

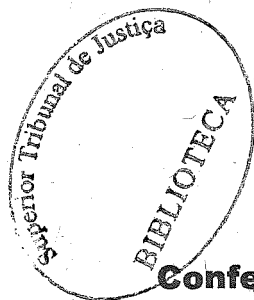
# DIREITO, ÁGUA E VIDA

## LAW, WATER AND THE WEB OF LIFE

**Antonio Herman Benjamin**  
(Organizador/Editor)

Homenagem a/A tribute to  
**Parvez Hassan**

*Karina G. Martins*  
*06/2003*



**VOLUME 1**

**Conferências/Invited Papers**



347.244(061.3)  
C7498

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	DATA	03/02/2004
	Nº	821498

Criação de Capa: Armando de Lima Sardinã  
 Imagem da Capa: *Sonho de Continental*, Manabu Mabe  
 Acervo da Fundação Mokiti Okada - M.O.A., São Paulo  
 Fotógrafo: Ramos Filho (JM)

Cover Designer: Armando de Lima Sardinã  
 Cover Image: *Dream of a Continental*, by Manabu Mabe  
 Collection of the Mokichi Okada Foundation, São Paulo, Brazil  
 Photographer: Ramos Filho (JM)

821498



Miolo em papel 100% reciclado (Papel *Reciclato*® da Suzano)  
 Pages printed on 100% recycled paper (*Reciclato*® Suzano Paper)

**Coordenadores do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental**  
**Coordinators of the 7th International Conference on Environmental Law**  
 Antonio Herman Benjamin (Brazil) e/and John Scanlon (Australia)

**Comissão de Organização do 8º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**  
**Steering Committee of the 8th Brazilian Conference on Environmental Law**  
 Daniel Roberto Fink, Filipe Augusto Vieira de Andrade, José Carlos Meloni Sicoli, José Eduardo Ismael Lutti e/and, Roberto Carramenha (MP-SP/Attorney General's Office, São Paulo), Eladio Lecey (Planeta Verde/Green Planet, Presidente da Comissão / President of the Committee), Márcio Cammarosano (Comissão de Meio Ambiente, OAB-SP/ Environment Committee, Brazilian Bar Association, São Paulo), Nicolao Dino (ANPR/Brazilian Association of Federal Public Prosecutors), Paulo Sérgio Domingues (AJUFE/Brazilian Association of Federal Judges) e/and Silvia Cappelli (ABRAMPA/Brazilian Association of Environmental Public Prosecutors)

C76d Congresso Internacional de Direito Ambiental (7.: 2003 : São Paulo, SP)  
 Direito, água e vida = Law, Water and the web of life / organizado por Antonio Herman Benjamin. – São Paulo : Imprensa Oficial, 2003.  
 2v.

Co-patrocínio da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e Instituto "O Direito por um Planeta Verde".  
 Trabalhos apresentados no 7o. Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado em São Paulo nos dias 02 a 06 de junho de 2003.  
 Conteúdo: v.1 – Conferências = Invited Papers ; v.2 – Teses = Independent papers

1. Direito ambiental – Congresso internacional. I. Benjamin, Antonio Herman e, org. II. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral de Justiça. III. Instituto "O Direito por um Planeta Verde". IV. Título.

CDU 34:502.7(100)(061.3)

# O ESTADO TEATRAL E A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL<sup>1</sup>

ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN<sup>2</sup>

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"*<sup>3</sup>.

Min. José Paulo Sepúlveda Pertence

## I. 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 contole 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 Público<sup>4</sup>.

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

<sup>1</sup> O presente estudo toma por base, revisita e dá seguimento ao nosso Antônio 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.

<sup>2</sup> 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".

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.).

individual dos seus participantes. Muito ao contrário, um Estado pronto, sob várias formas e argumentos, a intervir na Economia.

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.

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 corroe a feição privatística de algumas modalidades de bens ambientais. Assim com a fauna, 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".<sup>7</sup>

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, comandado por grandes grupos econômicos, centros de poder amiúde capazes de ofuscar a figura do Estado.

<sup>7</sup> 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 indústrias, fazendo-se empresário, atirando-se ao jogo do câmbio" (Clovis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p. 27). É o Estado "operador".

Em nosso texto cuidaremos apenas daquela acepção e não desta.

<sup>8</sup> 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.

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

<sup>9</sup> 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 e 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.

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 ambiente.

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 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”<sup>10</sup>. 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, tranqüila ou tumultuada, cara ou barata, democrática ou autoritária, efetiva ou inoperante, mas sempre prisioneira da sua *implementação*.

<sup>9</sup> Eladio Lecey, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica - Eficatividade 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.

<sup>10</sup> Roscoe Pound, *Law in the books and law in action*, in *The American Law Review*, vol. 44, , 1910, p. 22.

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 Direito<sup>11</sup>.

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 ambientalista<sup>12</sup>, 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 simbiote 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 ambiental, p. ex.) ou penais (sanção penal, p. ex.), sejam civis (ação civil pública, p. ex.<sup>13</sup>) 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 polí-

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Barry C. Field, *Environmental Economics: An Introduction*, New York, McGraw-Hill, Inc., 1994, p. 185.

<sup>13</sup> 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.

tico levado às últimas consequências<sup>14</sup>. 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.

Todos os sistemas jurídicos e todas as disciplinas<sup>15</sup> 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”<sup>16</sup>.

## 2. IMPLEMENTAÇÃO: O PATINHO-FEIO DO FENÔMENO JURÍDICO

No início da década de 90, publiquei texto<sup>17</sup> que, pela primeira vez no Brasil, abordou, de forma sistemática, a implementação da legislação ambiental<sup>18</sup>. 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, 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 existentes<sup>19</sup>.

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

<sup>14</sup> Cf. John P. Dwyer, *The pathology of symbolic legislation*, in *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, 1990, p. 316.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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*, Iera Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, Buenos Aires, FARN e Banco Mundial, 2002, p. 19.

<sup>17</sup> Cf. Antonio Herman Benjamin, *A implementação ... cit.*, pp. 360-377.

<sup>18</sup> 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, integra 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..

<sup>19</sup> Cf., no mesmo sentido, François Ost, *Le juste milieu. 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.

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 ambiental<sup>20</sup>, 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 (auditoria<sup>21</sup> e estudo prévio de impacto ambiental) e obrigações (p. ex., a de dar destinação final adequada a produtos utilizados por terceiros, como as baterias). Tudo organizado em volta de uma noção dorsal: a *função ambiental*<sup>22</sup>.

O conflito é inerente à convivência humana. As aspirações do ser humano, materiais ou espirituais, 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 supraindividualidade<sup>23</sup>.

Na gestão desses conflitos - individuais ou supraindividuais - o Estado faz uso de duas técnicas correlatas e interdependentes<sup>24</sup>: 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.

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 abstrata e distante, e como tal devia ser

<sup>20</sup> 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 Édís Milaré, *Ação Civil Pública: Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 70-151.

<sup>21</sup> No tema, cf. Rodrigo Sales, *Auditoria Ambiental: Aspectos Jurídicos*, São Paulo, LTr, 2001.

<sup>22</sup> Cf., no tema da “função ambiental”, essencial à compreensão de todo o Direito Ambiental, Antônio Herman V. Benjamin, *Função ambiental*, in Antônio Herman V. Benjamin, *Dano Ambiental ... cit.*, pp. 9-82.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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.



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, inviabilizá-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, logo<sup>25</sup> 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.

Hoje, no campo ambiental, mais do que em qualquer outra disciplina, está posta a questão da implementação, como tema dominante na comunidade internacional<sup>26</sup>, 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 Jurídica 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 míni-

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> Durwood Zaelke, Kenneth Markowitz and Thomas Higdon, *Strengthening environmental enforcement and compliance through networks*, in Maria Eugenia Di Paola (editor), *Material ... cit.*, p. 121.

mo de adesão social e de vontade política para implementá-la, pouco acrescenta, já que minguados, quando muito, seus efeitos reais<sup>27</sup>.

Nesse sentido, já afirmamos: “A legislação ambiental é um *nada* quando não cumpre seus objetivos através de um programa eficiente de implementação”<sup>28</sup>. 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”<sup>29</sup>. 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”<sup>30</sup>. Na mesma linha, a Constituição Federal de 1988<sup>31</sup>.

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.

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

<sup>27</sup> Jean-François Neuray, *Introduction Générale, in L'Actualité du Droit de L'Environnement* (Actes du Colloque des 17 et 18 novembre 1994), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 14.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patricia André de Camargo Ferraz, *Ministério Público e “enforcement” (mecanismos que estimulem e imponham o respeito às leis, in Livro de Teses do 11 Congresso Nacional do Ministério Público, tomo II, realizado em Goiânia, de 23 a 26 de setembro de 1996, p. 1184.*

<sup>30</sup> Declaração do Rio, Princípio 11.

<sup>31</sup> 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, Imap, 2002, p. 89 e segs..

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 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 poluidores<sup>32</sup>.

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-regulamentação), tampouco existe implementação sem um mínimo de participação estatal, valê dizer, sem a intervenção de certos órgãos do Poder Público.

É certo que uma das grandes conquistas do Direito Ambiental foi exatamente 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, pela 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 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 res-

<sup>32</sup> 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.

ponsáveis 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 mudará; logo, *as políticas e instituições envolvidas é que devem ser alteradas*<sup>33</sup>.

Não é sem sentido, pois, que o ordenamento pune o implementador que descumpra 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"<sup>34</sup>. 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.

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 fundamental<sup>35</sup>.

Em primeiro lugar, nos deparamos com a necessidade de assegurar a *efetividade dos programas e políticas públicas* destinados à proteção do meio ambien-

<sup>33</sup> World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 9, grifo nosso.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 and 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 1, September 22-25, 1992, Budapest, Hungary, p. 37).

te; 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 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”<sup>36</sup>. 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”<sup>37</sup>.

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”<sup>38</sup>.

Em terceiro lugar, há um componente de *equidade 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 pela violação da lei. E ninguém deve ser colocado numa posição de desvantagem porque obedeceu à norma”<sup>39</sup>.

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”<sup>40</sup>. Os sujeitos, principalmente as empresas, mostram-se mais dispostos a respeitar as exigências legais quando convencidos de que, ao

<sup>36</sup> Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patricia André de Camargo Ferraz, *art. cit.*, p. 1185.

<sup>37</sup> Jean-François Neuray, *Introduction Générale, in L'Actualité du Droit de L'Environnement* (Actes du Colloque des 17 et 18 novembre 1994), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 10.

<sup>38</sup> Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patricia André de Camargo Ferraz, *art. cit.*, p. 1186.

<sup>39</sup> Steven A. Herman, *Welcome and introduction to the conference, in Proceedings of the Fourth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement*, Chiang Mai, Thailand, April 22-26, 1996, vol. 1, p. 16, p. 16.

<sup>40</sup> Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patricia André de Camargo Ferraz, *art. cit.*, pp. 1185-1186.

assim se comportarem, não serão postos em situação de desvantagem econômica perante seus concorrentes<sup>41</sup>.

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, conseqüentemente, 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 geral<sup>42</sup>, pois, como sempre se diz, é melhor prevenir que remediar, mais ainda em matéria ambiental.

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"<sup>43</sup>.

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 (= *enforcement*), c) respeito, obediência ou cumprimento legal (= *compliance*) e, d) dissuasão ou desestímulo ao descumprimento da norma (*deterrence*).

Começemos 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 exatamente traduzir, nas línguas latinas, o que se quer dizer com essas três expressões

<sup>41</sup> U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 37.

Nesse sentido, num setor onde a implementação é comprovadamente insuficiente - o da 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).

<sup>42</sup> U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 37.

<sup>43</sup> Cf. U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 37.

<sup>44</sup> 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.

da língua inglesa: *enforcement*, *compliance* e *deterrence*<sup>44</sup>. 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”<sup>45</sup>.

### 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 ilegítimos<sup>46</sup>. Não raro, e isso não é incomum no Direito Ambiental, a 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 existente<sup>47</sup>.

Não é nosso intuito aqui analisar a trajetória e os fundamentos da *regulação* ou *normatização* jurídicas<sup>48</sup> (= *regulation*), no decorrer do século XX, nem mesmo nos limites estreitos da área ambiental<sup>49</sup>, onde ganha força nos anos 70<sup>50</sup> (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

<sup>45</sup> María Eugenia Di Paola, *Hacia la construcción ... cit.*, p. 19.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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 Economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 15.

<sup>49</sup> No assunto, cf. Neil Gunningham, Peter Grabosky and Darren Sinclair, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

<sup>50</sup> Eric W. Orts, *Reflexive Environmental Law*, Northwestern University Law Review, vol. 89, 1995, p. 1235.

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 estrangeira<sup>51</sup>.

A noção atual de regulação, no sentido aqui adotado, não tem origem exatamente no Direito, mas, curiosamente, surge das 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).

Issò 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 cumprí-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 categoriais básicas<sup>52</sup>:

- 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 crítica<sup>53</sup>. 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 juri-

<sup>51</sup> “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 formuladores 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).

<sup>52</sup> 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).

<sup>53</sup> 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..



dicos 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 externalidades ambientais. Como consequência, buscou-se uma nova fórmula, a regulação jurídica dos recursos ambientais, mais ainda os de uso comum.

A regulação estatal, ao enfrentar o problema das externalidades ambientais, faz uso, basicamente, de três técnicas: padrões, proibições e organização (= separação), todas elas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ouve-se, com bastante frequência, 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 salvação.

## 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

<sup>54</sup> A noção de externalidade é fundamental na análise do modo como o Direito e a Economia interagem (Nicholas Mercurio and Timothy P. Ryan, *Law, Economics and Public Policy*, Greenwich, Connecticut, Jai Press Inc., 1984, p. 43).

<sup>55</sup> John A. Chiappinelli, *The right to a clean and safe environment: a case for a constitutional amendment recognizing public rights in common resources*, in *Buffalo Law Review*, vol. 40, 1992, p. 587.

<sup>56</sup> Alan Stone, *Ob. cit.*, p. 117-119.

<sup>57</sup> 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 à pesquisa de novas 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).

<sup>58</sup> Por exemplo, a vedação de comercialização do DDT ou de CFCs.

<sup>59</sup> Zoneamento Ambiental, p. ex.

<sup>60</sup> 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.

comportamentos e padrões estatuidos. 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 fluido<sup>61</sup>.

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 freqüente<sup>62</sup>. 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 inexistem 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”<sup>63</sup> 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 favor do meio ambiente. Ou, o que é pior, mostrar-se totalmente incapaz de trazer os benefícios almejados<sup>64</sup>.

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”<sup>65</sup>.

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, inexistem quem busque levar uma espécie à extinção. A razão para os comportamentos degradadores, como regra, é econômica. Tal cons-

<sup>61</sup> Keith Hawkins, *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 126.

<sup>62</sup> Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven, Yale University Press, 1990, p. 3.

<sup>63</sup> Steven A. Herman, *art. cit.*, in *Proceedings of the Fourth International Conference ... cit.*, p. 16.

<sup>64</sup> U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 36.

<sup>65</sup> U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 93.

tatação 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 externalidades ambientais negativas sejam plenamente incorporadas ao bolso do degradador. Contrariam tal desiderato as multas e sanções simbólicas<sup>66</sup>, as compensações ambientais proveitosas ao infrator e as indenizações insignificantes.

Outros fatores também contribuem para o desrespeito às exigências legais, como a probabilidade de detecção da violação e de imposição da sanção, bem como de intervenção judicial.

### 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 legislador<sup>67</sup>.

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 meios<sup>68</sup>, realizar o respeito aos 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.

<sup>66</sup> "... se as sanções previstas para a violação são irrisórias ou não dificilmente são aplicadas, é mínimo o incentivo ao respeito contínuo à legislação" (Gordon L. Brady and Blair T. Bower, *Effectiveness of the U.S. regulatory approach 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).

<sup>67</sup> Cheryl E. Wasserman, *An Overview ... cit.*, p. 9.

<sup>68</sup> 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 destinados a estimular o cumprimento voluntário dos requisitos legais (cf. U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 36).

Enquanto no primeiro modelo, estreito e tradicional, o objetivo primordial é o *sancionamento*<sup>69</sup> 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,<sup>70</sup> na perspectiva que visa a obediência, a prevenção do descumprimento é a tônica.

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”<sup>71</sup>, aí juntados quaisquer atos ou processos que induzam à sua execução, implicando obediência aos requisitos e parâmetros fixados pelo regulador (= o legislador)<sup>72</sup>. 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 desconformes<sup>73</sup>. Não esperar que a degradação ocorra, mas, ao revés, a 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 regulatório<sup>74</sup>, 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 implementadora<sup>75</sup>, 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”<sup>76</sup>.

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.

<sup>69</sup> Nessa trilha, diz-se que “A função da implementação é 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).

<sup>70</sup> Keith Hawkins, *Ob. cit.*, p. 4.

<sup>71</sup> William H. Rodgers Jr., *Environmental Law*, first edition, St. Paul, West Publishing CO., 1977, p. 336.

<sup>72</sup> Jeff Staudinger, *RCRA enforcement: problems and reforms*, in *Strategies for Environmental Enforcement*, Stanford Environmental Law Society, 1995, p. 5.

<sup>73</sup> 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).

<sup>74</sup> Enforcement is “the link that can close the regulatory chain” (Pieter Winsemius, *Guests in Our Own Home*, p. 85).

<sup>75</sup> Keith Hawkins, *Ob. Cit.*, p. 56.

<sup>76</sup> Fernão La: a Mesquita, *Caça, pesca, preservação: receita paa uma nova riqueza*, in *O Estado de São Paulo*, 27.4.97, Caderno Especial Domingo, p. D2.

Tampouco há nessa tese qualquer risco de esvaziamento do Poder Público, pois, em qualquer circunstância, já dissemos, não existe 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”<sup>77</sup>. 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 anteriores<sup>78</sup>.

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 Direito Penal, o instituto é classificado ora em *dissuasão geral*<sup>79</sup> e *dissuasão específica*<sup>80</sup>, 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 dissuasão 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 tem<sup>81</sup>. Uma 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 dissuasão<sup>82</sup>. Se um indivíduo vai ou não violar a norma depende muito da consciência que tenha da possibilidade de

<sup>77</sup> Cheryl E. Wasserman, *An overview ... cit.*, p. 10.

<sup>78</sup> Cheryl E. Wasserman, *An overview ... cit.*, p. 10.

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> É o caso do infrator ambiental que, uma vez exemplarmente punido ou mesmo fiscalizado, pensa duas vezes antes de cometer outra infração.

<sup>81</sup> Jack P. Gibbs, *Deterrence theory and research*, in Gary B. Melton (editor), *The Law ... cit.*, pp. 88-89.

<sup>82</sup> “Deterrence”, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, vol. 2, New York, The Free Press, 1983, pp. 591-597.

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 dissuadido.

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 cada ação de implementação, ao induzir terceiros a cumprirem a lei, depende da força de cada um destes quatro fatores”, 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”. 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 ambiente.

Se é correto que a regulação consiste na criação de um aparato legal<sup>87</sup>, 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, inexistente 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 são perdidos, as tecnologias de controle permanecem nas prateleiras, o meio ambiente é degradado<sup>88</sup>, tudo não obstante a existência de normas determinando exatamente o contrário.

O aparecimento de “leis que não pegam”<sup>89</sup>, tão nocivas como comuns, decorre de mal-funcionamento no plano da implementação. Ou, melhor dizendo,

<sup>87</sup> 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.

<sup>84</sup> Cheryl E. Wasserman, *An overview ... cit.*, p. 10.

<sup>85</sup> Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Patricia André de Camargo Ferraz, *art. cit.*, p. 1184.

<sup>86</sup> Frank P. Grad, *Environmental Law: Sources and Problems*, New York, Matthew Bender, 1971, p. 1-21.

<sup>87</sup> *Regulatory apparatus*, na terminologia anglo-saxônica.

<sup>88</sup> John E. Bonine and Thomas O. McGarity, *The Law of Environmental Protection*, St. Paul, West Publishing Co., 1992, p. 815.

<sup>89</sup> 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).

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”<sup>90</sup>.

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 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 inefetividade parcial, que, por isso mesmo, “não deve ser considerada *a priori* como um fenômeno mórbido”, sendo, em grande medida, “natural à regra de direito”<sup>91</sup>.

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 houvesse lei alguma.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Barton H. Thompson, Jr., *art. cit.*, p. i.

<sup>91</sup> Jean Carbonnier, *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, Paris, LGDJ, 1988, pp. 124 e segs., em especial p. 135.

<sup>92</sup> 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.

## 7. OS INSTRUMENTOS JURÍDICO-AMBIENTAIS E A IMPLEMENTAÇÃO

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, não<sup>93</sup>.

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”<sup>94</sup> de regulação e implementação, combinando um arsenal extremamente variado, que inclui planejamento, tipos penais, normas de responsabilidade civil, instrumentos de acesso coletivo à justiça, participação pública, limitações ao direito de propriedade, modalidades contratuais, auditorias e, finalmente, mecanismos de mercado<sup>95</sup>, reconhecendo o Direito Ambiental maduro, neste 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”<sup>96</sup>. 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 licenciamento<sup>97</sup>, parâmetros de

<sup>93</sup> J. William Futrell, *The Administration of Environmental Law*, in Celia Campbell-Mohn, *Ob. cit.*, p. 132.

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

<sup>95</sup> 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 environmental policy in Brazil and the United States*, in *Texas International Law Journal*, vol. 32, pp. 67-95 (1997).

<sup>96</sup> “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.

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



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 Europeia 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.

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 pública<sup>98</sup> 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*<sup>99</sup> do dano ecológico. Entre eles podemos destacar o zoneamento ambiental<sup>100</sup>, os padrões e o estudo de impacto ambiental<sup>101</sup>.

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 reconstituído<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> 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; Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz et alii, *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.

<sup>99</sup> No tema do zoneamento ambiental e industrial nas áreas críticas de poluição, cf. Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 102-133.

<sup>100</sup> 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 Ministério Público*, in Anais do VII Congresso Nacional do Ministério Público, Belo Horizonte, 1987.

<sup>101</sup> 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 coonestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação" (Paulo Affonso Leme Machado, *Ob. cit.*, p. 193).

## 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 *holística*<sup>102</sup>.

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 componentes. Modelo de regulação para o qual o legislador até previu uma Política<sup>103</sup> 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”<sup>104</sup>. 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 implementação” 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 precaução<sup>105</sup>.

Vale ainda salientar que o movimento de implementação ambiental não se faz ao acaso, de maneira desorganizada. O segredo é ter uma boa *estratégia de implementação*. Alguns elementos devem sempre estar presentes em tais estratégias<sup>106</sup>:

- identificação precisa dos sujeitos obrigados ou atingidos pela regulação;
- estabelecimento de prioridades factíveis;

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> Sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, cf. Édís Milaré, *Direito do Ambiente*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 288 e segs.

<sup>104</sup> Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1993, p. 35.

<sup>105</sup> 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).

<sup>106</sup> Cheryl E. Wasserman, *An overview ... cit.*, p. 11.

- 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 conflitos<sup>107</sup>;
- 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 implementação<sup>108</sup>. 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 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 confirmam um perfil mais palpável, transformando suas garantias simbólicas em padrões de conduta realmente implementáveis<sup>109</sup>.

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 fugaz<sup>110</sup>. E, qualquer que seja o campo em que ocorra a degradação ambiental, a imprensa e as manifestações públicas têm um papel essencial<sup>111</sup>.

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

<sup>107</sup> Cf. no assunto, Patrícia Azevedo da Silveira, *Competência Ambiental*, Curitiba, Juruá, 2002.

<sup>108</sup> Robert A. Kagan, *Regulatory enforcement*, in David H. Rosenbloom and Richard D. Schwartz, *Handbook of Regulation and Administrative Law*, New York, Marcel Dekker, Inc., 1994, p. 397.

<sup>109</sup> John P. Dwyer, *The pathology ... cit.*, p. 233.

<sup>110</sup> Robert A. Kagan, art. cit. p. 401.

<sup>111</sup> Cf. John P. Dwyer, *The pathology ... cit.*, p. 315.

entre a regulação e os comportamentos do grupo regulado, maiores serão os custos da implementação, ou, no caso de 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 inviabilizar<sup>112</sup>. 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 implementação<sup>113</sup>.

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 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*.

<sup>112</sup> 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. 1, 1992, p. 34).

<sup>113</sup> Keith Hawkins, *Ob. cit.*, p. 3.

## 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).

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 potenciais<sup>114</sup>, ora mediante ação, coletiva ou individual, das vítimas potenciais das condutas (assim quando propõem uma ação civil pública<sup>115</sup>), 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)<sup>116</sup>. 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 empresas<sup>117</sup>.

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.

## 9.2 Quanto à perspectiva em que enxerga o dano ambiental

Com base na perspectiva em que enxerga o dano ambiental, identificamos a implementação preventiva<sup>118</sup>, a implementação reparatória<sup>119</sup> e a implementação repressiva<sup>120</sup>.

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).

<sup>114</sup> As empresas poluidoras, p. ex., criam métodos alternativos de solução de conflitos ambientais.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> Cf. U.S. Environmental Protection Agency, *Principles ... cit.*, p. 36.

<sup>117</sup> Steven A. Herman, *art. cit.*, p. 13.

<sup>118</sup> Estudo de impacto ambiental, zoneamento ambiental e padrões de emissão, p. ex..

<sup>119</sup> É o caso, p. ex., da reconstituição do bem lesado ou indenização. <sup>120</sup> Crimes, contravenções e ilícitos administrativos.

## 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 insustentável<sup>121</sup>. 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 norma e implementação, é muito maior no Direito Ambiental do que em outros campos<sup>122</sup>.

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”<sup>123</sup>, determina que o Poder Público cumpra uma série de atividades visando “assegurar a *efetividade* desse direito”<sup>124</sup>.

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 o 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”<sup>125</sup>.

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.

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.

<sup>121</sup> David S. Favre, *The risk ... cit.*, p. 348.

<sup>122</sup> Peter W. Schroth, *Comparative Environmental Law: a progress report*, Harvard Environmental Law Review, vol. 1, 1976, p. 629.

<sup>123</sup> Constituição Federal, art. 225, *caput*.

<sup>124</sup> Constituição Federal, art. 225, par. 1, grifei.

<sup>125</sup> Roger W. Findley, *Pollution Control in Brazil*, in *Ecology Law Quarterly*, vol. 15, p. 64 (1988).

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 humanos<sup>126</sup> ;
- fragilidade dos agentes de implementação, tanto política, como técnica;
- modelo burocratizado, com pouca transparência e convidativo à “captura” (= cooptação) dos implementadores pelos regulados;
- 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.

<sup>126</sup> 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).

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 estadual<sup>127</sup>. E nesse ponto, a linha divisória entre os vários partidos políticos mostra-se bem tênue<sup>128</sup>.

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, interdita 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 Brasil, por ser grande, é inexaurível”<sup>129</sup>. Sequer decisões judiciais da mais alta Corte do País são respeitadas, e isso em Estados ditos desenvolvidos<sup>130</sup>.

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.

<sup>127</sup> 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 Baía 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 interdita, 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 a legislação me permite” (O Estado de São Paulo, 20.1.2000, p. A14).

<sup>128</sup> 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 e 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 madeiras no Estado. O senador Ernandes Amorim, candidato pelo PPB, diz que o Estado deve ter sua própria legislação ambiental e ameaça expulsar o Ibama de Rondônia, caso eleito. ‘O Ibama não pode continuar atropelando e prendendo madeireiros. Se não tiver uma proposta de ação razoável, eu peço a polieia e o expulso de Rondônia’, afirma.” Segundo o mesmo jornal, “As madeiras recolhem cerca de R\$ 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 madeiras*, Caderno Eleições, 13.9.98, p. 8).

<sup>129</sup> Marcos Sá Corrêa, *Falta um FMI em Iguaçu*, in *Veja*, 21.4.99, p. 33.

<sup>130</sup> 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, no 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).



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, suspendendo-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 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”<sup>131</sup>.

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* contemporâneo”<sup>132</sup>. 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, reconhe-

<sup>131</sup> Steven A. Herman, *art. cit.*, p. 16.

<sup>132</sup> Antônio Herman V. Benjamin, *A insurreição ... cit.*, p. 102.

ço ser a implementação do Direito Ambiental, por natureza, “uma tarefa extraordinariamente difícil”<sup>133</sup>. 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 Ambiental<sup>134</sup>, 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.

<sup>133</sup> John E. Bonine and Thomas O. McGarity, *Ob. cit.*, p. 815.

<sup>134</sup> 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 segs..