

Judicio.

n. 363 / 1993

1993



JUSTITIA

publicada pela procuradoria-geral de justiça
em convênio com a associação paulista do
ministério público

Justitia	São Paulo	a. 55	vol. 161	1993	jan./mar.	p. 1 a 304
----------	-----------	-------	----------	------	-----------	------------

JUSTITIA

(Ministério Público de São Paulo,
Brasil, 1939 — Trimestral)

1939-1992 (1-160)
1993 (161,

CDU — 34(816.1) (05)

A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público (*)

ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E
BENJAMIN
Promotor de Justiça — SP

1. Introdução: Os conflitos humanos, a regulamentação legal e a implementação

Não é de todo raro alguém perguntar: por que juridicizar a questão ambiental? Por que produzir e aplicar normas de proteção do meio ambiente? É o conflito ambiental a razão e o destino da normatização ambiental. É a partir dele que se justifica o esforço normativo, assim como a criação de uma função ambiental.

As relações humanas são conflituosas por excelência. Para cada desejo ou necessidade do homem há sempre um limite, ora ditado por desejos ou necessidades de outro homem, ora criado por desejos ou necessidades de diversos outros homens. Naquele primeiro caso o conflito tem uma conotação eminentemente individual ou, quando muito, plural. Neste, diversamente, o conflito adquire ares de supra-individualidade.

Os conflitos surgem em todas as áreas de convivência como decorrência da competição por alimentos, por saúde, por transporte, por educação, por habitação e também... por recursos naturais. A constatação decorre “de um fenômeno corrente, segundo o qual os homens, para satisfação de suas múltiplas necessidades, que são ilimitadas, disputam os bens da natureza, por definição limitados. E é este fenômeno tão simples quanto importante que está na raiz de grande parte dos conflitos que se estabelecem no seio da comunidade”.

Para conter os conflitos — individuais ou supra-individuais — o Estado faz enorme uso de um instrumento que nos interessa de perto: a regulamentação legal dos fenômenos humanos.

(*) Tese apresentada no “Congresso Nacional do Ministério Público”, realizado em Salvador — BA, de 1.º a 4 de setembro de 1992.

Nos últimos anos, juristas, economistas, cientistas políticos e sociólogos têm discutido as características e finalidade da regulamentação legal como mecanismo de controle das relações sociais, prestando especial atenção à sua eficiência (ou economicidade).

Isso porque a regulamentação legal de condutas não é um mero exercício teórico. Desempenha ela um papel no seio da sociedade, sempre buscando alcançar certos objetivos sociais. No instante em que deixa de cumpri-lo, especialmente por carência ou deficiência de implementação, perde toda sua razão de ser.

Não é nosso intuito aqui analisar a regulamentação em profundidade. Tudo porque nossa atenção estará voltada para o “outro lado da moeda”. Realmente, no mesmo nível do debate acadêmico e pragmático que cerca a idéia de regulamentação, impõe-se também o estudo de uma outra noção: a de implementação da lei, matéria esta completamente ignorada pela doutrina brasileira.

A relação entre regulamentação e implementação parece evidente. Sinteticamente, a regulamentação consiste na criação de um aparato legal, enquanto a implementação se apresenta como a aplicação, no caso a caso, deste mesmo aparato. Ou seja, a regulamentação mostra-se como um ente mais abstrato ou distante, enquanto a implementação ganha vida no dia-a-dia, como um ser concreto, mais preocupado com fatos do que com hipóteses.

A implementação está para a regulamentação como as mãos e os pés estão para o corpo: sem eles não há movimento, inexiste trabalho, não há eficiência. De fato, sem um sistema adequado de implementação, sem que se bem compreenda este relevantíssimo problema, não há, decididamente, como se falar em controle de condutas e atividades humanas.

A qualificação de “leis que não pegam”, tão nocivas quanto comuns, decorre de mal funcionamento no plano da implementação e não necessariamente no âmago da regulamentação. Ou, melhor dizendo, acontece por defeito na forma através da qual a regulamentação escolhe (ou, como geralmente acontece, simplesmente não escolhe) os meios e sujeitos encarregados da implementação.

2. O Ministério Público e a implementação do direito

O Ministério Público nasce e se desenvolve com a sofisticação do esforço de implementação legal. É este, por assim dizer, seu destino. Se em alguns casos a instituição é também chamada a traçar políticas, sua atuação ocorre fundamentalmente na, para e em razão da implementação da regulamentação das condutas humanas.

Ora, parece portanto um contra-senso que o Ministério Público possa cumprir satisfatoriamente suas atribuições sem bem assimilar a idéia de implementação que, em última análise, determina seu domínio, suas responsabilidades, seus instrumentos e até seus fracassos. É na implementação, não há dúvida, que o Ministério Público se afirma, já que a regulamentação é basicamente exercício de outra função estatal, isto é, ocorre como produto de função legislativa (embora o Poder Executivo — e até o Ministério Público — também tenha o condão de emitir regulamentação).

3. O meio ambiente e sua proteção jurídica

O meio ambiente, como qualquer outro bem jurídico, provoca conflitos em torno de si que, necessariamente, exigem tratamento, ora preventivo, ora reparató-

rio, ora repressivo. O Direito se propõe a dar esse tratamento através da lei. Só que, como já mencionamos, a legislação ambiental, do mesmo modo que toda e qualquer modalidade de legislação, nada significa sem que existam mecanismos correlatos de implementação.

De um lado o esforço normativo há que ser adequado; de outro, os mecanismos de implementação e os órgãos que os utilizam devem atuar com eficiência. Por conseguinte, “proteção ambiental”, sob tal prisma, leva-nos a uma atividade coordenada que envolve a letra nua da lei, os mecanismos criados para sua implementação e os agentes encarregados de, com os olhos voltados para aquela, colocar em movimento o aparato implementador.

Os ataques ao meio ambiente em nosso País, continuados e impunes, não obstante o esforço que se faz para evitá-los e reprimi-los, forçam-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, àquele dos Estados Unidos”.

Ora, se o problema brasileiro não mais reside propriamente na existência ou inexistência de regulamentação, há que se concentrar na ineficiência desta regulamentação, na inexistência de uma implementação adequada, ou em ambas.

O certo é que o grande esforço legislativo dos últimos anos (trabalho fundamentalmente de regulamentação) não se tem mostrado capaz de estancar a devastação ecológica. E — como veremos — o mal funcionamento maior está na implementação, seja pela inadequação de seus meios, seja pela carência de recursos materiais e técnicos, seja pela recusa dos sujeitos titulares do **munus** de se reformarem para, só então, buscarem a reforma alheia.

Não existe implementação sem um mínimo de participação estatal, vale dizer, sem a intervenção de certos órgãos do aparelho de Estado. O primeiro passo, por conseguinte, para superar as dificuldades enfrentadas atualmente pela proteção ambiental no Brasil, consiste exatamente na compreensão do fenômeno da implementação e, por via de consequência, do papel do Estado em tal atividade.

Cabe, então, indagar o que o Ministério Público, como uma dessas instituições encarregadas da tutela ambiental, como titular de função ambiental, está fazendo e se propõe a fazer para bem cumprir seu **munus**; para mudar a forma como o meio ambiente é tratado em nosso País e, se necessário, para mudar a si mesmo, com vista a uma atuação mais eficiente no seu dever-poder de implementar a legislação ambiental.

Ou seja, está o Ministério Público decididamente empenhado na busca de um modelo eficiente de tutela ambiental?

4. A busca de um modelo eficiente de proteção ambiental. Formas de exercício de função ambiental

Não é de hoje que o Direito se preocupa com a proteção ambiental. Se antes sua percepção do meio ambiente era fragmentada, atualmente tal não acontece. O meio ambiente passou a ser visto como um sistema a merecer tutela como sistema e não apenas através de seus elementos componentes (o ar, as águas, as florestas).

O esforço protetório é duplo: crescente regulamentação e melhores mecanismos de implementação. Os últimos anos vêm assistindo à introdução de diversos

mecanismos novos de tutela ambiental. São concepções inovadoras de cunho material ou meramente formal. Não custa lembrar que de há muito tempo o ordenamento incorporou meios repressivos de proteção ao meio ambiente, os mais importantes deles vindo a ser a sanção penal e a sanção administrativa. Não bastou.

A atuação de repressão somou-se, então, outra ordem de institutos que visam à reparação do dano já ocorrido: a adoção da responsabilidade civil objetiva, no plano substantivo, e, no terreno processual, a introdução da ação civil pública, e, da **class action** e da ação popular ambientais.

Tanto os mecanismos repressivos como os reparatórios, normativos (materiais) ou de implementação (formais) funcionam **post factum**. Aí está a deficiência principal do modelo tradicional de regulamentação e implementação das regras protetórias do meio ambiente.

Por isso mesmo, ao lado das medidas cautelares tradicionais, o Direito recentemente incorporou certos recursos de tutela ambiental que, ao contrário dos repressivos e reparatórios já citados, caracterizam-se pela sua qualidade de prevenção ao dano ecológico. Entre eles podemos destacar o zoneamento ambiental e o estudo de impacto ambiental.

É de todo evidente que, dentre todos os instrumentos de proteção ambiental, os preventivos mostram-se como os únicos capazes de garantir, diretamente, a preservação do meio ambiente, posto que a reparação e a repressão pressupõem dano manifestado, vale dizer, ataque ao equilíbrio ecológico 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.

Conseqüentemente, o conceito de implementação, em matéria ambiental, não pode fugir às exigências de prevenção do dano ambiental.

5. Conceito de implementação legal

Assim como encontramos dificuldades em bem localizar o que seja regulamentação, tampouco é fácil conceituar implementação legal. Já de início duas visões divergentes de implementação podem ser identificadas, uma estreita e outra ampla.

Em um conceito restritivo, a idéia de implementação diria respeito apenas ao que fazer após a violação da norma. Ou seja, como reprimir e reparar o comportamento desconforme. O extremo desta visão seria confundir a implementação com a simples atuação da polícia nos casos em que a lei deixou de ser cumprida. É ver a implementação como nada mais que repressão aos atentados à ordem estabelecida. Em tal sentido tímido, "a implementação é definida como a aplicação de um conjunto de instrumentos legais, tanto informais como formais, que se propõem a impor sanções legais (por exemplo, uma penalidade) com o objetivo de assegurar que um grupo de exigências seja respeitado".

Preferimos um conceito mais amplo: a implementação como labor que não se exaure na repressão e na reparação, que se orienta essencialmente para evitar o descumprimento da norma. Em outros termos: identificar tal fenômeno com os mecanismos que levam ao cumprimento da lei, incluindo aspectos de prevenção, de reparação e de repressão, seja por provocação oficial, seja por atuação privada.

Enquanto no primeiro modelo, estreito e tradicional, o objetivo primordial é o sancionamento, no segundo a razão-chave é o cumprimento da lei. Central na estratégia sancionadora é a punição pelo desrespeito à lei, enquanto no cumprimento é a sua prevenção.

Mais concretamente, pelo prisma ambiental, e em acordo com o conceito amplo exposto, a implementação “deve ser compreendida como abrangendo todos os meios através dos quais poluidores podem ser compelidos a respeitar a lei”. 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. Não esperar que o dano ocorra, mas, ao revés, a ele se antecipar.

Devemos, entretanto, ter bem claro que a implementação da lei pelo Estado não é a única forma de conseguir seu cumprimento. Outros mecanismos existem, mas, em qualquer circunstância, sempre estará presente algo de estatal na implementação. Por isso mesmo, devemos analisá-la como fenômeno universal que não mede fronteiras ideológicas, geográficas, manifestando-se, ademais, em sede tanto de Direito Público como de Direito Privado.

6. Por que devemos nos preocupar com a implementação legal?

Quando nos propomos a analisar o fenômeno da implementação legal não nos impulsiona apenas um espírito acadêmico. Algumas razões práticas fazem com que a implementação assuma importância fundamental na sociedade moderna, mais ainda quando a nossa preocupação está voltada para a proteção do meio ambiente em que vivemos.

Em primeiro lugar, nos deparamos com a necessidade de efetividade dos programas relacionados à proteção do meio ambiente; só com a implementação da regulamentação ambiental é que podemos, realmente, alcançar os objetivos e benefícios vislumbrados pelas políticas, legislação e padrões (**standards**) ambientais.

Além disso, há um componente de equidade, de vez que a regulamentação deve ser respeitada por todos e não apenas por alguns. É inadmissível que a carência de implementação sirva para beneficiar os violadores da regulamentação em detrimento dos sujeitos que a cumprem. Situação idêntica ocorre quando, conforme localização ou circunstância, a implementação seja mais eficiente quanto a alguns sujeitos do que em relação a outros.

Em terceiro lugar, existe a questão da credibilidade da lei e das instituições a exigir que a regulamentação seja encarada com seriedade. E tal só se faz quando a implementação é eficiente e imediata. A credibilidade é essencial a certeza de que as violações da regulamentação serão seguidas de respostas de implementação proporcionais e previsíveis.

Temos, ainda, o fundamento da eficiência econômica, isto é, na medida em que a regulamentação é um instrumento de eficiência econômica, a implementação adequada preserva essa sua qualidade; desequilíbrio na implementação pode causar, conseqüentemente, ineficiência econômica.

Finalmente, e este parece ser o objetivo mais importante da implementação, sobressai o elemento do desestímulo a novas violações da regulamentação. A teoria do desestímulo, em poucas palavras, “significa que os obrigados são desencorajados a violar aquilo que é exigido”. Identificam-se quatro ingredientes na teoria do desestímulo: uma probabilidade crível de detecção, uma resposta certa e rápida, uma sanção apropriada e a percepção por parte dos sujeitos dos outros três ingredientes.

É o elemento do desestímulo que fornece à implementação seu caráter multiplicador. “Já que nenhum programa de implementação tem condições de se mostrar

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 não se insurgem contra a regulamentação. A magnitude do efeito de desestímulo de cada ação de implementação, ao induzir outros a não violar a lei, depende da força de cada um desses quatro fatores.”

Observe-se, assim, a importância que a percepção desempenha na questão da implementação do Direito. Logo, de pouco valerá investir enormemente na implementação ambiental se os outros obrigados não conseguem perceber tais esforços. Eis o problema, até hoje não assimilado pelo Ministério Público, da publicidade de sua atuação.

7. Elementos de uma estratégia de implementação ambiental

O movimento de implementação ambiental não se faz ao acaso, de maneira desorganizada.

Alguns elementos devem sempre estar presentes: a identificação dos sujeitos obrigados ou atingidos pela regulamentação, o estabelecimento de prioridades, a promoção e o monitoramento do cumprimento da lei, a implementação sancionatória em caso de violação, a clarificação dos papéis dos órgãos federais, estaduais e municipais, a criação de um sistema de gerenciamento e avaliação dos resultados alcançados.

8. Classificação dos modos de implementação

A implementação da lei pode ser vista sob inúmeros ângulos. Há dois critérios básicos para sistematizar os diversos tipos de implementação: a qualidade do agente que provoca a implementação e a natureza do objetivo visado com o esforço implementador.

8.1. Quanto à qualidade de quem provoca a implementação

Aqui o que importa é quem é o ator principal. 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) ou criminal (ação penal).

A implementação privada, diversamente, é produto da atuação de organismos privados, manifestando-se ora através de formas de auto-regulamentação traçadas pelos próprios infratores potenciais, ora mediante ação, coletiva ou individual, das eventuais vítimas das condutas (assim quando propõem uma ação civil pública).

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.

8.2. Quanto à perspectiva em que enxerga o dano ambiental

Com base na perspectiva em que enxerga o dano ambiental, identificamos a implementação preventiva, a implementação reparatória e a implementação repressiva.

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).

9. Dificuldades na implementação ambiental

Muitas vezes é muito mais fácil o esforço de regulamentação do que o de implementação. Afinal, a atividade de regulamentação não impõe grandes custos: os órgãos legislativos existem para isso.

Já o ofício de implementação, em especial na área ambiental, exige enorme suporte humano, financeiro e técnico. Quanto mais desconformidade existir entre a regulamentação e os comportamentos do grupo regulado, maiores serão os custos da implementação, ou, no caso de deficiência ou inexistência desta, maior a probabilidade de falência daquela.

Logo, a implementação direta e tradicional (reparatória e repressiva) não pode ser a regra, sob pena de se inviabilizar. Na questão ambiental, por exemplo, o Estado não tem recursos suficientes para colocar em cada indústria ou em cada fonte poluidora um fiscal. Conseqüentemente, alternativas à implementação tradicional devem ser buscadas com o intuito de fazê-la eficiente.

Realmente, 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 de compromissos. Conseqüentemente, não são poucas as queixas de que a lei, para tais casos, não é cumprida. É que estamos ainda subjugados a uma concepção tradicional segundo a qual só a implementação através de coação é verdadeira implementação.

O Ministério Público, como conseqüência de anos de trabalho fundamentalmente repressivo, centra sua atividade de implementação no espírito coativo. Só excepcionalmente a instituição apela para o compromisso, para a solução amigável e participativa. Mais ainda quando sobre a cabeça de todo Promotor de Justiça, em especial o ambiental, paira a proibição — mais temida do que propriamente compreendida — de transacionar com o interesse público.

Se para o Ministério Público clássico, titular da ação penal, o modelo coativo responde com adequação ao seu *munus*, em matéria de tutela dos interesses difusos e coletivos — notadamente do meio ambiente — o que dele se exige é um modelo misto, igualmente conciliatório e persecutório, mais preventivo que repressivo; só uma tal feição lhe servirá para cumprimento dos seus deveres constitucionais.

10. O papel do Ministério Público na implementação ambiental

É sempre bom lembrar o papel fundamental que o Ministério Público brasileiro — ao contrário de seus similares europeus e latino-americanos — tem na proteção do meio ambiente. O Ministério Público atua em todas as formas de implementação: na preventiva e administrativa — ao fiscalizar estudos de impacto ambiental e ao instaurar inquérito civil preventivo —, na judicial, reparatória ou repressiva — ao propor ação civil pública ou ação penal.

Donde se pode dizer, sem qualquer exagero, que, no Brasil onde houver implementação ambiental estará (ou deverá estar) o Ministério Público. Traga-se em suporte da afirmação o fato de que a grande maioria das ações civis públicas

ambientais propostas tem no Ministério Público o seu autor; mesmo naquelas em que tal não ocorre, ainda assim a instituição atua, necessariamente, como fiscal da lei.

10.1. A origem e o desenvolvimento da implementação ambiental pelo Ministério Público

O Ministério Público, já de muito tempo, exercia a **persecutio criminis** em matéria de criminalidade ambiental, seja no Código Penal ou na Lei das Contravenções Penais, seja na Legislação Especial. Entretanto, como é do conhecimento de todos, a implementação dessas leis pelo Ministério Público — de cunho eminentemente repressivo — praticamente inexistiu.

Posteriormente, a Lei n.º 6.938/81 estabeleceu que “O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”.

A novidade da lei estava em conferir ao Ministério Público **legitimatío ad causam** para a promoção da ação civil ambiental, já que a legitimidade para fazê-lo no processo penal decorria diretamente do Código de Processo Penal e do Código Penal. Com a Lei n.º 6.938/81 o Ministério Público, ainda sem mostrar cumprimento adequado das normas penais da legislação criminal vigente, libertava-se da implementação repressiva e passava a atuar também reparatória e preventivamente.

Em seguida, a Lei n.º 7.347/85, ao prever a legitimidade do Ministério Público para propor “as ações por danos causados ao meio ambiente” e para “instaurar, sob sua presidência, inquérito civil” aprimorou o sistema já delineado pela Lei n.º 6.938/81.

Em 1988, a Constituição Federal democrática, além de dar sede constitucional à **legitimatío** ministerial, a ampliou, fazendo-a valer igualmente para os interesses coletivos e para “outros interesses”, além daqueles expressamente tutelados pela Lei n.º 7.347/85.

Segundo o Texto Constitucional, entre as funções institucionais do Ministério Público está “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Finalmente, o Código de Defesa do Consumidor, trouxe para outros interesses difusos e coletivos o regramento conferido aos interesses ou direitos dos consumidores; ademais, estendeu a criação e tratamento da **class action** ou, na sua nomenclatura, “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos”, também para a proteção do meio ambiente.

10.2. Natureza da intervenção

Como já vimos, só há poucos anos o Ministério Público recebeu o **munus** para tutelar o meio ambiente em todas as suas dimensões: preventiva, reparatória e repressiva.

Embora a atuação do Ministério Público na proteção ambiental seja recente, muito já se fez e a instituição brasileira tem recebido aplausos até mesmo a nível internacional. Em recente artigo sobre o Direito Ambiental brasileiro, o grande ambientalista e “brasilianista” norte-americano Roger W. Findley destacou que “está

claro que o Ministério Público — um grupo de Advogados de carreira, relativamente bem dotado de recursos e apolítico, com poderes de investigação substanciais e um forte compromisso com o interesse público — pode aumentar substancialmente o peso na luta contra a poluição”.

Mas será que a atividade do Ministério Público, apesar das grandes vitórias e do quase monopólio das ações civis públicas, merece só aplausos ou se prestaria também à crítica, mais ainda no instante em que a Instituição caminha para a maturidade na área da proteção ambiental?

Não há, realmente, por que evitar um julgamento crítico, principalmente quando o aperfeiçoamento é possível. E este toma por orientação a constatação de que os recursos utilizados e atenção ofertada pelo Ministério Público não foram capazes de diminuir radical ou substancialmente a velocidade da devastação ecológica que toma conta do País de norte a sul.

E se censura há para fazer, não será ela no plano da qualidade dos integrantes da instituição, já que, reconhecidamente, o Ministério Público conta com muitos dos melhores profissionais jurídicos do País. Qualquer crítica deve, evidentemente, concentrar-se na forma como a Instituição vem implementando a legislação ambiental.

10.3. Os desafios do Ministério Público

É hora, portanto, de perguntar: quais são as metas, estratégias e sistemas de gerenciamento que o Ministério Público brasileiro tem em matéria de implementação ambiental? Quais as áreas que devem receber maior atenção da Instituição: ar, água, florestas ou resíduos sólidos (tóxicos ou não)? Quanto custa ao Ministério Público proteger o meio ambiente?