utilização de instrumentos econômicos e de mercado para a proteção do meio

ambiente no Brasil e nos Estados Unidos, cf. Antônio Herman V. Benjamin e Charles

Weiss, Jr., *Economic and market incentives as instruments of envi-ronmental policy in*

*Brazil and the United States, in* Texas International Law Journal, vol. 32, pp. 67-95

(1997).

96

"Comando-e-Controle" é a técnica de proteção ambiental pela qual um certo

comportamento é determinado (" fixado) e implementado pelo Poder Público. Na base

dessa técnica estão os padrões ambientais de emissão e tecnológicos.

97 Onde o objetivo não é, como regra, eliminar a degradação, mas controlá-la.

|  |
| --- |
| **Page 38** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

38

Finalmente, temos os instrumentos de *auto-regulamentação*

que, como já dissemos em outra oportunidade, têm limitações inegáveis,

principalmente no campo da implementação.

No passado, os elementos da natureza eram resguardados

fundamentalmente por sanções administrativas e penais. Tais

*instrumentos repressivos* ainda estão presentes no ordenamento, mas

como componente de uma pauta bem mais vasta, já observamos. À

atuação de repressão somou-se, então, outra ordem de mecanismos que

visam a *reparação* do dano já ocorrido: a adoção da responsabilidade civil

objetiva, no plano substantivo, e a introdução da ação civil pública98 e da

*class action* ambiental, no terreno processual. Tanto os mecanismos

repressivos, como os reparatórios, normativos (materiais, como a

responsabilidade civil) ou de implementação (formais) funcionam *post*

*factum*. Aí está a deficiência principal do modelo tradicional de regulação e

implementação das normas protetórias do meio ambiente.

Por isso mesmo, ao lado das medidas processuais cautelares

tradicionais, o Direito Ambiental incorporou e desenvolveu instrumentos

que, ao contrário dos repressivos e reparatórios já citados, caracterizam-

se pela sua qualidade de *prevenção* do dano ecológico. Entre eles

podemos destacar o zoneamento ambiental99, os padrões e o estudo de

impacto ambiental100.

98 Sobre ação civil pública, vale consultar, numa primeira aproximação com o tema, os

seguintes livros: Álvaro Luiz Valery Mirra, *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao*

*Meio Ambiente*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002; António Augusto Mello de

Camargo Ferraz *et alii*, *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses*

*Difusos,* São Paulo, Saraiva, 1984; Édis Milaré (coordenador), *Ação Civil Pública:*

*Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo. Revista dos

Tribunais, 1995; Hugo Nigro Mazzilli. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, São

Paulo, Saraiva, 1995; Rodolfo de Camargo, *Ação Civil Pública*, São Paulo, Revista dos

Tribunais, 1989.

99 No tema do zoneamento ambiental e industrial nas áreas criticas de poluição, cf. Paulo

Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais,

1995, p. 102-133.

100 Veja-se Paulo Affonso Leme Machado, *Ob. cit*., p. 135-177; Édis Milaré, *Curadoria ...*

*cit*., p. 23-28; Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin, *Estudo de impacto Ambiental e*

|  |
| --- |
| **Page 39** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

39

É de todo evidente que, dentre todos os instrumentos de

proteção ambiental, os preventivos mostram-se como os únicos capazes

de garantir, efetivamente, a proteção do meio ambiente, posto que a

reparação e a repressão pressupõem dano manifestado, vale dizer, ataque

ao bem já ocorrido. Os primeiros têm os olhos voltados para o futuro. Já

os outros dois alimentam-se do passado que, não raras vezes, não mais

pode ser reconstituído101.

**8. EFICÁCIA E EFICIÊNCIA NA REGULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO**

**AMBIENTAIS**

Todos reconhecemos os avanços do nosso Direito Ambiental

no terreno da regulação. Se, até a promulgação da Lei n. 6.938/81, o

interesse ambiental era pulverizado, trabalhando-se mais com os

elementos (flora, fauna, água, ar, solo, etc.) do que com o todo (o meio

ambiente), atualmente tal já não acontece. Definitivamente,

abandonamos, por primeiro, a *fase do laissez-faire ambiental* ou

exploração desregrada da natureza e, passo a passo, estamos

substituindo a *fase fragmentária* pela *holística102*.

O meio ambiente passou a ser visto como um todo a ser

resguardado *per se*, cuja proteção deve incluir, mas ir além deles, os seus

*Ministério Público, in* Anais do VII Congresso Nacional do Ministério Público, Belo

Horizonte, 1987.

101 Como bem assinala Paulo Affonso Leme Machado, o pioneiro do Direito Ambiental

brasileiro, "a reparação do dano não pode minimizar a prevenção do dano. É importante

salientar esse aspecto. Há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o

dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse

afirmar 'poluo, mas pago'. Ora, o princípio 'poluidor-pagador' que está sendo introduzido

no direito internacional não visa coo-nestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico

fique sem reparação" (Paulo Affonso Leme Machado, *Ob. cit*, p. 193).

102

Sobre a evolução histórica do Direito Ambiental brasileiro, cf. Antonio Herman

Benjamin, *Introdução ao Direito Ambiental brasileiro, in* Antonio Herman Benjamin, *A*

*Proteção Jurídica das Florestas Tropicais*, vol. I, São Paulo, IMESP. 1999, p. 77-78.

|  |
| --- |
| **Page 40** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

40

componentes. Modelo de regulação para o qual o legislador até previu

uma Política103 e um Sistema nacionais próprios (Lei n. 6.938/81).

Atualmente, há concordância quanto ao fato de que as

"normas fragmentárias e por vezes em conflito têm a tendência a refletir

diferentes perspectivas do verdadeiro fundamento e objetivos da proteção

do meio ambiente"104. Historicamente, a regulação ambiental por

"setores" (ou setorial) mostrou-se, inclusive no Brasil, incapaz de tutelar,

eficazmente, nossos ecossistemas ameaçados. Nessa perspectiva holística

ideal, inclui-se o esforço de alguns países, como França, Alemanha e

Suécia, na direção da codificação.

A tarefa de aperfeiçoamento do que temos, por conseguinte, é

dupla: melhor regulação (e até mais regulação, em esferas não tratadas,

sistematicamente, pela legislação, como resíduos e biodiversidade) e

melhores mecanismos de implementação. É uma evolução, gradual, mas

permanente, que atinge, simultaneamente, os dois campos. Por "melhores

mecanismos de imlementação" compreende-se não só a introdução de

novos instrumentos e o refinamento dos já existentes, mas igualmente

uma ênfase maior naqueles que levem à prevenção do dano, se

necessário com a marca da precaução105.

Vale ainda salientar que o movimento de implementação

ambiental não se faz ao acaso, de maneira desorganizada. O segredo é ter

103 Sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, cf. Édis Milaré, *Direito do Ambiente*, 2ª

ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p 288 e segs..

104

Alexandre Kiss and Dinah Shelton. *Manual of European Environmental Law*,

Cambridge. Grotius Publications Limited, 1993, p. 35.

105 Em todo o mundo, a evolução tem sido mais ou menos a mesma. Primeiro, legisla-se;

depois, verifica-se a adequação dos mecanismos de implementação previstos. Nos

Estados Unidos, p. ex., "Os instrumentos de implementação da legislação ambiental

federal nos 60 eram, simultaneamente, complexos e ineficazes. Na medida em que

aumentou o interesse na proteção ambiental, também cresceu a percepção da ausência

de mecanismos implementadores e programas estatais confiáveis" (Jeffrey G. Miller,

*Citizen Suits: Private Enforcement of Federal Pollution Control Laws*, New York, John

Wiley & Sons, 1987, p. 3).

|  |
| --- |
| **Page 41** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

41

uma boa *estratégia de implementação*. Alguns elementos devem sempre

estar presentes em tais estratégias106:

• identificação precisa dos sujeitos obrigados ou atingidos pela

regulação;

• estabelecimento de prioridades factíveis;

• promoção e monitoramento, permanentes e organizados, do

cumprimento da lei;

• implementação sancionatória em caso de violação;

• clareza das competências federais, estaduais e municipais,

com a prevenção de conflitos107;

• criação de um sistema de gerenciamento e avaliação dos

resultados alcançados.

Na fixação de prioridades, devemos considerar que, como

regra, mais vale implementar a norma em relação a três grandes

degradadores do que contra uma centena de pequenos infratores, em

especial quando os recursos não permitem "atirar para todos os lados".

Grandes e pequenos degradadores respondem diferentemente aos

esforços de implementação108. Seja porque não têm, em geral, como

esconder suas infrações, seja porque preocupam-se mais com sua

imagem, seja porque dependem mais do mercado externo, o certo é que

um bom programa de implementação pode produzir frutos mais palpáveis

e rápidos quando dirigido contra o "degradador atacadista". Isso,

evidentemente, não quer significar esquecimento dos pequenos, pois a

soma de milhares de degradações individualmente insignificantes pode

106 Cheryl E. Wasserman, *An overview... cit*.. p. 11.

107 Cf. no assunto, Patrícia Azevedo da Silveira, Competência Ambiental, Curitiba, Juruá.

2002.

108 Robert A. Kagan, *Regulatory enforcement*, in David H. Rosenbloom and Richard D.

Schwartz, *Hundbook of Hegulation and Administrative Law*. New York. Marcel Dekker,

Inc., 1994, p. 397.

|  |
| --- |
| **Page 42** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

42

implicar enormes prejuízos ao meio ambiente (veja-se o exemplo das

florestas de araucária no Paraná e Santa Catarina).

Em muitos casos, temos que reconhecer, não é fácil a tarefa

do aplicador da lei, principalmente quando o legislador exagera nas

promessas – generoso nas missões, mesquinho nos meios, inclusive no

campo dos instrumentos que prevê. É fácil deixar para a administração o

trabalho duro de dar sentido e eficácia à norma ambiental; o risco em tais

situações é ver-se a legislação transformada em letra morta, à espera de

regulamentação administrativa ou de uma clara e demorada (quando não

tardia) interpretação judicial, que lhe confiram um perfil mais palpável,

transformando suas garantias simbólicas em padrões de conduta

realmente implementáveis109.

Também importa ressaltar que, do mesmo modo como se dá

no campo legislativo, a implementação, aqui e ali, é dirigida por fatos

inesperados, que chamam a atenção da mídia e da opinião pública: uma

catástrofe ou denúncias de incompetência, corrupção ou leniência na

aplicação da norma, p. ex., freqüentemente determinam um maior rigor

implementador, mesmo que insincero ou fugaz110. E, qualquer que seja o

campo em que ocorra a degradação ambiental, a imprensa e as

manifestações públicas têm um papel essencial111.

Por tudo isso, o esforço de regulação é mais fácil do que o de

implementação. Afinal, aquela não exige grandes custos e investimentos:

os órgãos legislativos existem para isso mesmo.

Já o ofício de implementação, na área ambiental em particular,

requer enorme suporte-humano, financeiro e técnico. Quanto mais

desconformidade existir entre a regulação e os comportamentos do grupo

regulado, maiores serão os custos da implementação, ou, no caso de

109 John P. Dwyer, *The pathology ... cit*., p. 233.

110 Robert A. Kagan, art. cit. p. 401.

111 Cf. John P. Dwyer, *The pathology... cit*., p. 315.

|  |
| --- |
| **Page 43** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

43

deficiência ou inexistência desta, será inevitável a falência do modelo

regulatório estabelecido.

Logo, a implementação direta e tradicional (reparatória e

repressiva) não pode ser a regra, sob pena de se inviabilizar112. Na

questão ambiental, é notório, o Estado não tem condições, por falta de

recursos, de colocar um fiscal em cada indústria ou em cada fonte

poluidora, nem muito menos dispõe de um exército chinês de advogados

para levar tais violadores aos tribunais. Daí, alternativas à implementação

tradicional devem ser buscadas com o intuito de torná-la eficaz e

eficiente.

Para tanto é importante entender que a lei pode ser

implementada por *coação* ou por *composição*. Naquele caso há

*compulsão;* neste, *compromisso*. Em áreas como a ambiental, mais e mais

a implementação é feita através deste último mecanismo, com crescente

uso de Termo de Ajustamento de Conduta, tanto pelos órgãos ambientais,

como pelo Ministério Público. Por vezes, ouvem-se vozes contrárias a tais

TACs – mesmo os bem elaborados -, sob o argumento de que, na falta de

uma exemplar sanção administrativa e penal, a lei não está sendo

cumprida. Em alguns casos, é bem possível que a reclamação seja

pertinente. Noutros, contudo, é reflexo de uma visão incompleta do

processo de implementação ambiental, na qual só a atuação estatal

coativa e sancionatória é considerada verdadeira implementação113.

O Ministério Público, como consequência de anos de trabalho

fundamentalmente repressivo, dá grande importância à implementação

coativa. E não poderia ser diferente, já que a lei está aí para ser

112 Isso não quer dizer, em absoluto, que o ordenamento jurídico deva ou possa abrir

mão dos mecanismos tradicionais punitivos e reparatórios existentes. Em verdade, "sem

sanções administrativas, civis e penais contra aqueles que violam suas obrigações e

causam dano ambiental, o *direito ao meio ambiente* seria somente uma declaração a

mais, vazia de qualquer significado legal" (Janusz Symonides, *The human right to a*

*clean, balanced and protected environment, in* International Journal of Legal Information,

vol. 20, n. I, 1992, p. 34).

113 Keith Hawkins, *Ob. cit*., p. 3.

|  |
| --- |
| **Page 44** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

44

cumprida. Mas cada vez mais apela para a celebração de Termo de

Ajustamento de Conduta.

Se para o Ministério Público, titular da ação penal, o modelo

coativo responde com adequação ao seu *munus*, em matéria de tutela do

interesse ambiental é um modelo *misto*, mais preventivo do que

repressivo, que melhor lhe serve para para bem cumprir o mandamento

constitucional. Isso, claro, sem nunca abrir mão das prerrogativas que

decorrem de suas atribuições sancionatórias.

**9. CLASSIFICAÇÃO DOS MODOS DE IMPLEMENTAÇÃO**

A implementação da lei pode ser vista de inúmeros ângulos.

Além de podermos falar em *implementação direta* (ou *próxima*) e

*implementação indireta* (ou *remota*), como acima já referimos, existem

dois outros *dois* critérios básicos para sistematizar os diversos tipos de

implementação: a *qualidade do agente* que a provoca e a *perspectiva em*

*que se enxerga o dano ambiental.*

**9.1 Quanto à qualidade de quem provoca a implementação**

Aqui o que importa é *quem* é o ator principal do movimento

implementador. A implementação por este prisma pode ser *pública* ou

*privada.*

A implementação pública é exercida fundamentalmente por

dois dos poderes estatais, isto é, o Executivo (implementação

administrativa) e o Judiciário (implementação judicial).

|  |
| --- |
| **Page 45** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

45

A implementação judicial pode ser civil (ação civil pública,

ação de improbidade e ação popular, p. ex.) ou criminal (ação penal).

Ao contrário do que sucedia nos primórdios do Direito

Ambiental, a implementação hoje – pelo menos nos países mais

preocupados com a questão ambiental, aí se incluindo o Brasil – pode ser

tanto pública, como privada. Neste caso, a atuação implementadora é

produto da movimentação de organismos estranhos ao aparelho de

Estado, manifestando-se ora através de formas de auto-regulamentação

traçadas pelos próprios infratores potenciais114, ora mediante ação,

coletiva ou individual, das vítimas potenciais das condutas (assim quando

propõem uma ação civil pública115), em face tanto dos degradadores

diretos como dos próprios organismos oficiais de controle.

Os agentes privados podem ainda ser partícipes do esforço

implementador quando, p. ex., detectam casos de violação da lei e os

denunciam às autoridades competentes, intervêm em processos de

licenciamento ambiental (participando de audiências públicas)116.

Conforme já mencionamos acima, o certo é que o Poder Público não pode,

sozinho, alcançar os objetivos ambientais constitucionalmente fixados. O

desafio do cumprimento à legislação ambiental é também

responsabilidade de todos os cidadãos e empresas117.

Sob essa ótica, a implementação pelo Ministério Público é

*híbrida*; durante o inquérito civil, há pura implementação administrativa;

mas uma vez proposta a ação civil pública ou a ação penal, caracterizada

está a implementação judicial.

114 As empresas poluidoras, p. ex., criam métodos alternativos de solução de conflitos

ambientais.

115 Vale notar que, no caso da ação civil pública e da ação popular ambientais, apenas a

provocação ou iniciativa é privada, já que o exercício final da implementação é público e

judicial.

116 Cf. U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit*., p. 36.

117 Steven A. Herman, *art. cit*., p. 13.

|  |
| --- |
| **Page 46** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

46

**9.2 Quanto à perspectiva em que enxerga o dano ambiental**

Com base na perspectiva em que enxerga o dano ambiental,

identificamos a implementação preventiva118, a implementação

reparatória119 e a implementação repressiva120.

A implementação pelo Ministério Público pode ser, conforme o

caso, preventiva, reparatória ou repressiva. Mas é sempre pública, judicial

(ação penal e civil) ou administrativa (inquérito civil).

**10. DIAGNÓSTICO DA IMPLEMENTAÇÃO AMBIENTAL NO**

**BRASIL**

Engana-se aquele que pensar ser possível apreciar a

efetividade do Direito Ambiental brasileiro – um dos mais desenvolvidos e

sofisticados do mundo – com um simples exame do conteúdo das leis e

normas que o compõem.

Uma lei ambiental vista fora de seu universo de

implementação e do contexto sócio-político em que opera – tanto mais em

países de dimensão continental e composições culturais complexas como o

nosso – é só um jogo de palavras e intenções, afogadas na abstração

formal do ordenamento, podendo, entre expressões pomposas e bonitas

declarações, esconder uma realidade condenável e insustentável121. Aqui,

até mais do que lá fora, a diferença entre *law-on-the-books*, o Direito

legislado, e *law-in-practice*, o Direito aplicado, fruto da assimetria entre

118 Estudo de impacto ambiental, zoneamento ambiental e padrões de emissão, p. ex..

119 É o caso, p. ex., da reconstituição do bem lesado ou indenização.

120 Crimes, contravenções e ilícitos administrativos.

121 David S. Favre. *The risk ... cit*., p. 348.

|  |
| --- |
| **Page 47** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

47

norma e implementação, é muito maior no Direito Ambiental do que em

outros campos122.

Entre nós, a preocupação com a criação de instrumentos

eficientes de proteção ambiental, embora recente, tem amparo

constitucional. Tanto assim que a Constituição Federal, após garantir a

todos o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado"123,

determina que o Poder Público cumpra uma série de atividades visando

"assegurar a *efetividade* desse direito"124.

Apesar da determinação expressa da Constituição Federal, os

ataques ao meio ambiente em nosso País crescem em progressão

geométrica e, na sua maioria, permanecem impunes, não obstante o

esforço que, aqui e ali, se faz para evitá-los e reprimi-los. Nossa legislação

ambiental sofre de uma dualidade maligna: ou bem não é aplicada, ou

quando é, não o é de forma mais eficiente e eficaz.

Tal situação, verdadeiramente preocupante e inustentável,

força-nos a uma reflexão sobre os porquês e o que fazer. Parece que não

mais se trata de carência absoluta de legislação. Realmente, "desde 1973,

o Brasil vem desenvolvendo um sistema substantivo de leis e

regulamentos de controle da poluição, similar, em muitos aspectos, aquele

dos Estados Unidos"125.

Ora, se o problema brasileiro não mais reside propriamente na

existência ou inexistência de regulação, há que se concentrar na

ineficiência desta regulação, na inexistência de uma implementação

adequada, ou em ambas.

122

Peter W. Schroth, *Comparative Environmental Law: a progress report*, Harvard

Environmental Law Review, vol. I, 1976, p. 629.

123 Constituição Federal, art. 225, *caput.*

124 Constituição Federal, art. 225, par. I. grifei.

125 Roger W. Findley, *Pollution Control in Brazil, in* Ecology Law Quarterly, vol. 15, p. 64

(1988).

|  |
| --- |
| **Page 48** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

48

O certo é que o grande esforço legislativo dos últimos anos

(trabalho fundamentalmente de regulação) não se tem mostrado capaz de

estancar a devastação ecológica. E – sabemos – o mal funcionamento

maior está na implementação, seja por inadequação de seus meios, seja

por carência de recursos humanos, materiais e técnicos, seja por recusa

dos sujeitos titulares do *munus* de se reformarem para, só então,

buscarem a reforma alheia.

Uma rápida radiografia da implementação ambiental no Brasil

apontará, sem dificuldade, vários males:

• falta de vontade política por parte dos implementadores;

• hipertrofia da implementação pública, tendo a privada,

diante da fragilidade de nossas organizações não-governamentais, um

caráter periférico;

• pouco uso e confiança na via judicial;

• atrofia da implementação judicial criminal, com os ilícitos

penais raramente sendo investigados e processados;

• ênfase na repressão (administrativa) e reparação, em

detrimento da prevenção;

• carência de recursos financeiros e humanos126;

• fragilidade dos agentes de implementação, tanto política,

como técnica;

• modelo burocratizado, com pouca transparência e

convidativo à "captura" (= cooptação) dos implementadores pelos

regulados;

126 Como exemplo, mencione-se que, em 1997, para cobrir uma área de 1,5 milhões de

quilômetros quadrados de floresta amazônica, o IBAMA contava com apenas 160 fiscais

(O Estado de São Paulo. 7.9.97, p. A16).

|  |
| --- |
| **Page 49** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

49

• privilegiamento do degradador, que tem livre acesso aos

órgãos públicos, enquanto que os ambientalistas enfrentam toda sorte de

dificuldades para conseguir até mesmo informações básicas para sua

atuação eficaz;

• baixa credibilidade dos órgãos implementadores,

principalmente em Estados onde a corrupção é a regra e não a exceção;

• ineficiência econômica dos instrumentos legais disponíveis e

do funcionamento do aparelho estatal implementador;

• despreocupação com os efeitos multiplicadores das ações

implementadoras;

• falta de estratégias de implementação;

• inexistência de fixação prévia de prioridades e planejamento

da atividade de implementação;

• conflitos entre os próprios implementadores (= conflitos de

atribuições e competências);

• anistias, diretas ou indiretas, à comportamentos

degradadores.

O descumprimento das exigências legais é um fenômeno

nacional. Veja-se o caso do Código Florestal, onde a Reserva Legal ainda é

uma abstração normativa, não obstante sua previsão desde 1965.

Entretanto, justiça deve ser feita. Em várias partes do País, a

degradação ambiental transformou-se em ação *mala per se*; já não

moralmente neutra (*mala quia prohibita*), rigidamente dependente de

uma proibição expressa da lei para daí retirar sua rejeição. Vale dizer,

nesses casos a lei já não é um documento frio e distante da realidade

social, já não está sozinha, servindo, ao revés, para viabilizar um novo

código de conduta da sociedade, que gradativamente ganha corpo.

|  |
| --- |
| **Page 50** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

50

Muitas vezes, a lei não é aplicada por falta exclusivamente de

vontade política; ou, mesmo quando é aplicada, está desatualizada, fato

comum no campo da legislação estadual127. E nesse ponto, a linha

divisória entre os vários partidos políticos mostra-se bem tênue128.

A deficiência de implementação ambiental no Brasil não se

limita às regiões mais remotas do seu território, como a Amazônia. O

Parque Nacional do Iguaçu, p. ex., um dos mais importantes e visitados,

criado em 1939, foi invadido para reabrir-se, a trator, a Estrada do

Colono, interditada em 1986. Mesmo com decisões judiciais determinando

o fechamento da estrada, permaneceu ela sendo usada e ampliada. Como

se explicar isso? Diz bem o conceituado jornalista Marcos Sá Corrêa que

tudo decorre “da indiferença. O governo não dá solução à crise de Iguaçu

porque o público não lhe dá importância. Ambos parecem acreditar que o

127 Um exemplo concreto serve para ilustra o que digo. O Secretário do Meio Ambiente do

Estado do Rio de Janeiro. André Corrêa, depois de um vazamento de pelo menos um

milhão e duzentos mil litros de óleo de um duto da *Reduc – Refinaria de Duque de*

*Caxias*, da Petrobras, que provocou mancha de mais de 80 km quadrados na Baia da

Guanabara, noticiada, com destaque, nos principais jornais brasileiros, declarou, depois

de afirmar tratar-se do maior derramamento na baía, desde 1.975, que "Se eu fosse

seguir a legislação, fecharia a Reduc. Mas todos sabem que é uma indústria importante

para o Estado" (Folha de São Paulo, Caderno São Paulo, 20.1.2000, p. 1). Indagado por

que a refinaria não foi interditada, depois de tantos vazamentos e danos ambientais,

respondeu que "Não tomarei atitudes quixotescas" (O Estado de São Paulo, 20.1.2000. p.

A14). A empresa foi multada em R$ 94 mil, a maior prevista na legislação do Estado.

Para o Secretário, "É uma multa ridícula, mas é o que â legislação me permite" (O Estado

de São Paulo, 20.1.2000, p. A14).

128 Realmente, a questão da "vontade política" é complexa, e, nem sempre, traz a marca

individualizada de um determinado partido político, embora, sabe-se, alguns partidos

(como o PT, o PSB c o PSDB) têm maior afinidade e compromissos com a proteção do

meio ambiente; outros, diversamente, apresentam maior afinidade com os interesses dos

grandes e pequenos poluidores. Contudo, no caso de Rondônia, segundo notícia de

jornal, "Todos os cinco candidatos ao governo de Rondônia, inclusive o do PT, José

Neumar, defendem a atuação das madereiras no Estado. O senador Ernandes Amorim,

candidato pelo PPB, diz que o Estado deve ter sua própria legislação ambiental e ameaça

expulsar o lbama de Rondônia, caso eleito. 'O Ibama não pode continuar atropelando e

prendendo madereiros. Se não tiver uma proposta de ação razoável, eu pego a policia e

o expulso de Rondônia', afirma." Segundo o mesmo jornal, "As madeireiras recolhem

cerca de RS 6 milhões por mês em ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e

Serviços), o que dá um terço da arrecadação total no Estado. Além disso empregam,

diretamente, 25 mil empregados, ou seja, eleitores". Na mesma linha, "O candidato do

PT, José Neumar, diz que existe 'incompreensão' em relação à atividade dos madeireiros:

'As leis são muito severas com eles. A floresta está a serviço do homem'" (Folha de São

Paulo, *Candidatos defendem atuação de madeireiras*, Caderno Eleições, 13.9.98. p. 8).

|  |
| --- |
| **Page 51** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

51

Brasil, por ser grande, é inexaurível”129. Sequer decisões judiciais da mais

alta Corte do País são respeitadas, e isso em Estados ditos

desenvolvidos130.

Reconhecemos que a legislação ambiental brasileira sofre de

vários defeitos, alguns não propriamente acidentais ou fruto do

desconhecimento: lacunas, imperfeições técnicas, incongruências e

complacência, tudo orientado – quase dirigido – a dificultar, quando não a

inviabilizar, a consecução de seus objetivos. Mas seus piores vícios são

dois outros, nem sempre imediata e claramente identificáveis como tal.

Primeiro, quando, por acaso, alguma norma mostra-se viável

no plano da implementação, logo, em geral a pretexto de sua inadequação

ou desatualização, é hora de mudá-la, expurgando o comando em

questão, abrindo-lhe exceções, suspendando-se sua aplicação ou

concedendo-se privilégios ao infrator. Foi assim com a Reserva Legal – a

concessão do prazo de 30 anos para a sua recuperação e, em momento

posterior, sua renovação, via Medida Provisória -; foi assim com a Lei dos

Crimes contra o Meio Ambiente. A rigor, no Brasil, leis de controle do

poder econômico só são boas quando sua implementação é um exercício

do impossível. Mostre-se a situação diferente, com um mínimo de

implementação que seja, e é chegada a hora de emendar a norma.

Segundo, nosso País é a pátria da regularização da situação de

fato. Outro estímulo ao descumprimento da lei, pois quem infringe sabe

129 Marcos Sá Corrêa, *Falta um FMI em Iguaçu, in* Veja, 21.4.99, p. 33.

130 Poucos meses após a decisão do STF, tratando da Farra do Boi catarinense, a *Folha de*

*São Paulo* tinha a seguinte manchete: "Começa temporada da Farra do Boi em SC".

Segundo o jornal, "Mais de 5.000 pessoas compareceram no último fim-de-semana à

Barrafest, evento realizado em Barra do Sul (SC), cuja principal atração é a Farra do Boi.

O festival marcou o início da temporada da Farra do Boi no litoral catarinense, que,

apesar de proibida por decisão do Supremo Tribunal Federal em junho, continua sendo

praticada abertamente no Estado, e ocorre até a Páscoa. A Farra do Boi é o equivalente

açoriano às touradas espanholas. A tradição foi introduzida em Santa Catarina o século

18, quando chegaram as primeiras famílias vindas dos Açores para colonizar a região. A

regra é soltar o boi em uma área aberta, no meio de uma multidão, que tenta, usando

paus, chicotes e objetos cortantes, vencer o animal pelo cansaço ou feri-lo mortalmente"

(Folha de São Paulo, 30.12.97, caderno cotidiano, p. 6).

|  |
| --- |
| **Page 52** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

52

que, mais cedo ou mais tarde, seu comportamento ilícito será legalizado,

com a benção do legislador e do administrador ou mesmo do próprio

judiciário. Assim, compensa mesmo ignorar a lei, pois ao infrator aplica-se

a "sanção" da legitimação da ilicitude.

**12. QUE FUTURO?**

O que nos reserva o futuro em matéria de implementação

ambiental? Certamente, uma atenção maior ao tema, tanto pela doutrina,

como pelos próprios agentes com poderes de implementação, inclusive as

ONGs.

É inegável que o Direito brasileiro finalmente desperta para a

importância da implementação legal, em pé de igualdade com a atividade,

legisladora. Tinha que ser assim. Como afirma categoricamente Steven A.

Herman, no terreno ambiental ainda não encontramos "substitutos para

uma vigorosa implementação como forma de deter violações futuras,

capaz de mandar uma mensagem enérgica no sentido de que os

degradadores pagarão – tanto financeiramente, como em percepção

pública"131.

Por trás de toda a teoria da implementação está o desejo de

ver a lei verdadeiramente aplicada, alcançando-se, assim, seus objetivos e

finalidades, motivo de sua própria promulgação. A norma jurídica só é boa

quando tem um impacto no cotidiano. Do contrário, perde, inteiramente,

sua legitimidade. No caso brasileiro, basta olharmos a nossa volta para

verificarmos que "esse casamento (direitos efetivos-implementação

eficiente), verdadeiro objetivo do Direito, como o vemos e pregamos, está

muito longe de ser alcançado ou assegurado pelo *ius positum*

131 Steven A. Herman, *art. cit*., p. 16.

|  |
| --- |
| **Page 53** |

O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental

B12

53

contemporâneo"132. Ainda estamos, podemos dizer, na infância da

compreensão da importância da teoria da implementação legal.

A civilização moderna não deixa de ser um amontoado de

milhões de fontes de degradação ambiental, reais ou potenciais. Por isso,

como outros, reconheço ser a implementação do Direito Ambiental, por

natureza, "uma tarefa extraordinariamente difícil"133. Difícil, sim, mas não

impossível.

A prioridade de todos, mais ainda do Poder Público, deve ser o

cumprimento da legislação sem privilégios, fazendo-a valer contra todos,

desde o mais humilde caçador ao mais poderoso industrial. Isso é

essencial à democracia. O problema é que o Poder Público, muitas vezes,

fica refém de projetos econômicos particulares, principalmente em áreas

pobres, mesmo que signifiquem a violação da legislação e possam

acarretar sérios prejuízos às gerações futuras. A peregrinação de políticos

nos gabinetes oficiais, é do conhecimento geral, não se faz para pedir

medidas de proteção da natureza, mas para demandar licenciamento de

obras de legalidade duvidosa, sob o argumento habitual da geração de

renda e empregos.

Precisamos, sem dúvida, de melhor implementação, mas, até

com mais urgência, de um novo modelo de Estado de Direito Ambiental134,

onde o Poder Público coopte o agente econômico, levando-o a adaptar seu

projeto à legislação e a entender que a transgressão das normas não é

forma de desenvolver o país, se o queremos fazer em bases sustentáveis.

132 Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição ... cit*., p. 102.

133 John E. Bonine and Thomas O. McGarity, *Ob. cit..* p. 815.

134 Sobre o Estado de Direito Ambiental, cf. José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo

Ayala. *Direito Ambiental na Sociedade de Riscos*, Rio de Janeiro. Forense Universitária,

2002. p. 239 e segss..