

# Paisagem, Natureza e Direito


## *Landscape, Nature and Law*

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

**Homenagem ao/A tribute to  
Prof. Alexandre Kiss**

**VOLUME 1**





# Paisagem, Natureza e Direito

## *Landscape, Nature and Law*

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

**Homenagem ao/A tribute to  
Prof. Alexandre Kiss**

**VOLUME 1**

9º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL  
10º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL  
São Paulo 31 de Maio a 3 de Junho - 2005



Criação de Capa: Armando de Lima Sardinha  
Imagem da Capa: *Yugo Mabe*  
Acervo da Fundação Mokiti Okada – M.O.A., São Paulo  
Fotógrafo: Ricardo Fuchigami (JM)

Cover Designer: Armando de Lima Sardinha  
Cover Image: by Yugo Mabe  
Collection of the Mokichi Okada Foundation, São Paulo, Brazil  
Photographer: Ricardo Fuchigami (JM)



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

**Coordenadores Científicos do 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental**  
**Academic Coordinators of the 9th International Conference on Environmental Law**  
Antonio Herman Benjamin (Brazil) e/and Dinah Shelton (USA)

**Comissão de Organização do 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**  
**Steering Committee of the 10th Brazilian Conference on Environmental Law**  
Daniel Roberto Fink (MP-SP/Office of the Attorney General of the State of São Paulo),  
Eladio Lecey (O Direito por um Planeta Verde/ Law for a Green Planet, Presidente da  
Comissão/President of the Committee), Silvia Cappelli (MP-RS/Office of the Attorney  
General of the State of Rio Grande do Sul) e/and Vanêsa Buzelato Prestes (Procuradoria do  
Município de Porto Alegre/Office of the Chief-Legal Counsel, City of Porto Alegre)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação**  
**Biblioteca da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo**

Congresso Internacional de Direito Ambiental (9. : 2005 : São Paulo, SP) =  
International Conference on Environmental Law.  
Paisagem, natureza e direito = Landscape, nature and law / organizador Antonio  
Herman Benjamin. - São Paulo : Instituto O Direito por um Planeta Verde.  
2v.

Co-patrocínio do Ministério Público do Estado de São Paulo e o Instituto O Direi-  
to por um Planeta Verde.

Trabalhos apresentados no 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental e 10º  
Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, realizado em São Paulo nos dias 31 de maio  
a 3 de junho de 2005.

1. Direito Ambiental – Congressos I. Benjamin, Antonio Herman. II. Instituto O  
Direito por um Planeta Verde. III. Ministério Público do Estado de São Paulo. IV. Título.

CDD 344.046



MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE SÃO PAULO



Ministério do  
Meio Ambiente



**UICN**  
**IUCN**



**INECE**

*Nossa Caixa*  
O banco do coração de São Paulo



**PERDIGÃO**



## Os três papéis mais importantes da Suzano.

### **Nosso papel ambiental.**

Todo papel ou papelcartão Suzano é produzido com recursos renováveis: árvores de eucalipto de florestas plantadas especialmente para a produção de celulose.

A tecnologia pioneira que tornou possível a utilização do eucalipto foi desenvolvida pela Suzano em 1955. Essa filosofia de inovação e desenvolvimento sustentável gerou mais um fruto: Reciclato, o primeiro papel off-set brasileiro 100% reciclado, produzido em escala industrial. A coleta das aparas pré e pós-consumo para a produção do Reciclato foi viabilizada por uma parceria inovadora com cooperativas de catadores de papel.

### **Nosso papel social.**

A Suzano criou uma ONG que atua junto às comunidades em que a empresa trabalha.

O papel do Instituto Ecofuturo é ajudar as pessoas carentes a descobrirem o caminho do desenvolvimento econômico em suas vidas pessoais, com preservação ambiental e justiça social.

### **Nosso papel industrial.**

A Suzano produz aqui, com a mesma qualidade dos principais centros mundiais, papelcartão e papel para copiar, imprimir, escrever, desenhar e embalar. Nosso sistema de produção é certificado com a ISO 9000, o passaporte internacional da qualidade.



**SUZANO**

Uma empresa que assume seu papel.



## É muito natural que o nosso papel social faça tanta gente feliz.

O Programa Aparas de Papel da **Imprensa Oficial** recolhe todos os resíduos de papel, papelão, alumínio e retalhos de filmes para repassá-los à entidades assistenciais de utilidade pública. São instituições conveniadas com o Fundo Social de Solidariedade do Estado de São Paulo. A cada 15 dias, o material é leilado para reciclagem e o dinheiro recebido ajuda muita gente, colaborando também com a natureza. Até o início de 2005, já foram doadas mais de 13,7 mil toneladas de material, que ao invés de irem para o lixo geraram renda ao Lar Escola São Francisco, Fundação Dorina Nowill, Fundação Antônio Prudente e Apae. Isso sim é respeito pelo meio ambiente e por você.

Publicações da Imprensa Oficial sobre meio ambiente:



São Paulo Metrópole



Ensaio Entreveros



Temas de Direito  
Urbanístico



Impactos Ambientais



Patrimônio Ambiental  
Brasileiro

# AGRADECIMENTOS

O Instituto “O Direito por um Planeta Verde” agradece à **Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo**, pelo apoio inestimável ao 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental, fazendo-o nas pessoas dos doutores **Rodrigo César Rebelo Pinho** (Procurador-Geral de Justiça), José Oswaldo Molinero, Dalva Teresa da Silva, Daniel Roberto Fink, nos membros do CAO do Meio Ambiente (Filippe Augusto de Andrade Vieira, Nathalie Kiste Malveiro, Vânia Maria Tuglio, Ana Laura Bandeira Lins Lunardelli e Roberto Luis de Oliveira Pimentel) e nos Promotores de Justiça Roberto Carramenha e José Carlos Meloni Sícoli.

Outras pessoas e instituições contribuíram, decisivamente, para o sucesso do evento, cabendo em especial lembrar:

**Governo do Estado de São Paulo** (Geraldo Alckmin Filho, Arnaldo Madeira e Orlando de Assis Baptista Neto)

**Ministério da Justiça** (Márcio Tomaz Bastos e Arthur Badin)

**Ministério do Meio Ambiente** (Marina Silva, Cláudio Roberto Bertoldo Langone e Gustavo Trindade)

**Procuradoria Geral da República** (Cláudio Fonteles e Sandra Cureau)

**Escola Superior do Ministério Público da União** (Lindora Maria Araújo)

**CONAMA** (Nilo Sérgio de Melo Diniz)

**MOA – Fundação Mokiti Okada** (Tetsuo Watanabe, Rogério Hetmanek, Hidenari Hayashi, Masahito Ono, Jorge Miguel da Silva Albertos, Luiz Fernando dos Reis e Yoshiro Nagae)

**Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo** (José Goldemberg, Suani Teixeira Coelho e Daisy Engelberg)

**Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo** (Antonio Duarte Nogueira Junior, Alberto José Macedo Filho, Marisa Nittolo Costa, Francisca Tié Sumita, José Sidnei Gonçalves, Luiz Orlando de Barros Segala e Antonio Batista Filho)

**CETESB** (Antonio Rubens Costa de Lara)

**Imprensa Oficial do Estado de São Paulo** (Professor Hubert Alquéres, Professora Vera Lucia Wey, Luiz Carlos Frigério, Teresa Cristina de Miranda, Teiji Tomioka, Edemar Viotto, Ivail José de Andrade, Eduardo Borelli, Marcelo Dias Junqueira, Ricardo Francia Xavier e Solange Couto Brianti)

**Consulado-Geral dos Estados Unidos em São Paulo** (Michael Greenwald, Marshall R. Louis Jr., Cezar Borsa e Eva Reichmann)

**AJufe – Associação dos Juizes Federais do Brasil** (Jorge Antonio Maurique)

**Escola Nacional da Magistratura** (Luiz Felipe Salomão)

**ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República** (Nicolao Dino)

**ABRAMPA – Associação Brasileira do Ministério Público e Meio Ambiente** (Jarbas Soares Junior)

**UICN** (Sheila Abed e Alejandro Iza)

**INECE** (Durwood Zaelke e Kenneth J. Markowitz)

**Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro** (Júlio Horta e Arlindo Daibert Neto)

**Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça** (Roberto Bandeira)

**AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros** (Rodrigo Collaço)

**ABEMA – Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente**  
(Alexandrina Sobreira de Moura)

**University of Texas School of Law** (William Powers)

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul** (Cláudia Lima Marques e Catherine Tinker)

**Suzano Bahia Sul Papel e Celulose** (Luiz César Pizzotti, Edivaldo Eduardo dos Santos e José Francisco Pinto Amaral)

**FIESP – Federação das Indústrias de São Paulo** (Nelson Pereira dos Reis)

**Perdigão** (Antonio Zambelli, Silvia Eduarda Ribeiro Coelho e Plínio Lopes Shiguematso)

**Editora Revista dos Tribunais** (Antonio Belinelo, Carlos Henrique de Carvalho Filho e Regina Belinelo Troncon)

**Hotel Transamérica** (Paulo Celso Bertero)

**Banco Nossa Caixa S/A** (Terezinha de Jesus Alves)

**BASF S.A.** (Fernando Figueiredo, Gislaine Regina Rossetti e Vladimir M. de C. Mello)

**GERDAU** (Erico Teodoro Summer e Vera Martini Wanner)

**Rede Accor de Hotéis** (Cristiane Magalhães, Paulo Frias e Camila Costi)

**CVC Eventos** (Sérgio Souza e Leandra Rocha)

**Toyota do Brasil Ltda** (Edson Orikassa)



## SPECIAL THANKS

The *Law for a Green Planet Institute* would like to the **Office of the Attorney General of São Paulo** for its inestimable support for the 9th International Conference on Environmental Law, and would like to especially express its gratitude to Rodrigo César Rebello Pinho, José Oswaldo Molinero, Dalva Teresa da Silva and Daniel Roberto Fink.

Other institutions and individuals contributed immensely to the success of the event and deserve to be mentioned:

**The Governor's Office of the State of São Paulo** (Government Geraldo Alckmin Filho, Arnaldo Madeira and Orlando de Assis Baptista Neto)

**The Ministry of Justice** (Mário Tomaz Bastos and Arthur Badin)

**The Ministry of the Environment** (Marina Silva, Cláudio Roberto Bertoldo Langone and Gustavo Trindade)

**The Federal Attorney General's Office** (Cláudio Fonteles and Sandra Cureau)

**The National School of Federal Public Prosecutors** (Lindora Maria Araujo)

**CONAMA - National Environmental Council** (Nilo Sérgio de Melo Diniz)

**MOA – Mochiti Okada Foundation** (Tetsuo Watanabe, Rogério Hetmanek, Hidenari Hayashi, Masahito Ono, Jorge Milguel da Silva Albertos, Luiz Fernando dos Reis and Yoshiro Nagae)

**The Secretariat of the Environment of the State of São Paulo** (José Goldemberg, Suani Teixeira Coelho and Daisy Engelberg)

**The Secretariat of Agriculture of the State of São Paulo** (Antonio Duarte Nogueira Junior, Alberto José Macedo Filho, Marisa Nittolo Costa, Francisca Tié Sumita, José Sidnei Gonçalves, Luiz Orlando de Barros Segala and Antonio Batista Filho)

**CETESB – The Pollution Control Agency of the State of São Paulo** (Antonio Rubens Costa de Lara)

**The Official Press of the of the State of São Paulo** (Hubert Alquéres, Vera Lucia Wey, Luiz Carlos Frigério, Teresa Cristina de Miranda, Teiji Tomioka, Edemar Viotto, Ivail José de Andrade, Eduardo Borelli, Marcelo Dias Junqueira, Ricardo Francia Xavier and Solange Couto Brianti)

**The Consulate General of the United States in São Paulo** (Michael Greenwald, Marshall R. Louis Jr., Cezar Borsa and Eva Reichmann)

**IUCN** (Sheila Abed and Alejandro Iza)

**ABRAMPA – Brazilian Association of Environmental Public Prosecutors** (Jarbas Soares Junior)

**INECE** (Durwood Zaelke and Kenneth J. Markowitz)

**The National Association of Attorneys General** (Roberto Bandeira)

**AMB – Brazilian Association of Judges** (Rodrigo Collaço)

**AJUFE – National Association of Federal Judges** (Jorge Antonio Maurique)

**ANPR – National Association of Federal Public Prosecutors** (Nicolao Dino)

**National School of Judges** (Luiz Felipe Salomão)

**ABEMA – Brazilian Association of State Environmental Agencies** (Alexandrina Sobreira de Moura)

**Office of the Chief-Legal Counsel, City of Rio de Janeiro** (Júlio Horta and Arlindo Daibert Neto)

**University of Texas School of Law** (William Powers)

**Federal University of Rio Grande do Sul** (Cláudia Lima Marques e Catherine Tinker)

**Suzano Bahia Sul Papel e Celulose** (Luiz César Pizzotti, Edivaldo Eduardo dos Santos and José Francisco Pinto Amaral)

**FIESP – Chamber of Industries of the State of São Paulo** (Nelson Pereira dos Reis)

**Perdigão** (Antonio Zambelli, Silvia Eduarda Ribeiro Coelho and Plínio Lopes Shiguematso)

**Editora Revista dos Tribunais** (Antonio Belinelo, Carlos Henrique de Carvalho Filho and Regina Belinelo Troncon)

**Hotel Transamérica** (Paulo Celso Bertero)

**Nossa Caixa Bank** (Terezinha de Jesus Alves)

**BASF S.A** (Fernando Figueiredo, Gislaine Regina Rossetti and Vladimir M. de C. Mello)

**GERDAU** (Érico Teodoro Sommer and Vera Martini Wanner)

**Accor Hotels** (Cristiane Magalhães, Paulo Frias and Camila Costi)

**CVC Events** (Sérgio Souza and Leandra Rocha)

**Toyota – Brazil** (Edson Orikassa)

## OUTSTANDING IN HIS FIELD



A couple was driving through a quiet rural landscape when they observed a man standing motionless in the center of a newly-plowed area. He continued to lean on a rake and stare as they drove closer. Being curious, they called to him when they were alongside, inquiring if he needed help.

“Nope,” he replied.

“Well, then, what are you doing?” the couple asked.

“I’m campaigning for the Nobel Prize,” replied the man.

“WHAT???”

“Yep, I heard they give it to people who are out standing in their field.”

This small tale relates to Professor Alexandre Kiss in several ways. The first is, of course, that he is known for his extensive repertoire of such stories, available to fit all occasions. Professor Kiss believes that sharing laughter with someone builds a bond that bridges differences of culture, religion, ideology, age and personality. One cannot doubt his conviction or success. His travels to meetings and lectures throughout the world during his career have left in their wake a legion of “good old friends” and countless devoted former students. The friendship and loyalty he inspires are not due to the stories, however, but to the genuine interest and care for others he displays and which is always apparent. The *festschrift* prepared for him five years ago and this collection attest to the widespread respect and affection he garners.

The second way in which the opening story relates to Professor Kiss is by way of contrast. Unlike the farmer, Profession Kiss has never been content to

simply stand still in his field. He left his native Hungary as a student to undertake advanced studies in France and the Hague. Afterwards, from his early work compiling a seven-volume digest of French diplomatic practice, through his direction of the International Institute of Human Rights and, most importantly and lastingly, his development of the field of international environmental law, Professor Kiss has been a pioneering force in advancing the rule of law to address the globe's most fundamental problems. He has been recognized and acknowledged with prizes and citations, but he would certainly point to the corpus of international environmental law as his highest achievement. In closing his lectures to students, Professor Kiss often reminds them of the choices they have. He notes that in fifty years time he will no longer be here to be concerned for a clean and healthy environment. Instead, it is up to them to decide the kind of world they want for their children and grandchildren. This book, to which many of Professor Kiss's friends, colleagues and students have contributed, explains some of the problems and some of the choices to each reader. It is a fitting tribute to this towering figure who is outstanding in his field.

ANTONIO HERMAN BENJAMIN  
DINAH SHELTON

Conference Coordinators

# PAISAGEM, NATUREZA E DIREITO

## UMA HOMENAGEM A ALEXANDRE KISS

ANTONIO HERMAN BENJAMIN

Este Congresso, em homenagem a **Alexandre Kiss**, não poderia ser mais oportuno e cuidar de tema mais apropriado. Oportunidade que se explica pela comemoração dos 80 anos do grande Mestre, a maior parte deles dedicada ao Direito e ao ensino de uma legião de estudantes de todo o mundo. Dedicção e docência que não se vinculam a um Direito qualquer, mas fizeram do Direito a serviço dos vulneráveis uma rotina de vida. Propriedade de tema que advém da complexidade e renovada atualidade da *paisagem*, como mais uma expressão de um Direito Ambiental que não descansa, que está permanentemente à procura de novos horizontes de atuação, bem como de instrumentos que levem a uma melhor proteção da natureza. Uma disciplina jurídica que, talvez por conta da envergadura de sua missão, é vista como expansionista.

É o próprio Alexandre Kiss que alude, sem se amedrontar, aos “problemas de delimitação” do Direito Ambiental<sup>1</sup>. Poucas áreas da regulação jurídico-ambiental conseguem superar o perfil rebelde da paisagem, avessa aos esforços de delimitação, que recusa as fronteiras do teoricamente objetivo e do juridicamente palpável.

Realmente, quando imaginávamos que o Direito Ambiental já havia se consolidado em um espaço mais ou menos definido, eis que, recentemente, (re)surge a paisagem, como um dos seus temas centrais, tanto no Direito Internacional (e aí está a Convenção Européia da Paisagem), como no Direito interno. Apropriadas aqui as palavras de Lewis Mumford, em sua obra clássica, quando lembra que “felizmente a vida tem um atributo previsível: é cheia de surpresas”<sup>2</sup>. Nos passos da própria Natureza, uma das características mais constantes do Direito Ambiental é a previsibilidade de suas surpresas. A paisagem é uma delas.

Surpresa não exatamente por ser a paisagem uma desconhecida dos povos civilizados, como categoria jurídica, ou como objeto de estudo e nota em outros campos. O que há de surpreendente é como um tema que, de um modo ou de outro, já havia sido reconhecido pelo legislador e pela jurisprudência, reapareça agora com a força e vigor que apresenta.

Há milênios, a nebulosa noção do *belo* vem interessando aos filósofos, aos religiosos e aos artistas. Mas é sobretudo nos últimos séculos que o estético – artificial e natural – passou também a chamar a atenção de cientistas políticos, sociólogos e, mais recentemente, do jurista ambiental.

<sup>1</sup> Alexandre Kiss, *Droit International de l'Environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 8.

<sup>2</sup> Lewis Mumford, *The City in History: Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects*, New York, MJF Books, 1961, p. 573.

Uma das justificativas iniciais para a proteção da natureza foi o reconhecimento de que ela, em si mesma, na sua complexidade e diversidade de formas e cores, poderia ser bela, extraordinariamente bela. Eis o berço da paisagem, como noção cultural, mas também jurídica. Ao contrário da acirrada disputa sobre o significado da Natureza<sup>3</sup>, em relação à paisagem, mesmo na sua acepção de beleza natural, ninguém põe em dúvida o seu matiz de *construção social*, conquanto dependente da apreciação humana.

Já virou lugar-comum dizer que o movimento ambientalista evoluiu de mãos dadas com os defensores da estética natural<sup>4</sup>, tanto mais no campo da conservação da natureza, o Direito Ambiental “verde”. No entanto, os anos 70 e 80 não apenas viveram a popularização da proteção da natureza<sup>5</sup>, como também presenciaram a sua *ecologização*. Ou seja, no plano político e jurídico, aceitou-se, já no início da formação do Direito Ambiental, que a verdadeira e ampla proteção do meio ambiente não podia se limitar ao belo, devendo, valorizar os processos ecológicos essenciais à manutenção da vida, de todas as formas de vida, formosas ou não.

Nos últimos anos, sem prejuízo do foco ecológico, países de todo o mundo vêm descobrindo ou redescobrimo a paisagem, e a partir dela, o belo natural, já não mais no seu sentido convencional de formas, cores e sons, mas enxergando beleza na própria diversidade da Natureza. Podemos dizer que, na perspectiva atual, o belo deixa de ser somente uma percepção extrínseca (= cultural e visualmente perceptiva), em proveito de uma percepção intrínseca, que valoriza os “segredos” da natureza: a apreciação estética vai do que vemos, sem grande esforço (as montanhas, o verde exuberante das florestas, a vitalidade dos rios), ao que não vemos, só sentimos intuitivamente, ou só notamos com o auxílio dos especialistas (os serviços ecológicos, a qualidade da água, a diversidade das florestas). É a posição do observador mais sensível, que compreende e aceita que “somos *da* natureza e estamos *na* natureza”<sup>6</sup>.

## **PAISAGEM E ESTÉTICA NATURAL: UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICA, CULTURAL E CONCEITUAL**

Como tema, a paisagem envolve uma difusa variedade de componentes, incluindo história, valores espirituais, significado estético, relações sociais e concepções de Natureza. Conforme o sentido que a ela se dê, fortalece a proteção do meio ambiente natural. Em decorrência de sua vinculação ao tempo, a paisagem

<sup>3</sup> Sobre ser a natureza uma “construção social” ou não, cf. William M. Adams, *Against Extinction: The Story of Conservation*, London, Earthscan, 2004, p. 233.

<sup>4</sup> Kimberly K. Smith, *Mere taste: democracy and the politics of beauty*, Wisconsin Environmental Law Journal, vol. 7, p. 154.

<sup>5</sup> Como explica McNeill, ao contrário das grandes idéias do Século XX, o ambientalismo explícito teve pouca importância antes de 1970, pois os precursores não encontraram uma audiência ampla, o que levou a minguaos resultados concretos, em especial no campo legislativo (J.R. McNeill, *Something New under the Sun: An Environmental History of the Twentieth-Century World*, New York, W. W. Norton & Company Ltd., 2000, p. 336-337).

<sup>6</sup> Jean-Paul Deléage, *Histoire de l'Écologie: une Science de l'Homme et de la Nature*, Paris, Éditions La Découverte, 1992, p. 305, grifo no original.

provoca interações entre o presente e o passado, uma espécie de memória que armazena a história dos sucessivos períodos da atividade humana sobre a Terra, e atribui ao indivíduo uma sensação de identidade, tanto na escala local, como regional e nacional<sup>7</sup>.

Nessa evolução conceitual, inclusive jurídica, os últimos duzentos anos foram fundamentais. Mas não se imagine que o passado mais antigo não nos dá exemplos de valorização das belezas naturais. Parafraseando aqueles, como Arne Naess, que vêem a “vida como um vasto processo histórico”<sup>8</sup>, não seria errado dizer-se que a proteção da paisagem é igualmente um longo e inacabado processo histórico.

Mesmo povos primitivos já enalteciam aspectos ou componentes da paisagem, por razões espirituais principalmente, a eles atribuindo características ou representações divinas. Não é esse o sentido contemporâneo da paisagem e de seus atributos, pelo menos para a maioria das pessoas.

No presente, já não adoramos, no sentido religioso, a Terra, embora não consigamos ficar insensíveis às suas belezas visíveis, enquanto outros começam a apreciar os segredos íntimos de sua organização e estrutura, de inigualável complexidade. Numa palavra, pouco importa a fé ou religiosidade, todos hoje se sentem, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau, vinculados aos destinos da Terra e, a partir dela, às belezas que ela oferece. Eis a importância da paisagem, no discurso político, cultural, ético e jurídico da proteção do meio ambiente.

Não obstante essa antiga e permanente vinculação do ser humano à Terra e a seus elementos, a preocupação com a paisagem, em si mesma, é fenômeno relativamente recente - inclusive na arte -, que apareceu entre as elites européias durante o Renascimento<sup>9</sup>. Antes do Século XVI, poucos artistas se dedicavam às belezas naturais, embora alguns deles o tenham feito com grande esmero e vigor. A arte da Grécia e Roma<sup>10</sup> antigas, com sua conhecida ênfase na perfeição do corpo humano (em especial na escultura), também fez uso dos temas naturais, tanto em mosaicos, como na poesia<sup>11</sup>. No período de 400d.c até o Século XIV, arte era sinônimo de inspiração religiosa, onde o belo era o divino, não a Natureza indomada. A situação muda com o início das grandes navegações, a ampliação do comércio e o surgimento de uma classe média.

Se a arte reflete a vida e os valores do seu tempo, cabe então indagar o porquê da adoção da paisagem pelos artistas desse período. Será que podemos atribuir tal fato à mobilidade dos povos, à exploração de novas terras e horizontes e ao desejo de, mesmo indiretamente, “ver” aquilo – especialmente o exótico – que os descobridores, como Colombo ou Vasco da Gama, relatavam? Certamente as

<sup>7</sup> Ian D. Whyte, *Landscape and History since 1500*, London, Reaktion Books, 2002, p. 7.

<sup>8</sup> Arne Naess, *Ecology, Community and Lifestyle*, translated and edited by David Rothenberg, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 165.

<sup>9</sup> Ian D. Whyte, *Ob. Cit.*, p. 12.

<sup>10</sup> No caso de Roma, cf. Paolo Fedeli, *La Natura Violata: Ecologia e Mondo Romano*, Palermo, Sellerio editore, 1990.

<sup>11</sup> J. Donald Hughes, *Pan's Travail: Environmental Problems of the Ancient Greeks and Romans*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 56-57.

narrativas da época estimulavam a curiosidade das populações européias, ainda presas ao seu mundinho, delimitado por amarras feudais, que dificultavam a mobilidade e o conhecimento daquilo que se achava fora dos domínios reduzidos de onde se morava.

Allen Abramson afirma que duas reações opostas sobre a paisagem surgem no Século XVI: de um lado, um sentimento de liberdade, que se contrapõe a um sentimento de alienação e perda, combinação esta que resulta na “descoberta de uma relação com a Terra, maravilhosamente recheada com nostalgia”<sup>12</sup>. Na Europa, a apreciação da paisagem, com a conseqüente formação de uma nova imagem dos atributos estéticos, ganhou proeminência na Inglaterra e Holanda, dois países que experimentavam rápida expansão urbana, e onde um grande número de pessoas trocava o campo por empregos na indústria das cidades<sup>13</sup>. Nesse contexto, o rural, ao qual se atribuía a cor do bucólico, rapidamente se “expandiu como um local de memória cultural para aqueles exilados e auto-exilados nas cidades”<sup>14</sup>.

Já em meados do Século XVIII, expande-se essa noção de paisagem, uma apreciação mais robusta da Natureza, para ir além da zona rural e incluir montanhas, desertos e oceanos. Esse movimento ganha dimensão internacional no final do Século XIX, consolidando-se no Século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, por força do abandono dos centros das cidades em favor dos subúrbios, em busca da paisagem natural, nesse processo paradoxalmente ampliando o contraste entre o urbano e o rural, como duas entidades totalmente distintas. Em muitas partes do mundo, após 1945, os que residiam nas cidades passaram a valorizar a Natureza intocada, que deixou de ser vista como terra de ninguém ou desperdício de recursos, mesmo quando não explorada no sentido tradicional<sup>15</sup>.

Com o crescimento das cidades, a explosão populacional e a demanda também crescente por alimentos e matérias primas, Natureza, urbanização e agricultura entram inevitavelmente em choque, algumas vezes em conflito direto, como se vê na sucessão interminável de cidades e campos de cultivo, nos países mais populosos e industrializados.<sup>16</sup>

Mas é mesmo nos anos 60, pelas mãos de multidões que protestavam contra os abusos e degradação sofridos pela Terra, que a paisagem ganha, em definitivo, um lugar central na agenda política dos principais centros do mundo. Nessa fase, já não era apenas o belo “particular” de uma montanha ou rio que importava, mas o belo da integridade (e fragilidade) de Planeta Azul, como visto a partir de uma esquisita nave russa lançada no espaço.

---

<sup>12</sup> Allen Abramson, *Land, Law and Environment: Mythical Land, Legal Boundaries* (Allen Abramson & Dimitrios Theodossopoulos eds.), Pluto Press, 2000, p. 3.

<sup>13</sup> Id., 6.

<sup>14</sup> Id.

<sup>15</sup> Samuel P. Hays, *Beauty, Health, and Permanence: Environmental Politics in the United States, 1955-1985*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 23.

<sup>16</sup> Emily W. B. Russell, *People and the Land Through Time 5*, Yale University Press, 1997, p. 5.



O termo paisagem abraça uma diversidade de sentidos e definições, sendo a imprecisão e a ambigüidade suas primeiras marcas. Na sua acepção moderna, a expressão vai surgir apenas no Século XVI, quando pintores holandeses e italianos começaram a usá-la para indicar a representação do que era pitoresco.<sup>17</sup>

Naquilo que importa ao Direito, a beleza pode ser natural ou artificial; bifurcação essa que repercute na organização do ordenamento. Não é propriamente de hoje que os urbanistas dão atenção à estética das cidades. O estético aí integra a paisagem artificial, isto é, uma criação estritamente humana.

Tendência bem mais recente é juridicamente valorizar a *beleza natural*, no seu complexo mosaico de integração do espaço físico, da flora e da fauna. Se é certo que a paisagem natural é comumente associada ao meio ambiente rural, não se pode dizer que toda paisagem artificial seja urbana, nem que toda paisagem natural seja rural.

Por outro lado, embora a associação entre paisagem – e, a partir dela, do ambiente também – e cultura seja permanentemente lembrada, nunca é demais repetir que nem todo bem cultural é um bem ambiental<sup>18</sup>.

Descrever uma paisagem cada um de nós facilmente pode fazê-lo; defini-lo, em especial em termos jurídicos, é tarefa bem mais complexa. A proteção da paisagem é definida como a “ação de preservação de suas características, justificada pelo seu valor extraordinário”<sup>19</sup>. Mas o que seria paisagem? O que seria beleza estética? O que é valor extraordinário? A quem compete decidir? São questões relevantes em qualquer modelo jurídico que pretenda tratar da paisagem, mas que, aqui, em texto introdutório de um Congresso, só nos compete dar uma breve notícia.

Primeiramente, a paisagem se relaciona com o estético. Mas o que é o estético? Nessa matéria em permanente evolução, a experiência do Direito comparado enfatiza elementos variados: beleza visual, às regras de boa-vizinhança, valores humanos partilhados referentes à harmonia ambiental<sup>20</sup>. De toda sorte, é equivocado confundir o estético com o ambiental, embora este possa ser, mas nem sempre o é, belo e até estonteante. Como corretamente lembra Michel Prieur, “a proteção do meio ambiente não é uma simples proteção daquilo que é bonito”<sup>21</sup>.

No nosso mundo sensorial, a visão domina todos os outros sentidos. Nós somos profundamente marcados pelas associações visuais e sensoriais.<sup>22</sup> Seres visuais, muito mais informação nos alcança pelos olhos do que pelos outros sentidos.

A paisagem é sempre uma experiência humana, na medida em que o belo, pelo menos como o compreendendo, é uma realidade apenas aos olhos de quem vê. Não deixa de ser uma noção de caráter antropocêntrico, mas que nem por isso

<sup>17</sup> Ian D. Whyte, *Landscape and History since 1500*, London, Reaktion Books, 2002, p. 13.

<sup>18</sup> Jesús Jordano Fraga, *La Protección del Derecho a um Medio Ambiente Adecuado*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1995, p. 103.

<sup>19</sup> IUNC Commission on Environmental Law, *Landscape Conservation Law: Present Trends and Perspectives in International and Comparative Law*. Gland, 2000, p. Viii.

<sup>20</sup> Cf. James P. Karp, *The evolving meaning of aesthetics in land-use regulation*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 15, 1990, p. 320-327.

<sup>21</sup> Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 841.

<sup>22</sup> Yi-Fu Tuan, *Topophilia: A Study of Environmental Perception, Attitudes, and Values*, Prentice-Hall Inc., 1974, p. 6.

perde seu valor, pois não rejeita influências biocêntricas e até ecocêntricas. É nessa última acepção que se pode falar em beleza do “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, para usar a expressão da Constituição Federal de 1988. Consciente ou inconscientemente, para muitos a paisagem deixa de ser a relevância da beleza de um fragmento natural e ressurge como um atributo holístico da própria natureza, de toda a natureza.

O modo como enxergamos a paisagem é determinado pela nossa cultura e pelos valores que abraçamos, o que faz com que a percepção e a avaliação da Natureza variem entre povos e até pessoas. Nenhum grupo social faz exatamente a mesma avaliação do meio ambiente; são bem conhecidas as diferenças de percepção entre moradores e visitantes, turistas notadamente.

Os ordenamentos e a doutrina divergem no tratamento conceitual dado à paisagem. Para Ramón Martín Mateo, a paisagem nos “remete a conjuntos visualmente percebidos e culturalmente apreciados, integrados exclusiva, ou predominantemente, por elementos naturais”<sup>23</sup>. Outros preferem vê-la como sinônimo de beleza natural, o “belo da natureza”, com a característica de “beleza incomum”<sup>24</sup>. Mesmo na Itália, onde a Constituição nacional protege, expressa e diretamente, a paisagem, as interpretações do seu sentido variam<sup>25</sup>.

## PAISAGEM NATURAL E BIODIVERSIDADE

Muito antes de se falar em biodiversidade e desenvolvimento sustentável, coube à paisagem justificar os esforços de criação de Unidades de Conservação, a começar em 1872, nos Estados Unidos, com o Parque Yellowstone.

Atualmente, é comum buscar-se vincular paisagem e biodiversidade. A história da noção de biodiversidade é bem mais recente que a de paisagem. Em verdade, até setembro de 1986, quando foi realizado um fórum nacional em Washington, D.C., o termo sequer existia e, para tal evento, foi cunhado como “Bio-Diversity”<sup>26</sup>. Hoje, a expressão é conhecida de todos, especialistas e leigos.

A biodiversidade pode ser protegida com base numa série de argumentos e doutrinas filosóficas, entre eles, o *estético*. Isso quer dizer que a paisagem tem um lugar na conservação da diversidade biológica, tanto mais se com ela se queira valorizar o turístico e o lazer.

No Direito Comparado, os juízes, por muitos anos, fraquejaram, quando chamados a decidir conflitos atinentes a valores estritamente estéticos. Nos Estados Unidos, p. ex., antes de 1950, os tribunais freqüentemente viam os valores

<sup>23</sup> Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV (Actualización), Madrid, Edisofer, 2003, p. 319.

<sup>24</sup> Maria Antonietta Crescenzi, *La tutela del paesaggio*, in Paolo Dell’Anno, *Manuale di Diritto Ambientale*, Padova, Cedam, 1995, p. 468.

<sup>25</sup> Sobre as várias interpretações do sentido de “paisagem” no art. 9º, da Constituição italiana, cf. Beniamino Caravita, *Diritto dell’Ambiente*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 49.

<sup>26</sup> T. R. New, *Conservation Biology*, Oxford University Press, 2000, p. 57.

estéticos como um luxo, em vez de uma necessidade, negando-lhes proteção legal. Ou, então, os consideravam subjetivos em demasia, recusando-se a virar “árbitros de gosto”, já que o prazer de um bem poderia ser a perturbação do outro, e vice-versa.<sup>27</sup>

Recentemente, contudo, observa-se um surpreendente crescimento de casos nessa área<sup>28</sup>, na medida em que os planejadores empregam ferramentas criativas e complexas para identificar e proteger recursos estéticos.<sup>29</sup> Há apenas alguns anos, seria difícil encontrar-se leis de proteção da paisagem, principalmente no plano nacional, muito menos a salvaguarda da paisagem como componente de uma mais ampla tutela do meio ambiente..

Uma das dificuldades que o legislador e o aplicador frequentemente encontrarão é que os valores estéticos, mesmo quando juridicizados, são baseados na beleza, uma noção que desafia qualquer definição rígida em si mesma. Os valores estéticos são inevitavelmente subjetivos. Mas também o são outros atributos da vida humana, levados amiúde aos tribunais, como vergonha, dor e risco.

Surgindo meio que escondida no âmbito jurídico, a paisagem nos últimos anos transformou-se em um “tema comum na proteção ambiental”.<sup>30</sup> Isso se deve, entre outras causas, às mudanças significativas da percepção que o público tem do nosso meio ambiente natural. Sentimento esse que acaba por refletir-se no trabalho legislativo e no funcionamento dos tribunais.

Finalmente, vale lembrar que o valor das belezas naturais, no discurso da proteção do meio ambiente, conta com a desconfiança ou antagonismo de alguns, notadamente porque pode levar à proteção insuficiente de ecossistemas valiosos, mas não exatamente bonitos<sup>31</sup>.

## A PAISAGEM NO CONTEXTO JURÍDICO-AMBIENTAL BRASILEIRO

Não obstante nossas reconhecidas belezas naturais “a contemplação da natureza tem tido poucos adeptos no Brasil. O prestígio da urbanidade, transmitido pelos portugueses como meio de confirmar seu status superior em um ambiente estranho, sobrevive quase intacto”<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Lisa Healy, *Trophy homes and other alpine predators: the protection of mountain views through ridge line zoning*, 25 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 913, 919 (1998).

<sup>28</sup> Nos Estados Unidos, cabe destacar a decisão da Corte Suprema da década de 50, *Berman v. Parker*, na qual estabeleceu-se o entendimento de que as cidades podiam considerar valores estéticos, como a manutenção do charme rural (*Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 103 (1954)). Segundo o acórdão, da lavra do Ministro Douglas, “o conceito de bem-estar público é amplo e inclusivo ... Os valores que ele representa são espirituais, como físicos, estéticos e também monetários. Está no âmbito da competência do legislador determinar que a comunidade deve ser bonita tanto quanto saudável, espaçosa, limpa tanto quanto equilibrada e cuidadosamente patrulhada”.

<sup>29</sup> Christopher J. Duerksen & R. Matthew Goebel, *Aesthetics, Community Character, and the Law*, American Planning Association, 1999, p. 4.

<sup>30</sup> Mark Bobrowski, *Scenic landscape protection under the police power*, 22 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 697, 701 (1995).

<sup>31</sup> Kimberly K. Smith, *Mere taste: democracy and the politics of beauty*, Wisconsin Environmental Law Journal, vol. 7., p. 159.

<sup>32</sup> Warren Dean, *A Ferro e Fogo: A História e a Devastação da Mata Atlântica Brasileira*, tradução de Cid Knipel Moreira, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 379.

Não deve surpreender, portanto, que, contrário de outros países, onde o tema desenvolveu-se tanto que já se fala em um “Direito da Paisagem”<sup>33</sup>, no Brasil as referências legislativas à matéria ainda são esparsas e insuficientes. Assim, p. ex., o Código Florestal de 1965, ao tratar dos Parques Nacionais, previu que tais unidades teriam “a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das *belezas naturais*, com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos”<sup>34</sup>. Na mesma linha, o Código admitiu, entre as hipóteses de Áreas de Preservação Permanente administrativas, as destinadas a “proteger *sítios de excepcional beleza* ou de valor científico ou histórico”<sup>35</sup>. Finalmente, dispôs que “Qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua localização, raridade, *beleza* ou condição de porta-sementes”<sup>36</sup>.

Coube à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81 – ecologizar a noção de paisagem, isto é, enxertá-la como um dos atributos do “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. A rigor, não se tratou propriamente de um reconhecimento direto da paisagem, mas de incorporação, no conceito de poluição, de degradação da *condições estéticas do meio ambiente*<sup>37</sup>. Ou seja, as condições estéticas (= o belo, a paisagem) integram a estrutura da “qualidade ambiental”, referida pela lei.

Esses atributos extraordinários impõem ao Poder Público o dever constitucional de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos<sup>38</sup>.

Mais diretamente, a paisagem é referida, de forma expressa, nos crimes “contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural”, nos arts. 62 e 63, da Lei n. 9.605/98. Na mesma linha, por sugestão minha, incluiu-se a paisagem no conceito de Área de Preservação Permanente, nos termos da Medida Provisória do Código Florestal: aquela que tem a função ambiental de “preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (art. 1º, § 2º, II, grifei).

## OS DESAFIOS PARA O BRASIL E AMÉRICA LATINA

A paisagem é o grande ausente da pauta ambiental daquilo que Ricardo Lorenzetti denominou, com uma ponta de idealismo, o “Direito comum latino-americano”<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'Urbanisme*, 3e édition, Paris, Dalloz, 1998, p. 283.

<sup>34</sup> Código Florestal, art. 5º, a), grifei; dispositivo este revogado pela Lei do SNUC.

<sup>35</sup> Código Florestal, art. 3º, grifei.

<sup>36</sup> Código Florestal, art. 7º, grifei.

<sup>37</sup> Lei n. 6938/81, art. 3º, inciso III, d).

<sup>38</sup> Constituição Federal, art. 225, par. 1º, inciso III.

<sup>39</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, tradução de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 583.

Por certo, não é este o momento, nem o local apropriado para apresentar um programa teórico e prático de tutela da paisagem no Brasil. Basta dizer que a nossa legislação precisa ser modernizada com vistas ao tratamento efetivo dessa importante matéria da agenda ambiental.

Assim devemos proceder, mesmo sabendo que, ao adotarmos a paisagem no discurso jurídico-ambiental estaremos ampliando a abertura do sistema legal, pela via do universo metajurídico de considerações e atributos estéticos, permeabilidade essa que não é novidade no Direito pós-moderno e, muito menos, no Direito Ambiental, como demonstram a teoria e a prática de seus princípios<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Cf. Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 249.

CONFERÊNCIAS

INVITED PAPERS

1. LANDSCAPE AND RIVER ECOSYSTEMS: DEFINING “RIVERS-CAPES” - <b>Alejandro Iza and Malin Hollberg</b> .....	3
2. PROPERTY TAX:A FRIEND OR FOE TO LANDSCAPE PROTECTION IN SOUTH AFRICA? - <b>Alexander Paterson</b> .....	31
3. LAW, LANDSCAPE & BIODIVERSITY - <b>David N. Cassuto</b> .....	53
4. GLOBAL LEGAL INSTRUMENTS AND JURISPRUDENCE ON LANDSCAPE, NATURE AND CULTURE - <b>Dinah Shelton</b> .....	67
5. THREATS TO LANDSCAPES AND CONCEPTS AND STRATEGIES FOR COPING WITH THEM - <b>Eckard Rehbinder</b> .....	79
6. DEL COMANDO Y CONTROL AL DEL DERECHO REFLEXIVO PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN MÉXICO - <b>Jose Juan González</b> .....	89
7. LANDSCAPE/SEASCAPE PROTECTION IN ASEAN: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES - <b>Koh Kheng-Lian</b> .....	103
8. LANDSCAPE PROTECTION LAWS IN THE EVOLUTION OF MODERN SINGAPORE - <b>Lye Lin Heng</b> .....	119
9. OPEN SPACE PRESERVATION AND INTERGOVERNMENTAL RELATIONS: INNOVATIVE EFFORTS IN THE US - <b>Robert H. Wilson</b> . .....	135
10. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO SISNAMA:COMPETÊNCIA E CONTROLE - <b>Andreas J. Krell</b> .....	159
11. AUTO-EXECUTORIEDADE E IMPOSIÇÃO DA LEI AMBIENTAL - <b>Arlindo Daibert Neto</b> .....	173
12. DANO À PAISAGEM NO DIREITO AMBIENTAL PORTUGUÊS - <b>Branca Martins da Cruz</b> .....	189
13. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: SOLUÇÃO OU CONFUSÃO? - <b>Carlos Teodoro José Huguency Irigaray</b> .....	201
14. A CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO DO RISCO ECOLÓGICO - <b>Clarissa Ferreira Macedo D’Isep</b> .....	213
15. A EXPERIÊNCIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DO RODOANEL MÁRIO COVAS E OS AVANÇOS NO TRATO DAS QUESTÕES FEDERATIVAS, INSTITUCIONAIS E AMBIENTAIS - <b>Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida</b> .....	231

16. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: EFETIVIDADE, QUESTÕES PROCESSUAIS E JURISPRUDÊNCIA - <b>Eladio Lecey</b> .....	251
17. O LICENCIAMENTO MUNICIPAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO AMBIENTE EM PORTUGAL - <b>Fausto Ferreira</b> .....	273
18. O DESENVOLVIMENTO PLANEJADO NO CENTRO DAS RESPONSABILIDADES DO ESTADO: EM DESTAQUE O ZONEAMENTO ECOLÓGICO ECONÔMICO (ZEE) - <b>Grace N. Dalla Pria Pereira</b> .....	287
19. FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE URBANA - <b>Guilherme José Purvin de Figueiredo</b> .....	299
20. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR BACIA HIDROGRÁFICA E A EXPERIÊNCIA MINEIRA - <b>Jarbas Soares Júnior</b> .....	327
21. ACORDOS AMBIENTAIS - <b>Nelson de Freitas Porfírio Junior</b> .....	335
22. TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS NO DIREITO BRASILEIRO - <b>Patryck de Araújo Ayala</b> ...	347
23. REFLEXOS DO LICENCIAMENTO NA COMPETÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - <b>Rodolfo de Camargo Mancuso</b> .....	371
24. INTERPRETANDO A RESOLUÇÃO CONAMA 357/2005 – AVANÇOS NA CLASSIFICAÇÃO DOS CORPOS DE ÁGUA E NO CONTROLE AMBIENTAL - <b>Rodrigo Antonio de Agostinho Mendonça</b> .....	381
25. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E ECOEFICIÊNCIA: O CASO - <b>Vitor Seravalli, Mirian Zanchetta</b> .....	393

TESES

INDEPENDENT PAPERS

26. LA CRECIENTE IMPORTANCIA DEL PAISAJE EN EL ÁMBITO EUROPEO: SU RECONOCIMIENTO COMO INTERÉS COLECTIVO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROMOCIÓN DE SU TUTELA POR EL CONVENIO EUROPEO DEL PAISAJE - <b>Antonio Fabeiro Mosquera</b> .....	403
27. LOS RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN Y DEMOLICIÓN EN EL PAISAJE URBANO ESPAÑOL - <b>Francisco J. Arenas Cabello</b> .....	417
28. A COMPETÊNCIA AMBIENTAL DOMUNICÍPIO PARA LICENCIAR - <b>Ana Carolina Reis Paes Leme e Fernanda Alves Vieira</b> .....	427

29. PLANO DIRETOR E PROTEÇÃO ÀS AMBIÊNCIAS URBANAS COMO ELEMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL – A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CASO DE PORTO ALEGRE - <b>Ana Luisa Soares de Carvalho e Vanêsa Buzelato Prestes</b> .....	443
30. UMA ANÁLISE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA A PREVENÇÃO E RECUPERAÇÃO DO DANO AMBIENTAL - <b>Ana Paula Mendes Simões Pereira</b> .....	459
31. JUSTIÇA AMBIENTAL NO SÉCULO XXI: A EXPERIÊNCIA DO JUIZADO VOLANTE AMBIENTAL NO ESTADO DE MATO GROSSO - <b>Anderson Souza Figueiredo, Angela Cristina Gaspar Nogueira, Alexandre Augusto Duarte Corbelino, José Zuquim Nogueira, Licínio Carpinelli Stefani e Oscar Cesar Ferreira Xavier</b> .....	475
32. A EFETIVIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA - <b>André Luiz Balbinott</b> .....	491
33. A PAISAGEM URBANA E A PRIVATIZAÇÃO DO ESPAÇO COLETIVO - <b>Andrea Teichmann Vizzotto</b> .....	503
34. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO LICENCIADO - <b>Andréa Vulcanis</b> .....	519
35. ALGUNS ASPECTOS SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA MINERAÇÃO NO BRASIL - <b>Anelise Grehs Stifelman</b> .....	533
36. UM OLHAR SOBRE O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL - <b>Camila Peixoto Olivetti Regina</b> .....	551
37. RELEVÂNCIA DAS PRAÇAS PÚBLICAS AO DIREITO AMBIENTAL - <b>Carlos Eduardo Levy, Camillo Kemmer Vianna, Mariano Casanova Thome</b> .....	559
38. A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTANA LEI DO SNUC E AS RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL - <b>Carolina Chaves Soares</b> .....	571
39. LEIS AMBIENTAIS, AGRICULTURA, HOLISMO, INTERDISCIPLINARIEDADE: A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA EFETIVAR A COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA NA AGRICULTURA IRRIGADACOMO FERRAMENTA DE GESTÃO - <b>Célia Regina Ferrari Faganello, Marcos Vinícius Folegatti, Roberta Alessandra Bruschi Gonçalves, Amílcar Marcel Souza e Ariovaldo Antonio Tadeu Lucas</b> .....	581



40. UM NOVO PARADIGMA: O DIREITO À PAISAGEM GARANTIDO COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA CIDADE EM UM CASO-REFERÊNCIA - <b>Cíntia Schmidt</b> .....	599
41. ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL – NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE REGRAS CLARAS - <b>Cláudia Marçal</b> .....	615
42. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA QUESTÃO AMBIENTAL POR MEIO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS - <b>Cláudio de Agatão Porto, Cleuton César Ripol de Freitas, Marcel Franco Farah</b> .....	631
43. ISENÇÃO CONDICIONAL TRIBUTÁRIA E MEIO AMBIENTE - <b>Cristina Mendes Hang e Kate A. de Souza Callejão</b> .....	643
44. A ATUAÇÃO DO MOVIMENTO DE JUSTIÇA AMBIENTAL FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ - <b>Dan Rodrigues Levy</b> .....	657
45. SEGURO PARA RISCOS AMBIENTAIS: INSTRUMENTO JURÍDICO AUXILIAR NA GESTÃO DOS RISCOS E NA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS - <b>Danny Monteiro da Silva</b> .....	675

**CONFERÊNCIAS**



**INVITED PAPERS**



# LANDSCAPE AND RIVER ECOSYSTEMS: DEFINING “RIVERSCAPES”

*ALEJANDRO IZA*

Head of the IUCN Environmental Law Programme,  
Director of the IUCN Environmental Law Centre  
and Professor of Environmental Law

*MALIN HOLLBERG*

Malin Hollberg holds an LL.M from the University of Stockholm,  
and is a former researcher at the IUCN Environmental Law Centre.

## INTRODUCTION

Rivers are a much-valued element of the natural environment. They perform innumerable vital functions in both societal and ecosystem terms, including human water consumption, health and sanitation requirements, navigational, agricultural, and industrial uses. In many parts of the world, the natural functions of river systems have been profoundly altered as a result of human intervention. Sustained abuse has resulted in significant alarm for river health, which can be described as the ability of a river and its associated ecosystem to perform its natural functions. Rivers health is one of the most critical environmental issues that societies are facing today, as a result of which it is imperative to find methods to preserve them.

Rivers appear in nature in the most varied forms. Water flowing through a landscape can be an important element not only to nature itself, but to people using the area where the river is located, and can provide a range of experiences such as a sense of nature, a place for recreation, spiritual significance and a reference point for local identity.

In view of the fact that a great number of rivers are shared by two or more states, and the activities conducted within their jurisdictions by the countries sharing the water can affect water landscapes or landscapes including water bodies in one way or another, this paper will deal with the treaty practice relating to the conservation of river ecosystems as it pertains to landscape conservation.<sup>1</sup> In addition, international instruments, as will be shown later in this paper, can provide good guidance for the preparation of the legal frameworks at the national level necessary to the conservation of landscapes and rivers within them.

---

<sup>1</sup> For a compilation and analysis of selected bi- and multilateral watercourse agreements for shared water resources from around the world, see Iza, A. (ed), *International Water Governance: Conservation of Freshwater ecosystems*. Vol. I, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 55.

The paper will address treaty practice in landscape, biodiversity conservation, and river treaties, and their relationships, particularly with regard to the protection of river ecosystems within landscapes. Environmental flows, a method for regulating the amount of water in a river for the provision of environmental services, will be considered, as it can serve as a way of conserving water flowing in landscapes.

With regard to the first category of treaties (landscape) particular attention is given to the European Landscape Convention, which deals with the protection of landscapes, being so far as the authors are aware, the first regional instrument of its kind. Most of the instruments within the second category (biodiversity conservation) are of only indirect relevance, even though they provide some guidance with regard to the legal basis for the protection of water landscapes. The third category (river treaties) is analysed with a view to identifying whether they include provisions on environmental flows.

National legislation is arbitrarily excluded from this paper, except from some reference to the legal techniques relating to the provision of environmental flows.

## LANDSCAPES

### Definition of the term landscape

To find a definition of *landscape* that suits everyone's needs appears to be problematic. The answer to the question of what it is will depend much on who is asked. A landscape gardener would give a different answer from a geographer, and an agriculturalist or an architect would say something entirely different to a landscape ecologist. By the same token, the inhabitants of a region do not view their landscapes in the same light as tourists who are simply passing through the very same landscapes.

The term landscape was coined in the Netherlands in the 15<sup>th</sup> century to designate a new type of painting. Thanks to the invention of modern perspective, it had become possible to make realist representations of rural areas, cities, forests, hills, and mountains behind the scenes the central motifs. In the Flemish painter Jan van Eyck's<sup>2</sup> paintings, it was the perspectives offered through the windows which introduced the landscapes.<sup>3</sup>

The Oxford Dictionary provides a definition of landscape that says that a landscape is "natural or imaginary scenery, as seen in broad view."<sup>4</sup> This definition seems to recognise the view seen from a window of the 15<sup>th</sup> century Flemish painters – what they saw were arguably representations of nature – "natural or imaginary scenery" – but it is a very general definition and therefore other sources need to be consulted.

<sup>2</sup> Jan van Eyck, 1385-1441 was one of the greatest artists of the early Netherlands school.

<sup>3</sup> European Rural Landscapes: Persistence and Change in a Globalising Environment, p. 20.

<sup>4</sup> The Concise Oxford Dictionary of Current English, Clarendon Press Oxford, Oxford University Press Inc., New York, Eighth Edition, 1990.

The European Environment Agency (EEA) defines landscape as: “The traits, patterns, and structure of a specific geographic area, including its biological composition, its physical environment, and its anthropogenic or social patterns. An area where interacting ecosystems are grouped and repeated in similar form.”<sup>5</sup> This narrows it down to that a landscape is a specific geographic area but also widens it to include biological and cultural factors.

The EEA definition takes us to the suggestion that the idea of a landscape lies in the interaction between people and nature. This is apparent in the definition offered in the draft European Landscape Convention: “Landscape is a piece of territory which may include coastal and/or inland waters, as perceived by populations, the appearance of which is determined by the action and inter-action of natural and human factors”.<sup>6</sup> According to the former Chairman of the IUCN World Commission on Protected Areas,<sup>7</sup> this leads us to conclude that landscape has certain distinctive characteristics:

- it contains both natural and cultural values and features, and focuses on the relationships between these;
- it is both physical and metaphysical, with social, cultural and artistic associations. While landscape is how we see the world, it is thus more than mere scenery and appearance. We take it in with all our senses;
- while we can experience landscape only in the present, it is the sum of all past changes to the environment: it is where past and present meet; and
- landscape gives identity to place, and hence diversity to the settings of our lives.

Thus, to summarise these reflections, the suggestion is that landscape consists of different places, and each of these places has its own history and future, both in terms of natural and human factors. Landscapes are places experienced in the present where one can live, work, travel around and find essential resources such as water and soil in which to grow crops.

There are essentially two categories of landscapes:

- Natural landscapes, relatively untouched by human activity comprising elements in different combinations of mountains, hills, valleys, rivers, forests, plains, deserts, lakes, swamps, streams etc; and
- Man-made landscapes, which can include elements such as farmland, industrial zones, towns, roads, mines etc.

In both categories water can appear in different ways: small streams, rivers, lakes, glaciers, or wetlands; in other words, water and water ecosystems are critical components of certain landscapes, and play a vital role in defining them. The critical role played by water in defining landscapes lays in the very nature of water, in the ability to link the different elements of the natural environment, such as forests with valleys or mountains with coastal zones.

<sup>5</sup> The European Environment Agency, Theme: Landscape; [www.eea.int](http://www.eea.int).

<sup>6</sup> Article 1a. Draft European Landscape Convention, Congress of Local and Regional Authorities of Europe, 5th session, Strasbourg, 26-28 May 1998, Council of Europe, Recommendation 40 (1998).

<sup>7</sup> Mr. Adrian Phillips, Landscape Conservation Law – Present Trends and Perspectives in International and Comparative Law, Proceedings of a colloquium, Environmental Policy and Law Paper No. 39, p. 18.

## Landscapes and environmental flows

Rivers as elements or parts of a landscape can be preserved through the provision of “environmental flows”.

Environmental flows is a method aiming at protecting river ecosystems. Simplistically described, it means that enough water must be left in a river to ensure downstream environmental, social and economic benefits. The concept plays an important role not only because it can be used to maintain the aesthetic value of a river within a landscape, but also for ensuring the health of rivers and associated ecosystems. Nevertheless, from what follows from the analysis below, the provision of environmental flows can indirectly serve as a tool for keeping the scenic beauty of a landscape with all its elements.

What is comprised in the notion of environmental flows? Excluding the definition of the word “environment” and in the most general sense, one can say that a “flow” is a continuous, uninterrupted movement in a stream. The concept of environmental flows has evolved over time, and while it appears in various sources it does so in many different forms. There is no one agreed definition.

The Final Report of the World Commission on Dams (the WCD Report)<sup>8</sup> defines environmental flows as the “specific release of water from a dam to ensure the maintenance of downstream aquatic ecosystems and key species. The flows may include seasonal or annual flows and/or regular or irregular pulses to meet ecosystem needs. They may also be linked to livelihood needs of downstream affected people.” This definition places an emphasis on dam releases, perhaps reflecting the primary focus of the Commission. However, legal and managerial issues concerning environmental flows should not only encompass water releases from a dam – as the WCD Report might suggest – but also issues such as the control of abstraction of surface as well as groundwater. Furthermore, environmental flows are not just a matter of water quantity but also of water quality. This consideration is not well anchored in the Report’s definition as it relies on a liberal interpretation of the word “specific” to include both qualitative and quantitative aspects of water flows. Furthermore, the quality aspect of environmental flows goes beyond the changing character of the water entering and leaving a reservoir. It includes pollution of the river and the sea every time that the detriment of an instream flow causes pollution in a stream that affects the river or the sea ecosystem.

The Murray Darling Basin Commission in Australia adopts a functional definition of environmental flows: “any river flow pattern provided with the intention of maintaining or improving river health. Better use of water currently available and new water made available for the environment are forms of environmental flows.”<sup>9</sup> The objectives of such flows are addressed in the context of environmental, economic and social objectives, and within the context of an agreed vision for “a healthy River Murray system, sustaining communities and preserving unique

<sup>8</sup> “Dams and Development: A New Framework for Decision-making”, Earthscan Publications Ltd, London and Sterling, VA, 2000.

<sup>9</sup> The Living Murray: a Discussion Paper on Restoring the Health of the River Murray; MDBC, July 2002.

values.” This reflects the contemporary view that environmental flows are about people and nature. The implementation of this environmental flows regime is resulting in water previously used for consumption being returned to the river, modifications being made to existing infrastructure, and changes to flow patterns.

The published IUCN Guide “Flow: the Essentials of Environmental Flows” (“the IUCN Guide”)<sup>10</sup> defines an environmental flow as “the water regime provided within a river, wetland or coastal zone to maintain ecosystems and their benefits where there are competing water uses and where flows are regulated.”<sup>11</sup> This definition, which applies not only to rivers but also to other water bodies like wetlands and the coastal zone, considers both quantity and quality aspects and specifies that the concept, defined as a regime, applies only in cases where the water quantity is regulated and different users are competing for their share of the water. The IUCN Guide also stresses the importance of the social and economic aspects of environmental flows. It states:

*“The goal of environmental flows is to provide a flow regime that is adequate in terms of quantity, quality and timing for sustaining the health of the rivers and river systems. The degree of ‘good health’ at which the river is sustained is, however a societal judgement that will vary from country to country and region to region. What the appropriate flow is for a particular river will thus depend on the values for which the river system is to be managed. Those values will determine the decisions about how to balance environmental, economic and social aspirations and the uses of the river’s waters.”<sup>12</sup>*

## **Legal techniques for providing environmental flows**

Among the legislative techniques available for the provision of environmental flows, two are particularly relevant for the conservation of water resources as components of landscapes. These techniques are the adoption of wild and scenic rivers legislation, and the application of the public trust doctrine.

The so called “wild and scenic” rivers legislation, adopted already by some countries, involves the preservation of unique streams in their free-flowing state from any obstruction. This is the case of the United States’ Wild and Scenic Rivers Act of 1968 (the Act).<sup>13</sup> The Act establishes the policy that certain rivers<sup>14</sup> which, with their immediate environments, possess outstandingly remarkable scenic, recreational, geologic, fish and wildlife, historic, cultural, or other similar values, shall be preserved in free-flowing condition, and that they and their immediate environments shall be protected for the benefit and enjoyment of present and future generations.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Dyson M, Bergkamp G, Scanlon J (eds), IUCN Gland and Cambridge, 2003. A joint initiative of IUCN Water and Nature Initiative and the IUCN Environmental Law Programme.

<sup>11</sup> Ibid., p 3.

<sup>12</sup> Ibid., p 5.

<sup>13</sup> U.S Wild and Scenic Rivers Act: (P.L. 90-542, as amended), (16 U.S.C. 1271-1287)

<sup>14</sup> “Rivers” are defined as “a flowing body of water or estuary or a section, portion, or tributary thereof, including rivers, streams, creeks, runs, kills, rills, and small lakes.” 16 U.S.C. 1286(a).

<sup>15</sup> 16 U.S.C. 1271.



The Act both identifies specific river reaches for designation as wild or scenic, and provides criteria to be used for classifying additional river reaches.<sup>16</sup> “Wild river areas” are those rivers or sections of rivers that are free from impoundments and generally inaccessible except by trail, with watersheds or shorelines essentially primitive America. “Scenic river areas” are those rivers or sections of rivers that are free from impoundments, with shorelines or watersheds still largely primitive and shorelines largely undeveloped, but accessible in places by the roads. Another category, “recreational river areas”, are those rivers or sections of rivers that are readily accessible by road or railroad, that may have some development along their shorelines, and that may have undergone some impoundment or diversion in the past.<sup>17</sup>

The other technique is the use of the public trust doctrine. This doctrine developed around the notion of guaranteeing public access to certain natural resources such as rivers. United States Courts have used this doctrine to refine water rights to preserve in-stream flows and protect certain riverine wetlands.

The application of the public trust doctrine for the protection of water courses is exemplified in the Mono Lake case.

In 1983 the Supreme Court of California decided to protect the inherent rights of waterways independent from those of human beings in the *National Audubon Society v. Superior Court* Case. The Mono Lake is the second largest lake in California, supplied mainly by five freshwater streams from Sierra Nevada snowmelts. In 1940, the California Water Board granted a permit to appropriate virtually the entire flow of these streams to the City of Los Angeles. The resulting water deviations caused the level of the lake to drop and the surface area to diminish by one-third. It also led to an increase in its salinity and the scenic beauty and ecological values of the Mono Lake were greatly threatened. The National Audubon Society filed suit to enjoin the City of Los Angeles not to divert the water flows by arguing that the public trust doctrine imposes an affirmative duty on the Water Board to protect the shores, bed and waters of the Mono Lake.

The most relevant component of the decision was the court’s imposition of an affirmative duty on the Water Board, as public trustee, to consider the environmental impact resulting from the current water allocation and to reallocate water if deemed necessary to protect the Mono Lake’s ecosystem.

Obviously, the decision would entail a balancing act between two fundamental interests: the fresh water needs of the citizens of the City of Los Angeles and those of the species and ecosystems native to the Mono Lake.

The significance of the Mono Lake decision to environmental flows is that it has developed and enriched the definition of the public trust. In addition, it has imposed a continuous affirmative duty on States, as trustees, to consider the environmental impact of the use and diversion of water courses.

<sup>16</sup> 16 U.S.C. 1272.

<sup>17</sup> 16 U.S.C. 1273.

The techniques explained above<sup>18</sup> illustrate how different legal methods can be utilised to ensure that an adequate amount of water is provided for the preservation of a water body. Notwithstanding the fact that other legislative techniques related to the provision of water for river ecosystems can be used in the context of landscape conservation, the wild and scenic rivers legislation and the application of the public trust doctrine emphasise the aesthetic element of the said ecosystems and their interaction with human factors.

Landscape conservation laws and environmental flows laws can be combined or used independently in parallel. At the end of the day a law that aims at effectively protecting water landscapes will have to include some provisions for the maintenance of environmental flows. The critical issue that needs to be defined before giving more emphasis to one *vis a vis* the other is the role played by water in a river landscape and thus, whether the conservation of the water is an imperative for the preservation of the landscape as such. If this is the case, the advantage of using environmental flows legislation is that this type of legislation can contribute not only to ensuring a conservation of the water landscape or the water in the landscape, but also to the preservation of the water ecosystem both within and outside the picture.

## **INTERNATIONAL LAW**

Only a few international legal instruments refer to landscapes. Except the European Landscape Convention, none of them deals directly, specifically and fully with landscapes and their preservation.

### **Treaties specifically dealing with landscapes**

#### ***Benelux Convention on Nature Conservation and Landscape Protection (Benelux Convention)***<sup>19</sup>

The Benelux Convention is interesting because it gives landscapes a unique position and separates them from the Convention's general nature conservation provisions. The term landscape has been given a broad definition: "a tangible part of the earth defined by the relation and interaction of various factors: soil, relief, water, climate, flora, fauna and man." The definition ends with the conclusion that as these phenomena give rise to a pattern resulting from combinations, such as

<sup>18</sup> An agreement between the United States of America and Canada from 1941 concerning the Niagara Falls is also relevant in this context. When using the water of the St. Lawrence basin for hydropower, the parties agreed that the objective to preserve the scenic beauty of the Niagara Falls should be kept in mind when using the water above the falls. The scenic beauty of the falls was regarded as a great heritage of the two countries and the engineers in charge should be instructed to distribute the flow of water over the falls in such a manner as to preserve their scenic beauty. Exchange of Notes Constituting an Agreement between the United States of America and Canada constituting an arrangement concerning temporary diversion for power purposes of additional waters of the Niagara River above the falls. Washington, 20 May 1941.

<sup>19</sup> Adopted at Brussels, 8 June 1982, entry into force 1 October 1983.

natural, cultural, historical, functional and visual aspects, landscapes may be considered as a reflection of the attitude of the community.<sup>20</sup> However, the protection of landscapes is restricted further on to “landscapes of value”, without giving any guidance on what is considered by such a landscape.<sup>21</sup>

Landscapes are protected through the overall purpose of the Benelux Convention, which is to regulate concerted action and co-operation among the Parties in the field of conservation, management and rehabilitation of the natural environment and landscapes.<sup>22</sup> The more specific activities to be undertaken by the Parties of interest for this paper are the development of transboundary parks and areas of importance for migratory species. An inventory, demarcation and granting of protective status to the chosen areas shall furthermore be established.<sup>23</sup>

### **The Mediterranean Landscape Charter (Charter of Seville)<sup>24</sup>**

Although limited in its geographical scope, the Charter of Seville deserves attention as it provides an example of inter-regional co-operation. It is an initiative of the regions of Andalusia (Spain), Languedoc-Roussillon (France) and Tuscany (Italy), which subsequently lead to the creation of the European Landscape Convention.

The Charter provides a definition of the Mediterranean landscape as a landscape that can be considered “as the tangible expression of the spatial and temporal relationship between individuals and societies and their physical environment, shaped to varying degrees by social, economic and cultural factors.” This relationship can either be emotional, identity-related, aesthetic, symbolic, spiritual or economic in nature and implies the acknowledgement by the individual or the community of the social value of the landscape at various levels, whether local, regional, national or international. In addition, the Charter considers the landscape as a basic factor in matters relating to the environment, national and regional/spatial planning and the protection or management of the cultural or natural heritage.<sup>25</sup>

The objectives of the Charter of Seville, which should be targeted by conservation and management policies, are:

- the conservation of landscapes with a particular historic or natural value that are representative of Mediterranean civilisation;
- ensuring that human actions are conducive to the creation of landscapes of the highest possible quality;
- ensuring that all development projects take account of the landscape elements that have natural, cultural or historic value;
- ensuring that schemes involving major transport, urban development, tourist or industrial infrastructures take due account of landscape prevention or make provision for rehabilitation;

<sup>20</sup> Article 1.2.

<sup>21</sup> Article 3. The second paragraph in the preambular section also refers to “landscape of value”.

<sup>22</sup> Article 1.

<sup>23</sup> Article 3.1.

<sup>24</sup> Resolution 256 (1994) adopted of the congress of Local and Regional Authorities of Europe on the 3rd Conference of Mediterranean Regions, Taormina, Italy, 5-7 April 1993.

<sup>25</sup> Article 1.

- ensuring that all measures entailing the use or sale of public property preserve the most important landscape areas that have historic, cultural and natural value;
- maintaining footpaths, farm tracks and other rural rights of way as a means of access to the landscape and to avoid the proliferation of roads for motor vehicle traffic; and
- ensuring a fair balance between the landscapes subject to restrictions and the neighbouring areas where their development benefits from their proximity to these zones.<sup>26</sup>

The Charter of Seville also envisages several actions that should be implemented for the enhancement of the landscape, such as:

- the promotion of closer collaboration between the various sectors concerned with national and regional spatial planning, environmental management and heritage protection;
- encouraging the inclusion of the landscape dimension in impact studies, action programmes, spatial planning procedures, heritage protection and environmental management;
- insisting that projects that do not require impact studies should take account of the landscape dimension;
- promoting work on identifying landscapes and analysing their value to society;
- fostering awareness by the European public of the need for landscape protection and the problems resulting from the transformation and exploitation of the landscape.<sup>27</sup>

Apart from the environmental management actions mentioned above needed for the enhancement of the landscape, the Charter acknowledges that surface and ground water in the Mediterranean landscape are endangered as a result of the current development in the region.<sup>28</sup> In addition to these provisions, water as a specific element in need of protection, has not been given further attention.

### **European Landscape Convention<sup>29</sup>**

The objective of the European Landscape Convention is to further the protection, management and planning of European landscapes, and to organise European co-operation for these purposes.<sup>30</sup> It represents the first international treaty wholly devoted to the protection, management and enhancement of the European landscape.

---

<sup>26</sup> Article III.

<sup>27</sup> Article IV.

<sup>28</sup> Article II.1.

<sup>29</sup> Open for signature by the member States of the Council of Europe, in Florence 19 July 2000; entry into force 1 March 2004; [www.coe.int](http://www.coe.int). Other instruments concerning the natural and cultural heritage concluded under the auspices of the Council of Europe are: the Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe (Granada, 3 October 1985, entry into force 1 December 1987); and the European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (London, 6 May 1969, revised, Valetta, 16 January 1992). These documents will not be analysed in this paper.

<sup>30</sup> Article 3.

Its geographical scope is very extensive. The convention applies to the entire territory of the Parties and relates to natural, urban and peri-urban areas, whether on land, inland water or marine areas. The scope is not restricted to a specific kind of landscape such as remarkable ones, but includes also ordinary “everyday” landscapes and blighted areas.<sup>31</sup> Landscape is thus henceforth recognised irrespective of its exceptional value, since all forms of landscape are crucial to the quality of the citizens’ environment and deserve to be considered in landscape policies. Many of Europe’s rural and urban fringe areas in particular are undergoing far-reaching transformations and must receive closer attention from the authorities and the public.

Given the breadth of scope, the active role of citizens regarding perception and evaluation of landscapes is another essential point of the European Landscape Convention. Awareness-raising is thus a key issue, in order that citizens (the civil society, private organisations, and public authorities) participate in the decision making process which affects the landscape dimension of the territory where they reside.<sup>32</sup>

In accepting the principles and aims of the Convention, Parties undertake to protect, manage and/or plan their landscapes by adopting a whole series of general and specific measures at national level, in keeping, moreover, with the principle of subsidiarity. The Parties undertake to implement four general measures at national level:<sup>33</sup>

- legal recognition of landscape as constituting an essential component of the setting for people’s lives, as reflecting the diversity of their common cultural and natural heritage and as the foundation of their identity;
- establishment and implementation of policies to protect, manage and plan landscapes;
- procedures for participation by the general public, local and regional authorities and other parties interested in the formulation and implementation of landscape policies;
- integrating landscape into regional and town planning policies, cultural, environmental, agricultural, social and economic policies, and any other policies which may have direct or indirect impact on the landscape. The contracting parties further undertake to implement five specific measures at national level, to be applied consecutively:

Specific measures to be implemented at national level are:<sup>34</sup>

- training and education: providing specialist training in landscape appraisal and landscape operations; multidisciplinary training programmes on landscape policy, protection, management and planning, aimed at professionals in the private and public sector and at interested associations; and school and university courses which address landscape-related values and questions of landscape protection, management and planning;

---

<sup>31</sup> Article 2.

<sup>32</sup> Article 6.A.

<sup>33</sup> Article 5.

<sup>34</sup> Article 6.

- identification and evaluation: mobilising those concerned in order to attain better knowledge of landscape, and guiding the work of landscape identification and evaluation through exchanges of experience and methods arranged between the Parties at European level;
- setting landscape quality objectives: defining quality objectives for the landscapes which have been identified and evaluated, after consulting the public;
- implementation of landscape policies: introducing policy instruments for the protection, management and/or planning of landscapes.

At the international level, Parties undertake to co-operate in catering for the landscape dimension in international policies and programmes, and to recommend as appropriate the inclusion of landscape considerations in these policies and programmes.<sup>35</sup> They accordingly undertake to co-operate in respect of technical and scientific assistance and exchange of landscape specialists for training and information, and to exchange information on all questions covered by the Convention.<sup>36</sup>

Many European countries share common areas of landscape with their neighbours (mountain ranges or river valleys). It is desirable that work on one side of the boundary is co-ordinated with that on the other. In some cases this can be done through agreements already established between neighbouring protected areas. But the scope for collaboration extends far beyond that. The European Landscape Convention stipulates that transboundary landscapes shall be encouraged at local and regional level and, wherever necessary, to prepare and implement joint landscape programmes.<sup>37</sup>

## **BIODIVERSITY CONSERVATION TREATIES**

### **Global**

#### **Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat (Ramsar )<sup>38</sup>**

The Ramsar Convention's primary objective is to conserve and wise use wetlands to provide habitat for waterbirds. However, the Convention has, since its entry into force, broadened its scope through the decisions of the Conference of the Contracting Parties (COP) to cover all aspects of wetland conservation and wise use, recognising wetlands as ecosystems that are extremely important for biodiversity conservation in general and for the well being of human communities. The preamble to the Ramsar Convention recognises that "wetlands constitute a resource of great economic, cultural, scientific, and recreational value, the loss of which would be irreparable."

<sup>35</sup> Article 7.

<sup>36</sup> Article 8.

<sup>37</sup> Article 9.

<sup>38</sup> Adopted at Ramsar, 2 February 1971, entry into force 21 December 1975; 11 ILM 963.

Rivers are included in the broad definition of wetlands<sup>39</sup> and the COP has recognised the important hydrological, biological or ecological role played by them in the functioning of river basins.<sup>40</sup>

At the 7<sup>th</sup> meeting of the COP<sup>41</sup> several guidelines on wise use of wetlands were adopted, being the most relevant for freshwater ecosystems conservation: the Guidelines for integrating wetland conservation and wise use into river basin management; the Guidelines for establishing and strengthening local communities and indigenous peoples' participation in the management of the wetlands; Guidelines for reviewing laws and institutions to promote the wise use of wetlands; and Guidelines for international co-operation under the Ramsar Convention. With regard to the Guidelines for integrating wetland conservation and wise use into river basin management, specific guidance is provided in the following sectors:

- integrated river basin management;
- development and strengthening of policy and legislation for integrated water resources management;
- establishment of river basin management authorities and strengthening of institutional capacity;
- involvement of stakeholders, community participation and public awareness;
- assessment and enhancement of the role of wetlands for water management;
- identification of current and future supply and demand for water;
- assist the Contracting Parties to minimise the impacts of land-use projects on wetlands and their biodiversity;
- reduction of impacts of water development projects;
- maintenance of natural water regimes to conserve wetlands;
- protection on restoration of wetlands and biodiversity;
- management of shared river basins and wetlands systems; and
- partnership with relevant conventions organisations and initiatives.

During the 8<sup>th</sup> COP<sup>42</sup> further guidance for promoting the wise use of wetlands was adopted. The Contracting Parties adopted Resolution VIII.1, entitled "Guidelines for the allocation and management of water for maintaining the ecological functions of wetlands." The resolution urges the Contracting Parties to the Ramsar Convention to give priority to their application, adapting them to suit national conditions and circumstances. Further, it encourages Contracting Parties with wetlands lying in shared river basins to apply these guidelines within the context of the management of water alloca-

<sup>39</sup> Article 1: "For the purpose of this Convention wetlands are areas of marsh, fen, peatland or water, whether natural or artificial, permanent or temporary, with water that is static or flowing, fresh, brackish or salt, including areas of marine water the depth of which at low tide does not exceed six metres."

<sup>40</sup> Recommendation 4.2: Criteria for Identifying Wetlands of International Importance, 4th Meeting of the Conference of the Contracting Parties, Montreux, 27 June-4 July 1990.

<sup>41</sup> San José, 10-18 May 1999.

<sup>42</sup> Valencia, 18-26 November 2002.

tions in transboundary basins. The allocation of water for wetland ecosystems should be based on the following guiding principles: sustainability; clarity or process; equity in participation and decision-making; credibility of science; transparency in implementation; flexibility of management and accountability for decisions. The Resolution further provides specific actions that should be undertaken in order to operationalise the seven referred to principles. The Guidelines themselves relate to:

- policy and legislation;
- valuation of wetland ecosystems;
- environmental flow assessment downstream of dams;
- determination of water allocations for a particular wetland ecosystem; and
- implementing water allocations to wetlands.

### **The Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (World Heritage Convention)<sup>43</sup>**

The World Heritage Convention is an important vehicle that can be used for conserving rivers in landscapes. It aims to protect cultural and natural heritage. With regard to the latter, the Convention aims to protect natural heritage of “outstanding universal value” for aesthetic or scientific reasons. Every Party to the Convention shall submit an inventory of property forming part of the natural heritage situated in its territory.<sup>44</sup> The natural sites in need of protection may eventually be accepted onto a “World Heritage List” (“the List”), although it is currently biased in favour of cultural heritage.<sup>45</sup> According to the World Heritage Convention, “natural heritage” sites include:<sup>46</sup>

- natural features consisting of physical and biological formations or groups of such formations, which are of outstanding universal value from the aesthetic or scientific point of view;
- geological and physiographical formations and precisely delineated areas which constitute the habitat of threatened species of animals and plants of outstanding universal value from the point of view of science or conservation;
- natural sites of precisely delineated natural areas of outstanding universal value from the point of view of science, conservation or natural beauty.

A natural site inscribed in the World Heritage List may consist of a specific type of landscape, such as mountain chains where glaciers are located, a river, a lake, or the upper watershed of a river basin. The World Heritage Convention can therefore be used for protecting water bodies in their entirety in a landscape.

<sup>43</sup> World Heritage Convention adopted on 16 November 1972, Paris; 11 ILM, 1358.

<sup>44</sup> Article 4.

<sup>45</sup> The World Heritage List, contains 788 sites as of July 2004: 611 cultural, 154 natural and 23 mixed properties. See <http://whc.unesco.org/>.

<sup>46</sup> Article 2.



## Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (Bonn Convention)<sup>47</sup>

Among the conservation instruments provided for by the Bonn Convention are the Agreements between “Range States.”<sup>48</sup> These Agreements, which “should cover the whole or the range of the migratory species concerned and should be open to accession by all Range States of that species, whether or not they are Parties to this Convention,”<sup>49</sup> are a means of preventing migratory species from becoming endangered. In those cases where wetlands, rivers or coastal zones are included in the range of migratory species, countries will have to establish specific measures to protect them as part of the conservation measures necessary to protect the migratory species.

The Bonn Convention can be considered an instrument supporting the need to provide a regime of environmental flows and thus, indirectly serve to protect landscapes, in cases where migratory species are involved, a regime sufficient to protect the species concerned.

## Convention on Biological Diversity (CBD)<sup>50</sup>

The CBD establishes a comprehensive regime for the conservation of ecosystems and biological resources. The most relevant provisions of the CBD relating to the subject matter of this paper are the following:

- The definition of “biological diversity” includes terrestrial, marine, and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part;<sup>51</sup>
- The Parties recognise the customary law obligation not to cause significant harm to other states or areas beyond national jurisdiction;<sup>52</sup>
- Parties shall co-operate for the conservation and sustainable use of biological diversity in respect of areas beyond national jurisdiction and on other matters of mutual interest;<sup>53</sup>
- According to the CBD, Contracting Parties are required to develop new or adapt the existing national strategies, plans and programmes for the conservation and sustainable use of biodiversity, and integrate the conservation of biodiversity into sectoral or cross-sectoral plans, programmes and policies.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> Adopted in Bonn, 23 June 1979, entry into force 1 November 1983; 19 ILM 11, 1980.

<sup>48</sup> According to Article I.1 h), a Range State is any State that exercises jurisdiction over any part of the range of a particular migratory species.

<sup>49</sup> Article V.2.

<sup>50</sup> Convention on Biological Diversity was opened for signature on 5 June 1992, Rio de Janeiro; entered into force on 29 December 1993; 31 ILM 818.

<sup>51</sup> Article 2.

<sup>52</sup> Article 3. The “no harm” rule was first established in the Trail Smelter Arbitration (USA vs. Canada), 16 April 1938, 11 March 1941 (3 R.I.A.A. 1907, 1941) and the Corfu Channel Case (UK vs. Albania), 1949, ICJ, 4. It was later endorsed in the 1972 Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, principle 21, and repeated in the 1992 Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development, principle 2.

<sup>53</sup> Article 5.

<sup>54</sup> Article 6.

Of particular importance for the protection of landscapes and their biological values are the provisions on *in situ* conservation.<sup>55</sup> Parties to the CBD shall establish:

- Protected areas and develop guidelines for their selection, establishment, and management;
- Promote the protection of ecosystems, natural habitats and maintenance of viable populations of species in their natural habitats;
- Develop legislation for the protection of endangered species and populations;
- Rehabilitate and restore degraded ecosystems through the development and management of plans and other strategies;
- Respect, preserve and maintain knowledge and practices of indigenous and local communities relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity; and
- Promote the wider application of such knowledge and practices.

Also important to mention are those provisions on environmental impact assessment (EIA) and reduction of adverse impacts.<sup>56</sup> Parties shall:

- Introduce EIA procedures for their proposed projects likely to have significant adverse effects on biodiversity;
- Introduce arrangements to ensure that the likely significant effects on biodiversity of their programmes and policies are duly taken into account;
- Promote exchange of information and consultation on activities under their jurisdiction likely to significantly adversely affect biodiversity of other states or of areas beyond national jurisdiction; and
- Immediately notify potentially affected States in cases of imminent or grave danger or damage to biodiversity originating under their jurisdiction or control.

Several resolutions specifically dealing with biodiversity of inland waters have been adopted by the COP. These resolutions, like the Ramsar COP Resolutions are of recommendatory nature to the Contracting Parties and, as such, can provide further guidance for the protection of landscapes and river ecosystems.

## REGIONAL

### **Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere (Western Hemisphere Convention)<sup>57</sup>**

The Western Hemisphere Convention states in its preamble that some of its aims are to protect and preserve scenery of extraordinary beauty, striking geologic formations, regions and natural objects of aesthetic, historic or scientific value and areas characterised by primitive conditions. These elements shall be protected in the Parties' territories through the following:<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Article 8. *In situ* conservation is defined in Article 2 as "the conservation of ecosystems and natural habitats and the maintenance and recovery of viable populations of species in their natural surroundings..."

<sup>56</sup> Article 14.

<sup>57</sup> Adopted on 12 October 1940; entry into force on 1 May 1942; 161 UNTS 193.

<sup>58</sup> Article I.

- National parks: an area for the protection and preservation of superlative scenery, flora and fauna of national significance;
- National reserves: a region for conservation and utilisation of natural resources under governmental control, on which protection of animal and plant life will be afforded;
- Nature monuments: regions, objects, or living species of flora and fauna of aesthetic, historic or scientific interest to which strict protection is given; and
- Strict wilderness: a region under public control characterised by primitive conditions of flora, fauna, transportation and habitation wherein there is no provision for the passage of motorised transportation and all commercial developments are excluded.

Thus, if a river, or a stretch of a river is considered having a high level of aesthetic value it can gain direct protection under one of the established conservation categories. With regard to environmental flows, the Western Hemisphere Convention is only of indirect significance. If the conservation categories give protection to wetlands, upper watersheds, aquifers, lakes or coastal zones, this can be of benefit for an environmental flow.

### **African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources (African Convention)<sup>59</sup>**

The African Convention offers a wide range of different ways to protect water resources, either directly or indirectly.

The Contracting Parties undertake to establish conservation areas protecting *any* natural resource area such as “strict nature reserves”, “national parks” and/or “special reserves”.<sup>60</sup> Strict nature reserves gives the highest level of protection, and in this area any undertaking connected with forestry, mining, work tending to alter any water pollution, and any act likely to harm or disturb the fauna or flora shall be strictly forbidden. National parks are areas exclusively set aside for protection, conservation and management of landscapes or geological formations of particular scientific or aesthetic value, for the benefit and enjoyment of the general public. This can also be an area covering any aquatic environment. The special reserves means other protected areas and can be used to denote water reserves.

Of specific interest for the protection of water resources, Contracting Parties shall establish policies for conservation, utilisation and development of underground and surface water. Measures shall be taken to:<sup>61</sup>

- Study water cycles and to investigate each catchment area;
- Co-ordinate and plan water resources development projects;
- Administrate and control all water utilisation; and
- Prevent and control water pollution.

<sup>59</sup> Signed in Algiers, 15 September 1968, entry into force 16 June 1969, 1001 UNTS 4.

<sup>60</sup> Article III.

<sup>61</sup> Article V.

Furthermore, Contracting States sharing surface and underground water resources shall act in consultation and resolve problems arising from the joint use of these resources, and for the joint development and conservation thereof.<sup>62</sup> Thus, the African Convention can be applied for giving water resources direct protection through one or several conservation areas, as well as through the provisions specifically aiming at protecting them.

### **Convention on Conservation of Nature in the South Pacific (Apia Convention)<sup>63</sup>**

The Contracting Parties to the Apia Convention agree to establish protected areas: national parks; and national reserves.<sup>64</sup>

“National parks” can be created for the protection and conservation of ecosystems containing animal and plant species, geomorphological sites and habitats of special scientific, educative and recreational interest or a natural landscape of great beauty. Whereas “national reserves” such as strict nature reserves, managed nature reserves, wilderness reserve, forest reserve, archaeological reserves and historical reserves, can be created for the protection and conservation of nature. These reserves shall afford protection to the natural and cultural heritage.

The Apia Convention does not mention water as a particular element worthy to protect, but the conclusion can be drawn that water resources can gain protection through the establishment of protected areas.

### **Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (Bern Convention)<sup>65</sup>**

The Bern Convention aims to preserve the wild flora and fauna, species and their natural habitat.<sup>66</sup> The relevance of the instrument for the conservation of freshwater ecosystems is only indirect: Parties shall conserve the habitats of wild flora and species and, in doing this, give special attention to the protection of areas that are of importance for the migratory species.<sup>67</sup>

### **ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources (ASEAN Agreement)<sup>68</sup>**

The overall purpose of the ASEAN Agreement is to promote joint and individual State action for the conservation and management of the natural resources of the ASEAN region, including the preservation of generic diversity.<sup>69</sup>

---

<sup>62</sup> Article V.2.

<sup>63</sup> Adopted on 12 June 1976; in force 28 June 1980; [www.austlii.edu.au](http://www.austlii.edu.au).

<sup>64</sup> Article 1.

<sup>65</sup> Adopted in Bern 19 September 1979, entry into force 1 June 1982.

<sup>66</sup> Article 1.

<sup>67</sup> Article 4.

<sup>68</sup> Signed in Kuala Lumpur, 9 July 1985, but is not yet in force. The Agreement requires according to Article 33 ratifications of all six signatory states, [www.aseansec.org](http://www.aseansec.org).

<sup>69</sup> Article 1.

Of particular interest for the protection of landscapes are the provisions related to protected areas. The Contracting Parties shall establish, in areas under their jurisdiction, terrestrial, freshwater or coastal protected areas (national parks and reserves) for the purpose of safeguarding:

- the ecological and biological processes essential to the functioning of the ecosystems of the Region;
- representative samples of all types of ecosystems of the Region; and
- areas of particular importance because of their scientific, educational, aesthetic, or cultural interest.<sup>70</sup>

“National Parks” is an area large enough to allow for ecological self-regulation of on or several ecosystems, and which have not been substantially altered by human occupation or exploitation. These areas shall be dedicated to conservation and to scientific, educational and recreational uses and the common welfare of the people.<sup>71</sup>

“Reserves” shall be an area set aside for the purpose of preserving a specific ecosystem, a water catchment area or for any other specific purpose relating to the conservation of natural resources or objects or areas of scientific, aesthetic, cultural, educational or recreational interest.<sup>72</sup>

Furthermore, the ASEAN Agreement contains a specific water flows related provisions. The obligation foresees the regulation and control of water utilisation for achieving a continuous and sufficient supply of water for “the maintenance of natural life supporting systems and aquatic fauna and flora”.<sup>73</sup>

The ASEAN Agreement can consequently serve as a useful tool for the protection of landscapes and river ecosystems.

### **Convention on environmental impact assessment in a transboundary context (Espoo Convention)<sup>74</sup>**

The Espoo Convention is another agreement of very indirect relevance for the subject matter of this paper. It stipulates the obligations of Parties to assess the environmental impact of certain activities at an early stage of planning. It recognises that an “impact” is any effect caused by a proposed activity on the environment including human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, landscape and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors. Effects on cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors are also included.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Article 13(1).

<sup>71</sup> Article 13(3)(a).

<sup>72</sup> Article 13(3)(b).

<sup>73</sup> Article 8.

<sup>74</sup> Adopted in Espoo 25 February 1991, entry into force 10 September 1997, 30 ILM (1991), 1461.

<sup>75</sup> Article 1(vii).

### **Convention on Protection of the Alps (Alpine Convention)<sup>76</sup>**

The Alpine Convention is a framework agreement for the protection and sustainable development of the Alpine region. It establishes that Parties shall take appropriate measures for the management of water and the conservation of nature and the countryside.

The protection given to water in the region has the objective to preserve or re-establish healthy water systems, in particular by keeping lakes and rivers free of pollution, by applying natural hydraulic engineering techniques and by using water power. The objective of the conservation of nature and countryside is to protect, conserve and rehabilitate the natural environment and the countryside, so that ecosystems are able to function, animal and plants species, including their habitats are preserved, nature's capacity for regeneration and sustained productivity is maintained, and the variety, uniqueness and beauty of nature and the countryside as a whole are preserved on a permanent basis.<sup>77</sup>

Transborder co-operation on the above-mentioned areas shall be intensified through the Alpine Convention.<sup>78</sup>

### **Convention for the Protection of the Biodiversity and the Protection of Wilderness in Central America<sup>79</sup>**

In general, most of the Convention provisions are relevant to the conservation of freshwater ecosystems. However, the following provisions address the issue more specifically:

- countries will identify, select, establish and manage, national parks, natural and cultural monuments, wildlife refuges, and other protected areas as a mean to guarantee the conservation of the regions main ecosystems and, as a priority, those containing water producing forests; and
- parties will promote and stimulate the development and use of new technologies for the conservation and sustainable use of biological resources, land uses and drainage basins, with the aim of creating and consolidating options for sustainable agriculture and regional food security.

### **Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds (AEWA)<sup>80</sup>**

The AEWA, concluded under the Bonn Convention,<sup>81</sup> aims at the conservation of migratory waterbirds. It covers not only the whole of Europe and Africa, but also Arabia and part of the Arctic. The Parties are required to conserve all such

<sup>76</sup> Signed in Salzburg, 7 November 1991, entry into force 6 March 1995. 1917 UNTS 315.

<sup>77</sup> Article 2.2.

<sup>78</sup> Article 2.1.

<sup>79</sup> Managua, 5 June 1992, [www.ccad.ws](http://www.ccad.ws).

<sup>80</sup> Concluded in The Hague 16 June 1995, entry into force 1 November 1999, [www.unep-aewa.org](http://www.unep-aewa.org).

<sup>81</sup> See Article IV of the 1979 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals.

birds, defined as those that are “ecologically dependent on wetlands for at least part of their annual cycle”.<sup>82</sup> Some of the measures taken by the Parties for the conservation of migratory waterbirds shall be to identify sites and habitats for migratory waterbirds occurring within their territory and encourage the protection, management rehabilitation and restoration of these sites.<sup>83</sup>

AEWA can be considered a further instrument supporting the protection of water in landscapes as well as an indirect regime for establishing environmental flows.

### **Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)<sup>84</sup>**

The Aarhus Convention concluded under the United Nations Economic Commission for Europe is of very indirect relevance, as it pertains to environmental rights and human rights. Still, it contains provisions relating to water and landscape which can act as protective measures for this particular environment. Namely, the Aarhus Convention acknowledges that Parties shall make information available to the public about the state of water, soil, land, landscape and natural sites, biological diversity and its components, and the interaction among these elements.<sup>85</sup>

### **Framework Convention on the Protection and Sustainable Development of the Carpathians (Carpathians Convention)<sup>86</sup>**

Another relevant document for the protection of major transboundary mountain chains in Europe is the Carpathians Convention, which aims at protecting and sustainably developing the Carpathians. It offers measures for the protection of the mountain chains biological and landscape biodiversity, as well as for mountain river basins.

In order to conserve biological and landscape diversity, Parties shall ensure a high level of protection and sustainable use of natural and semi-natural habitats, and to the region characteristic species of flora and fauna.<sup>87</sup>

With a view of protecting water resources, the Carpathians Convention provides a variety of different water management measures, *inter alia*<sup>88</sup>

- the sustainable use of water resources shall be integrated with land use planning;

<sup>82</sup> Article I.1(c).

<sup>83</sup> Article III.1(c).

<sup>84</sup> Adopted in Aarhus, 25 June 1998, entry into force 30 October 2001, 38 ILM (1999), 517.

<sup>85</sup> Article 2.3. (a).

<sup>86</sup> Adopted 22 May in Kiev, not yet into force. According to Article 21.3, the Convention shall enter into force after the fourth instrument of ratification, approval, acceptance or accession.

<sup>87</sup> Article 4.

<sup>88</sup> Article 6.

- policies aiming at sustainable management of surface and groundwater shall be pursued in order to ensure adequate supply of good quality surface and groundwater as needed for sustainable, balanced and equitable water use; and
- policies shall be pursued aiming at conserving natural watercourses, springs, lakes, and groundwater resources as well as preserving and protecting wetlands and its ecosystems, and protecting against natural and anthropogenic detrimental effects such as flooding and accidental water pollution.

### **African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources (Revised African Convention)<sup>89</sup>**

The overall objectives of the Revised African Convention are to enhance environmental protection, to foster the conservation and sustainable use of natural resources, and to harmonise and co-ordinate policies in these fields.<sup>90</sup>

This Convention provides a number of conservation areas to be established by the Parties:<sup>91</sup>

- **Strict Nature Reserve:** an area of land and/or sea possessing some outstanding or representative ecosystems, geological or physiological features and/or species, available primarily for scientific research and/or environmental monitoring;
- **Wilderness Area:** a large area of unmodified or slightly modified land, and/or sea, retaining its natural character and influence, without permanent or significant habitation, which is protected and managed so as to preserve its natural functions;
- **National Parks:** a natural area of land and/or sea, designated to protect the ecological integrity of one or more ecosystems for present and future generations, provide a foundation for spiritual, scientific, educational, recreational and visitor opportunities;
- **Habitat/Species Management Areas:** area of land and/or sea subject to active intervention for management purposes so as to ensure the maintenance of habitats and/or to meet the requirements of specific species;
- **Protected Landscapes/Seascapes:** an area of land, with coast and sea as appropriate, where the interaction of people and nature over time has produced an area of distinct character with significant aesthetic, ecological and/or cultural value, and often with high biological diversity. Safeguarding the integrity of this traditional interaction is vital to the protection, maintenance and evolution of such an area;

<sup>89</sup> Treaty adopted 11 July 2003; not yet into force; [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org).

<sup>90</sup> Article 1.

<sup>91</sup> Article XII, and Annex 2.



- **Managed Resource Protected Areas:** an area containing predominantly of unmodified natural systems, managed to ensure long term protection and maintenance of biological diversity, while providing at the same time a sustainable flow of natural products and services to meet community needs.

With regard to environmental flows the Revised African Convention contains a provision directly related to environmental flows.<sup>92</sup> The Parties shall adopt measures to maintain ecological processes and protect human health against pollutants and diseases; prevent pollution damages to human health and natural resources in another State; and prevent excessive abstraction to the benefit of downstream communities and States.

With a view of guaranteeing sufficient and continuous supply of water for their populations, Parties shall also take measures relating to integrated water resources management, and the conservation of forested and other catchment areas.

Although the provision on abstraction does not indicate a direct obligation to maintain stream flows for the environment as such, its interplay with the others show that Parties shall give particular attention to the adequate availability of water for environmental purposes. Finally, it is worth noticing that the Revised African Convention reflects the obligation of the Parties under international law to co-operate in the management of transboundary resources.

## RIVER TREATIES

In conjunction with the agreements regulating the single river basins of the world<sup>93</sup>, the treaties analysed under this heading provide the basic framework for the conservation of (fresh) water resources. Their analysis is conducted with a view of identifying their most relevant stipulations related to the provision of environmental flows. Bearing in mind their very nature (river agreements) and the consideration expressed in the paragraph above, their relationship with landscape conservation is even more indirect than in those agreements analysed in the second section of this paper. Notwithstanding this and as stated above in this paper, there is a clear link between the conservation of landscape containing rivers and the provision of environmental flows, and this is what this section aims at emphasising.

### **Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses (UN Convention)**<sup>94</sup>

There are no explicit provisions on environmental flows in either the ILC Draft Articles<sup>95</sup> (on which the UN Convention is based) or the in the UN Con-

<sup>92</sup> Article VII.

<sup>93</sup> The consideration of all these agreements exceeds the objective of this paper. For a comprehensive analysis of this agreements provision on conservation of freshwater ecosystems see Iza, A (ed) mentioned above.

<sup>94</sup> Adopted 21 May 1997 by the United Nations General Assembly, not yet in force, 36 ILM 700.

<sup>95</sup> Draft Articles on the Law on Non-navigational Uses of International Watercourses, adopted on 2nd reading by the ILC at its 46 Session in 1994, ILC Report, A/49/10, 1994, Chp. III, paras 210-221, Ybk, 1994, viI (2).

vention. However, both instruments contain several clear principles for the environmental protection of transboundary watercourses, which are relevant to the concept of environmental flows.

The scope of application of the UN Convention is the international watercourse, i.e. “a system of surface waters and ground waters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus... parts of which are situated in different states”.<sup>96</sup>

The following principles provide the cornerstone of the UN Convention, namely the obligations to:

- utilise the international watercourse in an equitable and reasonable manner;<sup>97</sup> and
- prevent harm to other riparian states.<sup>98</sup>

The concept of equitable utilisation implies that a watercourse state has the right to utilise the watercourse within its territory in an equitable share of the uses and benefits of the whole watercourse; inversely, it has an obligation *vis-à-vis* other riparian states not to deprive them of their right to equitable utilisation. Article 6 of the UN Convention refers to the factors relevant to determine equitable and reasonable utilisation while the obligation of prevention of harm to other riparian states is contained in Article 7. The obligation is not absolute as the treaty refers to a duty to “take all appropriate measures.” Furthermore, the threshold for the degree of harm, used by the UN Convention is relatively high. It uses the word “significant” leaving aside the harm that is minor or perhaps even serious, thus the determination of “significant harm” is governed by the circumstances of each particular case.

Concerning environmental flows, a key question is whether the failure to provide an adequate flow may be considered incompatible with the provisions on equitable and reasonable utilisation and may activate the significant harm clause. Naturally, this will again depend on the circumstances. Article 6 lists a series of factors and considerations to be evaluated in determining what actions are within the notion of equitable utilisation. These may include situations where a downstream state is deprived from a flow necessary for the maintenance of its fishing industry from which its population is dependent. The interplay of the Convention provisions on equitable and reasonable utilisation and the duty not to cause significant harm, may thus trigger an obligation “to eliminate or mitigate such harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation.”<sup>99</sup>

The UN Convention adopts a relatively strong standard of protection. In Part IV, entitled “Protection, Preservation and Management”, it refers to that “Watercourse States shall, individually and, where appropriate, jointly, protect and preserve the ecosystems of international watercourses”,<sup>100</sup> which is consistent with

---

<sup>96</sup> Article 2.

<sup>97</sup> Article 4.

<sup>98</sup> Article 7.

<sup>99</sup> Article 7.2.

<sup>100</sup> Article 20.

the need for agreed environmental flow regimes to be determined at the river basin level. This standard covers not only quality but also quantity objectives. In effect, the UN Convention contains provisions related to prevention, reduction and control of pollution, introduction of alien species and protection of the marine environment. However, a distinction should be made as of the standard of protection granted to pollution prevention, reduction and control<sup>101</sup> and protection of ecosystems<sup>102</sup>. Whereas the obligation to preserve the ecosystems does not depend on causing significant harm, those on pollution prevention, reduction and control depend on the possibility of causing significant harm to other watercourse states or to their environment.

Interestingly, under Article 23 “Protection and preservation of the marine environment”, the UN Convention includes estuaries. The estuaries, i.e. interface zones where freshwaters and marine waters meet, are not traditionally covered by the law of international watercourses or the law of the sea. The issue of environmental flows is particularly relevant in the context of estuaries, since an inadequate level of freshwater reaching the estuarine zone can have deleterious effects on the estuarine and coastal zone environment.

The UN Convention also stresses the importance of co-operation between the States in the management of the watercourse, namely in the sustainable development and rational and optimal utilisation of the watercourse.<sup>103</sup> In doing so, it deals directly with the regulation of the watercourse flow.<sup>104</sup> Regulation is defined as “the use of hydraulic works or any other continuing measure to alter, vary, or otherwise control the flow of the waters...”. Consistent with the UN Convention’s other provisions on the regulation of flow, it includes a clause which reflects the general obligation to co-operate between the riparian states.<sup>105</sup>

Specific provisions relate to the protection of installations such as dams or dykes, from deterioration or damage, which may cause significant harm to other watercourse states.<sup>106</sup> There is a general duty of the Parties to maintain and protect the installations located within their territories, and a specific obligation to enter into consultation with regard to the safe operation, maintenance and protection of the installations and facilities.

Bearing in mind the UN Convention provisions related to equitable utilisation, no harm and those on the protection of the watercourse ecosystems discussed above, it is possible to conclude the following conclusions:

Equitable utilisation does not help much as a parameter for providing for environmental flows, except when a failure to provide an adequate environmental flow could be considered inequitable and thus be rendered incompatible with the no harm rule;

---

<sup>101</sup> Article 21.

<sup>102</sup> Article 20.

<sup>103</sup> Article 24.

<sup>104</sup> Article 25.

<sup>105</sup> Article 8.

<sup>106</sup> Article 26.

There is, nevertheless, an aspect in which the provision of environmental flows and equitable utilisation are similar. An environmental flows regime encompasses issues of water quantity and quality, and how and when water is released. The agreed environmental flows regime represents a societal choice about river health. The determination of the regime within an international watercourse will be the result of the choices made by societies from different basin states. Environmental flows, like equitable utilisation, are “not an abstract and static state of affairs but one that must be arrived at through an ongoing comparison of the situations and uses of the states concerned”<sup>107</sup>.

### **Convention on the Protection and use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Helsinki Convention)<sup>108</sup>**

The Helsinki Convention, adopted within the framework of the United Economic Commission for Europe, provides a legal framework for regional co-operation on transboundary waters<sup>109</sup>. It is an instrument of great importance since several bilateral and multilateral agreements between European countries are based on its principles and provisions.<sup>110</sup> Parties are obliged to prevent, control and reduce transboundary impacts, i.e. significant adverse effects on the environment. These can be effects on flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape and historical monuments and other physical structures, and the interaction among these factors. They also include harm to the cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors.<sup>111</sup> Even though the notion of landscape has not been defined in the Convention, it is recognised that natural and cultural values requires a level of protection.

The Helsinki Convention provides no specific provisions on environmental flows. Nevertheless, several articles relating to environmental protection indicate that the provision of environmental flows in a transboundary context can be implicitly included in its articles. For example:

- the Parties shall ensure that transboundary waters are used in a reasonable and equitable way, with the aim of conserving them and protecting the environment;<sup>112</sup>
- the Convention contains a general provision establishing a duty of the Parties to co-operate on the basis of equality and reciprocity in the preparation of strategies, programmes and policies, covering the relevant catchment areas and with a view of preventing and controlling pollution and

<sup>107</sup> Mc Caffrey, S. *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*. Oxford University Press, New York, 2001, pp 342.

<sup>108</sup> Adopted in Helsinki 17 March 1992, entry into force 6 October 1996, 30 ILM 800.

<sup>109</sup> Transboundary waters are defined in Article 1.1 as “any surface or ground waters which mark, cross or are located on boundaries between two or more States...”

<sup>110</sup> A first example is the 1994 Convention on Co-operation for the Protection and Sustainable Use of the River Danube (Sofia, 29 June 1994, [www.transboundarywaters.orst.edu](http://www.transboundarywaters.orst.edu)). Another example is the 1999 Convention on the protection of the Rhine (Bern, 12 April 1999, Official Journal of the European Communities, L 289, 16 November 2000, pp. 31-37).

<sup>111</sup> Article 1.2.

<sup>112</sup> Article 2.2 b and c.

protecting the watercourse environment or the environment influenced by the watercourse (including the marine environment);<sup>113</sup>

- apart from the duties referring to pollution prevention and control, the Helsinki Convention indicates that Parties shall adopt measures on environmental impact assessment, and promote the sustainable management of the water resources based on an ecosystem approach;<sup>114</sup> and
- as explained above, providing for environmental flows not only has to do with quantity but also with quality issues. According to the Helsinki Convention, each Party shall define water-quality objectives and adopt water-quality criteria for the purpose of reducing transboundary impacts (within which, environmental flows can be considered a precondition).<sup>115</sup> Annex III of the Convention contains general guidance on how to establish these objectives and criteria.

### **Protocol on Shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community (SADC Protocol)<sup>116</sup>**

The SADC Protocol represents an attempt to apply the concept of sustainable development<sup>117</sup> to the management regime of Southern African shared watercourses. It recognises the sovereign right of each Party to utilise the watercourse within its territory. However, it further recognises that the application of customary international law rules, particularly the community of interests in the equitable utilisation of the waters, and determines the relevant factors and circumstances that help to define equitable utilisation.<sup>118</sup>

The SADC Protocol contains a provision that indirectly refers to the subject of this paper. It establishes that Parties “shall maintain and protect shared watercourse systems and related installations, facilities and other works in order to prevent pollution of environmental degradation.”<sup>119</sup>

### **Revised Protocol on Shared Watercourse Systems in the Southern Africa Development Community (Revised SADC Protocol)<sup>120</sup>**

The Revised SADC Protocol has the objective to foster closer co-operation for the sustainable and co-ordinated management, and protection and utilisation of shared watercourses. Parties are to harmonise the water uses in the shared watercourses, and to ensure that all necessary interventions are consistent with the

<sup>113</sup> Article 2.6.

<sup>114</sup> Article 3.1.

<sup>115</sup> Article 3.3.

<sup>116</sup> Signed in Johannesburg 28 August 1995, entry into force 28 September 1998, [www.sadc.int](http://www.sadc.int).

<sup>117</sup> Note that Article 2.3 establishes that “Member States lying within the basin of a shared watercourse system shall maintain a proper balance between resource development for higher standard of living for their people and conservation and enhancement of the environment to promote sustainable development.

<sup>118</sup> Article 2.6. and 2.7.

<sup>119</sup> Article 2.12.

<sup>120</sup> Signed in Windhoek 7 August 2000, has not yet entered into force, [www.sadc.int](http://www.sadc.int).

sustainable development of all Watercourse States. With regard to the protection of water ecosystems, the Revised Protocol follows the wording of the UN Convention. Parties shall, individually and, where appropriate, jointly, protect and preserve the ecosystems of a shared watercourse, including estuaries and – presumably – the coastal and influenced marine environment.<sup>121</sup>

The Revised Protocol includes a provision, although weak in its wording, related to flows management: Parties shall co-operate, where appropriate, to respond to needs or opportunities for regulation of the flow of the waters of a shared watercourse.<sup>122</sup> Finally it should be noted that the protocol also provides for the protection and safety of watercourse installations.

## CONCLUSIONS

Many of the legal instruments analysed in this paper are useful tools for nature conservation in general, but very few of them offer a direct and comprehensive regime for the protection of water resources. Nevertheless, at the global and regional level there are a number of different means and legislative techniques that could serve as legal foundation for establishing frameworks for the protection of landscapes and their inherent elements.

Out of the instruments dealing with landscapes very few of them give specific attention to water resources. The preliminary conclusion that can be drawn is that it appears to be difficult to protect water as an isolated element through traditional landscape conservation. Water is a moving element and as it crosses borders it is perhaps not best tackled in a landscape view, unless the entire body of water is protected.

A common feature of the “landscape treaties” analysed is that there needs to be an area regarded as exceptional or at least possess some kind of special features in order to be “labelled” as worthy of protection. A terrestrial area cannot achieve the protection of national park under the Benelux Convention, the World Heritage Convention, the Western Hemisphere Convention, the African Convention, and the Apia Convention, unless it is regarded by man as an area of great beauty. The European Landscape Convention represents an exception to this with an explicit provision acknowledging the worth of ordinary landscapes. However, the purpose of the European Landscape Convention is not to offer the Contracting Parties tools for establishing such areas. Under that instrument Parties shall rather protect, plan and manage on a co-operative level already existing landscapes.

Another remark on the use of national parks as a method for protecting water landscapes is that, as it is used at the national level, they only protect a stretch or a part of a river. The portion of the river flowing beyond a state’s national park borders will probably not be granted any protection once it has crossed the protecting state’s border.

---

<sup>121</sup> Article 4.

<sup>122</sup> Article 4.3(b).

What seems to be lacking at the international level is an instrument to protect freshwater resources with aesthetic and recreational values in landscapes extending over two or more states. If the landscape picture consists mostly of freshwater resources and the element to be protected in the picture is exactly the freshwater, should one not rather use another term that more explicitly shows that one is dealing with an aquatic system? Can a river be considered a landscape? The word and the definition of a landscape indicates self-evidentially that it refers to an area of *land*. But if one separates the word landscape into two, and adds the suffix *scape*<sup>123</sup> to the word river instead, one creates the word “riverscape”.<sup>124</sup>

In an effort to find legal techniques for the conservation of water resources, it is necessary to be inventive, in the sense of not only extending already existing methods to suit other needs, but to come up with new ones. Riverscapes, as a concept, could tentatively be introduced as an independent category of law to give a clearer picture to the rivers that exist within a landscape as an element in its own right.

However, the practical implementation of such a notion beyond the boundaries of one single country will be difficult since the concept of landscape and riverscape involves, as noted above in this paper, physical and metaphysical considerations that vary from one country to another.

The use of a wild and scenic rivers approach brings the concept of environmental flows very close to the one on riverscapes. One could say that this particular case represents the application or incorporation of riverscapes in environmental flows.

Notwithstanding this consideration on what comes first (riverscapes or environmental flows), and bearing in mind that in practice a legal regime seeking the protection of a river because of its natural and aesthetic values will probably be a combination of different techniques and methods, it is worth noting that the notion of environmental flows understood as a regime encompassing quantity and quality objectives, as well as a societal judgement about a river’s health, provides a suitable vehicle to give a practical response for the conservation of riverscapes<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> The word *scape* can be used in combination with other words to form nouns denoting a view or a representation of a view, e.g. *moonscape*, *seascape* etc. See the Concise Oxford Dictionary of Current English, Clarendon Press Oxford, Oxford University Press Inc., New York Eighth Edition, 1990.

<sup>124</sup> For further reading on the word in the context of landscape ecology, see Ward, J.V. 1998. Riverine landscapes: Biodiversity patterns, disturbance regimes, and aquatic conservation. *Biological Conservation*. Vol. 83, No. 3: 269-278.

<sup>125</sup> See Iza, A., Scanlon, J., *International Legal Foundations for Environmental Flows*, Yearbook of International Environmental Law, Volume 14, Oxford University Press, 2003.

# PROPERTY TAX: A FRIEND OR FOE TO LANDSCAPE PROTECTION IN SOUTH AFRICA?

ALEXANDER PATERSON

BSocSci LLB LLM (UCT) Attorney of the High Court of South Africa.  
Lecturer at the Institute of Marine and Environmental Law, Law  
Faculty, University of Cape Town

*'Of all the powers of Government, other than its authority to declare war, none bears so incisively on the welfare of citizens – privately and in their economic enterprise – as does its power to tax.'*<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCTION

South Africa is fortunate to possess an exceptionally diverse array of landscapes.<sup>2</sup> These range from arid landscapes in the west and central regions to sub-tropical landscapes in the south and north-east, all of which are permeated by mountainous landscapes dividing the coastal lowlands from the interior. The protection of these landscapes is integral to safeguarding South Africa's rich diversity of ecosystems and species situated within them.<sup>3</sup>

During the course of the past ten years, the government has enacted a diverse array of environmental laws to protect South Africa's unique landscapes. One of the greatest challenges currently facing these landscapes, and which these laws partly seek to regulate, is changing land-use patterns. The abolition of 'apartheid'<sup>4</sup> in the early 1990s has significantly increased the number of citizens seeking access to land to undertake a range of activities such as agriculture, forestry, mining, stock farming and general industry. These activities are increasingly undertaken on previously undeveloped land and although contributing to national growth and development, frequently result in environmental degradation.

In addition, South Africa's transition to democracy has imposed immense challenges on national, provincial and local spheres of government to generate

---

<sup>1</sup> Lamont M. 'The Economics of a Land Tax' in *A Land Tax for the New South Africa* edited by Franzsen R. & Heyns C. (1992) The Centre for Human Rights, University of Pretoria, Pretoria.

<sup>2</sup> 'Landscape' is defined as 'an expanse of natural inland scenery' (*New Penguin English Dictionary* (2000) Penguin Books, England at 785). The term would therefore appear to include the physical landscapes themselves and natural resources located within them.

<sup>3</sup> South Africa ranks as the third most biologically diverse country in the world (World Conservation Monitoring Centre, *Global Biodiversity Status of the Earth's Living Resources* (1992) Chapman & Hall, London).

<sup>4</sup> 'Apartheid' refers to the official national government policy of racial segregation which was introduced in 1948 and abolished in 1994.



income to fund reconstruction and development programmes to remedy previous inequalities. One of the important revenue sources available to the government is property tax,<sup>5</sup> effectively a land tax imposed on private landowners proportionate to the market value of their property. The government has recently reformed the property tax system and all land in South Africa, as opposed to only land in urban areas under the current regime, will be subjected to property tax.<sup>6</sup> This new property tax system may undermine landscape protection in South Africa when it comes into force later this year.<sup>7</sup> This is due to the fact that it may increase the holding cost of land and compel landowners to change their current land-use to generate income necessary to fund their property tax liabilities.

This paper explores the manner in which South Africa's new property tax regime poses challenges and creates opportunities for landscape protection. It is divided into three main parts. Part one provides a brief overview of the South Africa's current land-use patterns which impact on landscapes. Part two considers the array of legal mechanisms currently used to protect South Africa's landscapes. Part three examines the new property tax regime and the manner in which it may impact on the implementation of the above legal mechanisms which regulate land-use and ultimately provide for landscape protection.

## 2. CURRENT LAND-USE PATTERNS IN SOUTH AFRICA

In order to understand the influence the new property tax regime may have on South Africa's natural landscapes, it is first necessary to briefly consider current land-use patterns which impact on these landscapes. These broad land-use patterns are reflected in Map 1.

Land-use in South Africa can generally be divided into six main categories which, according to the most recently available statistics, constitute the following approximate national percentages: natural vegetation<sup>8</sup> (seventy-eight percent); agriculture (twelve percent); conservation (five percent); commercial forestry (one and a half percent); land covered by buildings and structures (one percent).<sup>9</sup>

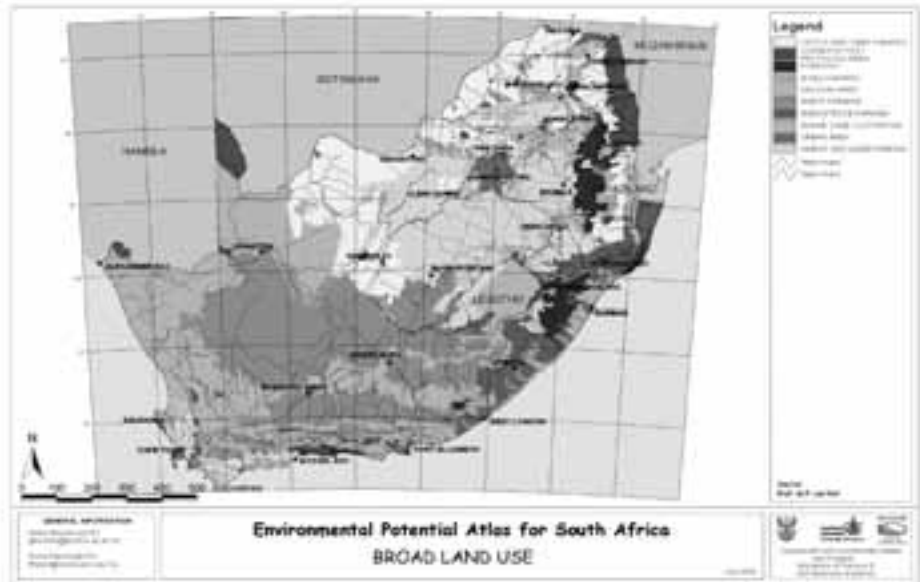
<sup>5</sup> In the South African context, the term 'property tax' refers to the tax levied by government on a landowner the quantum of which is determined by the market value of the property and the improvements made to it. Local governments are empowered to levy property tax which is used to fund their activities. Property tax is distinct from various other land taxes levied in South Africa such as transfer duty (tax levied on the transfer of property), capital gains tax (tax levied on a capital gain generated from the sale of a capital asset such as land) and estate duty (tax levied on the estate of a deceased). The ambit of this paper is limited to property tax as defined above. For a discussion of the impact of income tax, transfer duty and estate duty on biodiversity conservation in South Africa, see Paterson A. 'Tax Incentives – Valuable Tools for Biodiversity Conservation in South Africa' (2005) 1 *South African Law Journal* 182.

<sup>6</sup> This reform is enacted through the following laws: Local Government: Municipal Property Rates Act (6 of 2004); Local Government: Municipal Systems Act (32 of 2000); Local Government: Municipal Demarcation Act (27 of 1998); and Local Government: Municipal Structures Act (117 of 1998).

<sup>7</sup> The Local Government: Municipal Property Rates Act (op cit note 6), which prescribes the framework for the new property tax regime, will commence on 2 July 2005.

<sup>8</sup> Land classified as 'natural vegetation' is generally retained in its natural state and remains undeveloped. However, this category includes those areas subject to cattle, sheep and game farming activities.

<sup>9</sup> *Natural Resource Accounts: Land accounts – including land-use and land-cover – for South Africa: Discussion Documents* (2003) Pretoria, Statistics South Africa at 27.

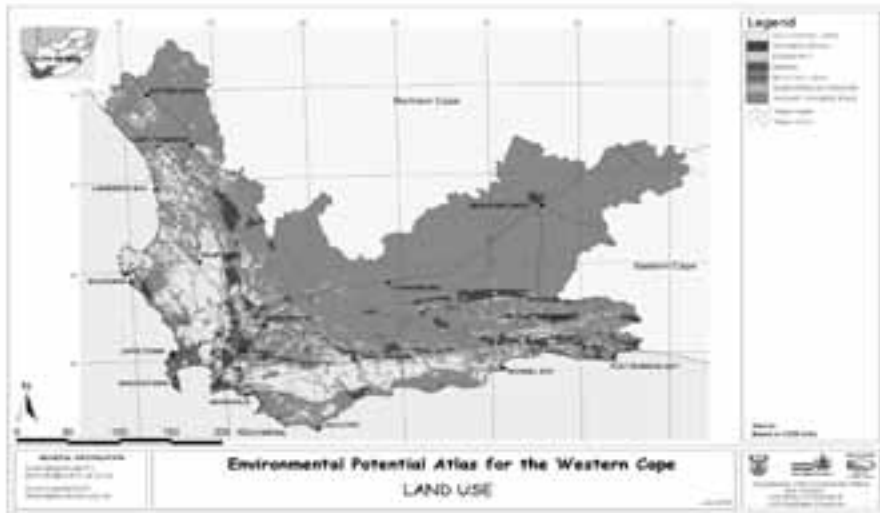
**Map 1<sup>10</sup>**

South Africa's land-use patterns are, however, shifting. Urban boundaries are encroaching on rural areas as a result of rapid urbanisation.<sup>11</sup> Rural areas are subject to increasing development pressures as the government seeks to redress inequalities with regard to land access and stimulate rural economic development. Landscapes worthy of conservation are predominantly situated within these rural areas and they are accordingly increasingly under threat. This tension between equitable socio-economic development and landscape protection is very evident in the Western Cape Province (Western Cape).

<sup>10</sup> *Environmental Potential Atlas* (2000) Department of Environmental Affairs and Tourism (available at <http://www.environment.gov.za/Enviro-Info/enpat.htm>).

<sup>11</sup> See generally *Census 2001: Investigation into appropriate definitions of urban and rural areas for South Africa: Discussion document/ Statistics South Africa*. (2003) Pretoria, Statistics South Africa [Report No. 03-02-20 (2001)]. This Report highlights the shift of South Africa's rural populations to the main urban centres.

## Map 2<sup>12</sup>



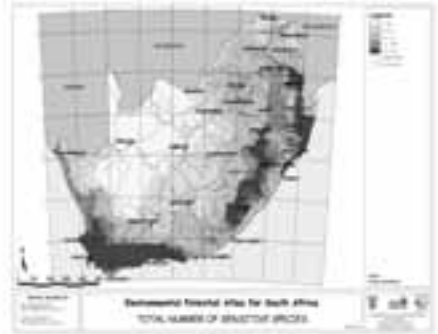
Land-use patterns in the Western Cape, as reflected in Map 2 above, largely echo national patterns. The majority of land constitutes natural vegetation<sup>13</sup> followed by agriculture, conservation and forestry. The Western Cape is home to numerous landscapes requiring protection as they contain sensitive features<sup>14</sup> and/or provide habitats for sensitive species.<sup>15</sup> These landscapes are increasingly threatened. Many are situated in areas subject to competing land-uses such as agriculture, forestry and stock farming. A very small percentage of sensitive are currently conserved in formal protected areas. In addition, government initiatives to achieve equitable land redistribution and stimulate rural development have resulted in the encroachment and development of various sensitive landscapes.

<sup>12</sup> Op cit note 8.

<sup>13</sup> Reflected as 'vacant/unspecified' in Map 2.

<sup>14</sup> See Map 3 which reflects the geographical location of sensitive features in the Western Cape. The threshold of 'sensitivity' was determined by considering the natural or environmental characteristics (land types, soils, vegetation and hydrology) and social-economic factors (land cover, cadastral aspects and infrastructure, land use and culture) of a given area. These two sets of information were combined and assessed in terms of their potential or latent environmental sensitivity. Sensitivity was assigned based on the ability of a resource to absorb change or impact. A value of zero indicates a low sensitivity (thus a high ability to accept change) and a value of one indicates a high sensitivity (a low ability to accept change). Areas of low sensitivity are in theory, available or suitable for development.

<sup>15</sup> See Map 4 which reflects the geographical location of sensitive species in the Western Cape.

**Map 3<sup>1</sup>****Map 4<sup>17</sup>**

So what legal mechanisms are currently prescribed in South African legislation to conserve these sensitive landscapes?

### **3. LEGAL MECHANISMS AIMED AT LANDSCAPE PROTECTION**

#### **3.1 Overview of Available Legal Mechanisms**

The inclusion of an environmental right in the Constitution of the Republic of South Africa Act<sup>18</sup> (the Constitution) has led to the enactment of numerous environmental laws in the past ten years as the government seeks to fulfill its constitutional mandate to ‘...take reasonable legislative and other measures that: (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources.’<sup>19</sup> These laws prescribe a broad array of legal mechanisms aimed, directly<sup>20</sup> and indirectly,<sup>21</sup> at achieving landscape protection. Various laws are framework in nature

<sup>16</sup> Op cit note 8.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Act 108 of 1996 (section 24).

<sup>19</sup> Ibid section 24(b).

<sup>20</sup> ‘Direct’ refers to those mechanisms which expressly provide for landscape protection. A typical example is providing for the declaration of protected areas to conserve certain designated landscapes.

<sup>21</sup> ‘Indirect’ refers to those mechanisms, which do not expressly provide for landscape protection but are indirectly relevant as they will ultimately impact on landscape protection. A typical example is regulating alien invasive vegetation. Although not specifically providing for the protection of landscapes, the regulation of this vegetation is indirectly relevant to landscape protection given the significant impact it can have on indigenous species and the landscapes in which they are located.

while the remainder can generally be divided into three main groups according to their main area of concern: land-use planning; natural resources; and pollution control and waste management. It is necessary to consider these legal mechanisms prior to analysing the impact South Africa's new property tax regime may have on their implementation.

### 3.1.1 Framework Legislation

The National Environmental Management Act<sup>22</sup> (NEMA) is South Africa's main framework environmental law. NEMA aims to prescribe an integrated environmental management framework for South Africa in main two ways. Firstly, it gives effect to the overarching principles of co-operative governance set out in the Constitution<sup>23</sup> and co-ordinates the functions of the myriad authorities whose activities may impact on the 'environment'.<sup>24</sup> This is achieved through the prescription of national environmental management principles which bind the actions of all 'organs of state'<sup>25</sup> that may significantly affect the environment,<sup>26</sup> and the mandatory adoption of various environmental plans by organs of state which exercise functions that may affect, or involve the management of, the environment.<sup>27</sup> Given that the landscape constitutes an integral part of the environment, organs of state must comply with these national environmental management principles and relevant plans when exercising functions or making decisions which may impact on South Africa's landscapes.

Secondly, NEMA aims to fulfill the government's constitutional imperative to take 'reasonable legislative and other measures' to protect the environment. Two of the most important provisions in the context of landscape protection are: imposing a duty of care on individuals to prevent and remediate pollution or de-

<sup>22</sup> Act 107 of 1998.

<sup>23</sup> Op cit note 18, chapter 3.

<sup>24</sup> 'Environment' is exceptionally broadly defined as '...the surroundings within which humans exist and that are made up of – (i) the land, water and atmosphere of the earth; (ii) micro-organisms, plant and animal life; (iii) any part or combination of (i) and (ii) and the interrelationships among and between them; and (iv) the physical, chemical, aesthetic and cultural properties and conditions of the foregoing that influence human health and wellbeing' (section 1).

<sup>25</sup> 'Organ of state' is defined in the Constitution (op cit note 18) as '...(a) any department of state or administration in the national, provincial or local sphere of government; or (b) any other functionary or institution – (i) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation, but does not include a court or judicial officer' (section 239).

<sup>26</sup> Section 2. These principles include a number directly relevant to landscape protection: the disturbance of landscapes, ecosystems and loss of biological diversity must be avoided or where it cannot be altogether avoided, must be minimised and remedied (section 2(4)(a)(i) and (iii)); the pollution and degradation of the environment must be avoided or where it cannot be altogether avoided, must be minimised and remedied (section 2(4)(a)(ii)); and a risk-averse and cautious approach must be applied (section 2(4)(a)(vii)). These principles guide the formulation of environmental management and implementation plans; serve as guidelines by reference to which organs of state must exercise any function under NEMA or other statutory provisions concerning the protection of the environment; and guide the interpretation, administration and implementation of NEMA and any other law concerned with the protection or management of the environment (section 2(1)).

<sup>27</sup> See sections 11-16. National government departments exercising functions which may affect the environment and provincial governments must prepare environmental implementation plans. National government departments exercising functions involving the management of the environment must prepare environmental management plans. NEMA prescribes the broad content and procedure for approving these plans.

gradation of the environment;<sup>28</sup> and compelling individuals to undertake a range of measures where an incident may cause serious pollution or detriment to the environment.<sup>29</sup>

### 3.1.2 Land-Use Planning Legislation

South Africa's land-use planning legislation adopts three main mechanisms to regulate land-use and ensure the sustainable development of South Africa's landscapes. Firstly, national<sup>30</sup> and provincial<sup>31</sup> laws prescribe a range of planning tools including: integrated development plans;<sup>32</sup> structure plans;<sup>33</sup> zoning schemes;<sup>34</sup> and subdivision.<sup>35</sup> Secondly, many laws allow for the establishment of protected areas to which public access is restricted and within which activities are strictly regulated.<sup>36</sup> Thirdly, various laws prescribe comprehensive environmental impact assessment procedures which must precede certain activities and developments.<sup>37</sup>

<sup>28</sup> Section 28. NEMA lists the range of persons subject to the duty (section 28(2)) and examples of what constitute 'reasonable measures' (section 28(3)). The Act allows the relevant government authority to take these measures, and recover their costs in doing so, where any person fails to comply with a directive calling upon him/her to comply with his/her duty of care (section 28(4) - section 28(12)). Significantly, this liability appears to be strict in nature and the duty of care to have retrospective operation. A similar provision is prescribed in section 31A of the Environment Conservation Act (73 of 1989) and section 19 of the National Water Act (36 of 1998).

<sup>29</sup> Section 30. NEMA imposes a range of duties on persons who are responsible for the incident. These persons must generally: immediately report the incident to a range of authorities (section 30(3)); take various measures to contain, minimize the impacts and clean up the environment affected by the incident (section 30(4)); and report on the outcomes of these measures to the authorities (section 30(5)). It also allows the relevant government authority to take these measures, and recover its costs in doing so where any person fails to comply with a directive calling upon him/her to comply with his/her duty of care (section 30(6) - section 30(10)). This liability similarly appears to be strict in nature.

<sup>30</sup> The main national planning laws are the: Development Facilitation Act (67 of 1995); Local Government Transition Act (209 of 1993); Physical Planning Act (125 of 1991); Black Communities Development Act (4 of 1984); and Less Formal Townships Establishment Act (113 of 1991).

<sup>31</sup> Each province in South Africa promulgated its own planning Ordinance or Act to regulate planning at provincial level. These include the: Land-Use Planning Ordinance (15 of 1985) (applicable in the Western Cape, Northern Cape and Eastern Cape); Townships Ordinance (9 of 1969) (applicable in the Free State); Town Planning and Township Ordinance 19 of 1986 (Gauteng, Mpumalanga, Limpopo, North West Province); and KwaZulu-Natal Planning and Development Act (5 of 1998).

<sup>32</sup> The Local Government: Municipal Systems Act (op cit note 6) requires all municipalities to adopt integrated development plans (IDP's). These IDP's must contain a spatial development framework which provides basic guidelines for the development of municipal land-use management systems. IDP's are the main planning instrument which guide and inform all municipal planning and development. See generally chapter 5 of the Act.

<sup>33</sup> See paragraph 3.2.1 below.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Provincial Planning Ordinances and Acts contain provisions regulating the subdivision of property so as to ensure that the density of development in any area is not unduly increased. Persons wishing to subdivide their property generally require the prior approval of the relevant local government authority.

<sup>36</sup> See paragraph 3.2.2 below.

<sup>37</sup> Environmental impact assessment (EIA) has played an integral role in protecting South Africa's landscapes for a number of years. Varying forms of EIA are prescribed in many laws including: NEMA (op cit note 22); Environment Conservation Act (op cit note 28); Off-Road Vehicles Regulations promulgated under the NEMA in GNR 1399, *Government Gazette* No. 22960 dated 21 December 2001; Minerals and Petroleum Resources Development Act (28 of 2002); Regulations promulgated under the Development Facilitation Act (op cit note 30) in GNR 1, *Government Gazette* No. 20775 dated 7 January 2000; National Water Act (op cit note 28); Marine Living Resources Act (18 of 1998); and National Heritage Resources Act (25 of 1999). These laws adopt a range of methods for identifying which activities require an EIA and the procedures to be followed when undertaking an EIA. The Environment Conservation Act and NEMA prescribe the overall framework for EIA in South Africa.

### 3.1.3 Natural Resource Legislation

The government has developed a prolific array of laws to manage the use and conservation of South Africa's remarkably rich abundance and diversity of natural resources.<sup>38</sup> The legal mechanisms prescribed in these laws to regulate natural resource are relevant to landscape protection as the protection of the resource commonly results in the protection of the landscape where the resource is situated.

These laws adopt a broad range of legal mechanisms to ensure the sustainable use and conservation of South Africa's natural resources which include: planning frameworks;<sup>39</sup> the establishment of voluntary institutions to manage various natural resources in a given area;<sup>40</sup> environmental impact assessment;<sup>41</sup> permitting regulating access to, the use of and activities which may detrimental impact on natural resources;<sup>42</sup> mandatory adoption of environmental management plans regulating exploitation;<sup>43</sup> duty of care provisions;<sup>44</sup> remedial measures and directives;<sup>45</sup> and offence provisions.

### 3.1.4 Pollution Legislation

South Africa is experiencing ever increasing levels of pollution of various environmental media caused predominantly by the pressures of industrial development, rapid population growth and urbanisation. In response, the government has enacted many laws to regulate the pollution of its terrestrial,<sup>46</sup> atmospheric,<sup>47</sup> fresh water<sup>48</sup> and marine environments.<sup>49</sup> Although these laws are relevant to lan-

<sup>38</sup> The main laws regulating South Africa's terrestrial natural resources include: National Water Act (op cit note 28); National Environmental Management: Biodiversity Act (10 of 2004); Minerals and Petroleum Resources Development Act (op cit note 37); Conservation of Agricultural Resources Act (43 of 1983); National Forests Act (84 of 1998); National Veld and Forest Fire Act (101 of 1998); and various provincial conservation ordinances and Acts.

<sup>39</sup> Planning frameworks include: national water resource and catchment management strategies under chapter 2 of the National Water Act (op cit note 37); and bioregional plans and biodiversity management plans under the National Environmental Management: Biodiversity Act (discussed in detail in paragraph 3.2.3 below).

<sup>40</sup> See paragraph 3.2.3 below.

<sup>41</sup> Op cit note 37.

<sup>42</sup> Natural resource laws which make provision for permitting regimes include: National Water Act (op cit note 28) with regard to the use of water (see chapter 4 generally); Minerals and Petroleum Resources Development Act (op cit note 37) with regard to prospecting for and mining minerals (see sections 13-27); National Forests Act (op cit note 38) with regard to destruction of natural forests (section 7); and National Environmental Management: Biodiversity Act (op cit note 38) with regard to activities undertaken in threatened or protected ecosystems (section 53), alien species (section 65), invasive species (section 71) and the release of genetically modified organisms (section 78).

<sup>43</sup> See, for example, section 30 of the Minerals and Petroleum Resources Development Act (op cit note 37).

<sup>44</sup> See, for example, section 19 of the National Water Act (op cit note 28), and section 69 (alien species) and section 73 (invasive species) of the National Environmental Management: Biodiversity Act (op cit note 38).

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Laws regulating pollution in the terrestrial environment include: the Environment Conservation Act (op cit note 28); Hazardous Substances Act (15 of 1973); and Fertilizers, Farm Feeds, Agricultural Remedies and Stock Remedies Act (36 of 1947).

<sup>47</sup> The main laws regulating air pollution is the Atmospheric Pollution Prevention Act (45 of 1965). This Act will shortly be repealed by the National Environmental Management: Air Quality Act (39 of 2004).

<sup>48</sup> Laws regulating pollution in the fresh water environment include the National Water Act (op cit note 28) and various Provincial Conservation Ordinances and Acts.

<sup>49</sup> Laws regulating pollution of the marine environment include: Marine Traffic Act (2 of 1981); Merchant Shipping Act (57 of 1951); Wreck and Salvage Act (94 of 1996); Marine Pollution (Prevention of Pollution from Ships) Act (2 of 1986); Marine Pollution (Intervention Act) (64 of 1987); Marine Pollution (Control and Liability) Act (6 of 1981); Dumping at Sea Control Act (73 of 1980); NEMA (op cit note 22); National Water Act (op cit note 28); Minerals and Petroleum Resources Development Act (op cit note 37); Marine Living Resources Act (18 of 1998); Sea-Shore Act (21 of 1935); and Maritime Zones Act (15 of 1994).

dscape protection as the pollution of the above media have the potential to significantly degrade natural landscapes, the commencement of the new property tax regime will not generally impact on their administration. They accordingly fall outside the scope of this paper.

### **3.2 Legal Mechanisms of Relevance to Property Tax**

As is evident from the above brief analysis of South Africa's environmental legislation, there are many legal mechanisms relevant to landscape protection. However, the introduction of South Africa's new property tax regime may only impact on certain of these mechanisms, namely: structure plans and zoning schemes; protected areas; and various natural resource conservation measures. These specific legal mechanisms are considered in more detail below.

#### **3.2.1 Structure Plans and Zoning Schemes**

Structure plans and zoning schemes are two key mechanisms used to control land-use and development at local government level. Both mechanisms are regulated by provincial planning legislation and implemented at local government level. Although complementary, they are distinct. The general purpose of a structure plan is to lay down policy guidelines for the future spatial development of an area. In comparison, a zoning scheme prescribes landowners' development rights and obligations and is used to regulate land-use and development within a given area. A zoning scheme must be informed by the relevant structure plan.

Zoning schemes currently provide for a range of land-use categories.<sup>50</sup> One important category in the context of landscape protection, which exists in the majority of local government zoning schemes throughout South Africa, is 'open space'. Land zoned as 'open space' is typically reserved for nature reserves and conservation use. Development is subject to strict control and generally requires the prior approval of an environmental management plan. Various zoning schemes also enable local governments to impose 'overlay zones' to address local or site specific issues.<sup>51</sup> An 'overlay zone' does not alter the base zoning of the property but allows the local government to impose additional land-use restrictions to those contained in the base zoning. Various categories of 'overlay zones' are utilised including 'environmental resource overlays' which are imposed to protect and manage the special natural and environmental characteristics of an area, to encourage a form of development that responds sensitively to these characteristics and to promote sustainable development. Once imposed, the submission and approval of an environmental management plan is similarly a prerequisite to development.

<sup>50</sup> Land-use categories generally include the following: residential; community; business; mixed use; industry; transport; agriculture; rural; and open space.

<sup>51</sup> See, for example, chapter 15 and chapter 16(2) of the City of Cape Town Zoning Scheme (Draft 2) published for comment in January 2005 (available at <http://www.capetown.gov.za/notices>).



These zoning schemes provide important tools in the context of landscape protection as developments undertaken on land zoned as open space or subject to an environmental resource overlay are subject to strict regulation.

### 3.2.2 Protected Areas

The designation of protected areas is a further key legal mechanism for ensuring landscape protection. South Africa has a fragmented array of national and provincial laws that provide for the declaration of approximately twenty five different types of terrestrial protected areas.<sup>52</sup> The main types of protected areas, and the purpose underlying their establishment, are set out in the table below.

Type of Protected Area	Purpose
National Park <sup>53</sup>	Preserve and study wild animals, marine and plant life and objects of geological, archaeological, historical and other related scientific interests
Special Nature Reserve <sup>54</sup>	Protect highly sensitive, outstanding ecosystems, species or geological or physical features in the area; and to make the area primarily available for scientific research or environmental monitoring
Nature Reserve <sup>55</sup>	Protect area which has significant natural features or biodiversity; is of scientific, cultural, historical or archaeological interest; or is in need of long-term protection for the maintenance of its biodiversity
Protected Environment <sup>56</sup>	Regulate area as a buffer zone for the protection of a special nature reserve, world heritage site or nature reserve; enable owners of land to take collective action to conserve biodiversity on their land; protect the area if it is sensitive to development due to its biological diversity, natural characteristics, scientific, cultural, historical, archeological or geological value or scenic and landscape value; or to protect a specific ecosystem outside of a special nature reserve, world heritage site or nature reserve
National Botanical Garden <sup>57</sup>	Conserve biodiversity of plant species
Limited Development Area <sup>58</sup>	Regulate development within certain defined sensitive areas
Lake Development Area <sup>59</sup>	Land comprising or adjoining a tidal lagoon, a tidal river or any part thereof, or any other land comprising or adjoining a natural lake or a river or any part thereof, which is within the immediate vicinity of a tidal lagoon or a tidal river
Mountain Catchment Area <sup>60</sup>	Regulate the conservation, use, management and control of land situated in mountain catchments
Forest Nature Reserve <sup>61</sup>	Protect natural forests
Forest Wilderness Area <sup>62</sup>	Protect representative samples of wilderness areas
World Heritage Site <sup>63</sup>	Purposes prescribed in World Heritage Convention <sup>64</sup>
Heritage Site <sup>65</sup>	Protect landscapes, natural features of cultural significance and geological sites of scientific or cultural importance
Heritage Area <sup>66</sup>	Protect any place of environmental or cultural interest
Protected Area <sup>67</sup>	Conserve land surrounding any national or provincial heritage site which is reasonably necessary to ensure its protection
Local Nature Reserve <sup>68</sup>	Declare protected area on land subject to control of provincial administration
Private Nature Reserve <sup>69</sup>	Declare protected area on land subject to control of local government
Provincial Nature Reserve <sup>70</sup>	Declare protected area on land subject to control of local government
Conservancy <sup>71</sup>	Conserve certain areas, extend the protected area network and to increase public awareness regarding the wise use of natural environments
Biosphere Reserve <sup>72</sup>	To contribute to the conservation of landscapes, ecosystems, species and genetic variation; to foster economic and human development which is socio-culturally and ecologically sustainable; and to provide support for research, monitoring, education and information exchange related to local, national and global issues of conservation and development
Transfrontier Peace Parks <sup>73</sup>	Protect areas that straddle international boundaries

<sup>52</sup> The majority of laws adopt traditional approaches to managing protected areas by appointing management authorities, restricting access and limiting the range of activities that can be undertaken.

To date, approximately five percent of South Africa's landscapes have been incorporated into the above types of protected areas, the majority of which comprises of state land.<sup>74</sup> However, many landscapes requiring protection fall outside these protected areas.<sup>75</sup> This is due to the fact that the majority of landscapes worthy of protection are situated on private land<sup>76</sup> which the government does not have the financial resources to purchase for incorporation. The effect has been catastrophic if one considers, for example, that approximately fifty of South Africa's sixty-eight vegetation types are less than ten percent conserved<sup>77</sup> and the majority of important bird areas fall outside these protected areas.<sup>78</sup>

The government has recently announced that it intends increasing the proportion of land conserved in protected areas to ten percent.<sup>79</sup> In order to overcome the challenges posed by private ownership, the government has been compelled to create alternative legal mechanisms to incorporate both private and state land

<sup>53</sup> Section 4 of National Parks Act (57 of 1976).

<sup>54</sup> Section 18(2) of National Environmental Management: Protected Areas Act (57 of 2003).

<sup>55</sup> *Ibid* section 23(2).

<sup>56</sup> *Ibid* section 28(2).

<sup>57</sup> Section 33 of National Environmental Management: Biodiversity Act (op cit note 38).

<sup>58</sup> Section 23 of Environment Conservation Act (op cit note 28).

<sup>59</sup> Section 2(1) of Lake Areas Development Act (39 of 1975).

<sup>60</sup> Preamble to Mountain Catchment Areas Act (63 of 1970).

<sup>61</sup> Section 8 of National Forests Act (op cit note 38).

<sup>62</sup> *Ibid*.

<sup>63</sup> Section 1 of World Heritage Convention Act (49 of 1999).

<sup>64</sup> Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (11 *International Legal Materials* 1358 (1972)).

<sup>65</sup> Section 3 read with section 27 of the National Heritage Resources Act (op cit note 37).

<sup>66</sup> *Ibid* section 31(1).

<sup>67</sup> *Ibid* section 28.

<sup>68</sup> Various Provincial Conservation Ordinances and Acts. See, for example, section 7 of the Western Cape Nature Conservation Ordinance (19 of 1974).

<sup>69</sup> See, for example, section 21 of the Western Cape Nature Conservation Ordinance (supra note 68).

<sup>70</sup> See, for example, section 9(2) of the Western Cape Nature Conservation Ordinance (supra note 68).

<sup>71</sup> There is no legislation governing the establishment of conservancies. They effectively amount to contractual agreements between adjoining landowners to co-operatively manage an area in the interests of conservation. Provincial nature conservation authorities have afforded them limited recognition by allowing for their registration. There are currently approximately thirty-eight conservancies registered in the Western Cape alone.

<sup>72</sup> There is no legislation governing the establishment of biosphere reserves. They are afforded international recognition by the United Nations Economic and Social Council's *Man and Biosphere Program*. South Africa has established various biosphere reserves including: Kogelberg (Western Cape); Cederberg (Western Cape); Waterberg (Limpopo); Kruger to Canyons (Mpumalanga); and Ekangala (Kwazulu-Natal).

<sup>73</sup> There is no legislation governing the establishment of transfrontier peace parks and they are regulated by international agreement. South Africa is a party to five such transfrontier peace parks: Kgalagadi Transfrontier Park (Botswana and Namibia); Great Limpopo Transfrontier Park (with Zimbabwe); Maloti-Drakensberg Transfrontier Conservation Development Area (with Lesotho); Ai-Ais/Richtersveld Transfrontier Conservation Park (with Namibia); and Lubombo Transfrontier Conservation and Resource Area (with Mozambique and Swaziland).

<sup>74</sup> Press release issued by Ministry of Environmental Affairs and Tourism on 9 October 2003.

<sup>75</sup> In the Western Cape, for example, the majority of protected areas are established in mountainous areas largely unsuitable for agriculture and the land is accordingly relatively cheap to purchase. This trend has resulted in many of the coastal lowlands, internationally recognized as biodiversity hotspots, remaining almost unprotected. See generally Driver A., Cowling R. and Maze K. *Planning for Living Landscapes: Perspectives and Lessons from South Africa* (2003) Botanical Society of South Africa, Cape Town at 8.

<sup>76</sup> Approximately eighty-four percent of land in South Africa is subject to private ownership.

<sup>77</sup> Wynberg R. 'A decade of biodiversity conservation and use in South Africa: tracking progress from Rio Earth Summit to the Johannesburg World Summit on Sustainable Development' (2002) 98 *South African Journal of Science* 233 at 237.

<sup>78</sup> Barnes K. (ed) *The Important Bird Areas of South Africa* (1998) Birdlife South Africa, Johannesburg.

<sup>79</sup> Speech during National Assembly Debate in Parliament on Budget Vote 28: Environmental Affairs & Tourism, by Martinus Van Schalkwyk, Minister of Environmental Affairs & Tourism, 17 June 2004.

within protected areas.<sup>80</sup> These legal mechanisms include: unilateral state declarations where the consent of relevant private landowner is not obtained;<sup>81</sup> and allowing for the incorporation of private land through both ‘formal’<sup>82</sup> and ‘informal’<sup>83</sup> agreements.

### 3.2.3 Natural Resource Conservation Mechanisms

Notwithstanding the fact that South Africa’s natural resource legislation is primarily concerned with the regulation of biological resources, it contains a range of mechanisms which will potentially contribute to landscape protection and may be affected by the introduction of the new property tax regime. The majority of these provisions are found in the National Environmental Management: Biodiversity Act<sup>84</sup> (Biodiversity Act).

Firstly, the Biodiversity Act allows for the designation of bioregions in respect of any geographical region which ‘...contains whole or several nested ecosystems and is characterised by its landforms, vegetation cover, human culture or history’.<sup>85</sup> Secondly, government authorities can declare certain areas as threatened and protected ecosystems where the ecological structure, function or composition of the area has been degraded as a result of human intervention.<sup>86</sup> The ability to declare bioregions and threatened and protected ecosystems is vital as thirty-four percent of South Africa’s terrestrial ecosystems are currently regarded as threatened.<sup>87</sup>

Thirdly, the Biodiversity Act prescribes a comprehensive regulatory framework to control alien and invasive plant species which threaten South Africa’s natural landscapes. According to recent estimations, these species have invaded eight percent of land in South Africa and at current rates of expansion their impact could double in the next fifteen years.<sup>88</sup> This regulatory framework includes

<sup>80</sup> Crowe T. ‘Developing a National Strategy for the Protection and Sustainable Use of South Africa’s Biodiversity’ (1996) 92 *South African Journal of Science* (1996) at 35.

<sup>81</sup> See, for example, the mountain catchment areas declared under section 2 of the Mountain Catchment Areas Act (op cit note 60).

<sup>82</sup> ‘Formal’ in the sense that a written contract has to be concluded between the Government and the private landowner prior to designation. Provision is generally made for these agreements to be registered against the title deeds of the private property concerned and they will therefore bind successive owners. See, for example, section 18(3) (special nature reserves), section 20(3) (national parks) and section 23(3) (nature reserves) of the National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54).

<sup>83</sup> ‘Informal’ in the sense that merely the consent of the landowner must be attained prior to designation. No contract need be concluded. See, for example, section 28(3) of the National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54) which provides for the declaration of protected environments.

<sup>84</sup> Op cit note 38. The majority of the Act came in to force on 1 September 2004 in terms of GN 47, *Government Gazette* No. 26887 dated 8 October 2004. Sections 49, 57, 65, 66, 71 and chapter 7 (Permits) came into effect on 1 April 2005. Chapter 6 (Access and Benefit Sharing) and s 105 come into effect on 1 January 2006.

<sup>85</sup> The national and provincial environmental ministers are empowered to declare bioregions and must publish a plan for the management of biodiversity and its components in such a region (section 40(1)). The Biodiversity Act provides for the regular review of these plans (section 42) and their practical implementation through biodiversity management agreements (section 43). These biodiversity management agreements can be entered into with any person, organisation or organ of state wishing to contribute to biodiversity management.

<sup>86</sup> Section 52. The consequence of such declaration is that certain activities listed by the Minister may not be undertaken in the area unless they are preceded by an environmental impact assessment (section 53).

<sup>87</sup> Speech by Mr Marthinus Van Schalkwyk, Minister of Environmental Affairs and Tourism, during the National Assembly Debate Budget Vote, 6 April 2005.

<sup>88</sup> Wynberg, op cit note 77 at 236-237.

three main mechanisms: permitting requirements to undertake various activities relating to alien invasive species;<sup>89</sup> the imposition of a duty of care on landowners to control and eradicate these species;<sup>90</sup> and the compulsory preparation and implementation of invasive species monitoring, control and eradication plans by various authorities.<sup>91</sup>

Finally, many laws provide for the establishment of voluntary landowner associations or committees to protect various natural resources. These institutions play a valuable role in managing soil conservation, natural vegetation, water resources and fire risk in the areas in which they have been established and include conservation committees,<sup>92</sup> fire protection associations<sup>93</sup> and water user associations.<sup>94</sup>

How will South Africa's new property tax regime affect the above mechanisms aimed at landscape protection?

#### 4. OVERVIEW OF SOUTH AFRICA'S PROPERTY TAX REGIME

Property tax has played a vital role in funding local government activities and in the mid 1990's constituted approximately twenty percent of local government revenue.<sup>95</sup> Given South Africa's unique history, it is likely to play an even more integral role as local government is tasked with remedying the inequalities caused by apartheid with regard to infrastructure development and the provision of basic services such as electricity, sanitation and access to water. The manner in which property tax is administered in South Africa has significantly changed since the abolition of apartheid and the advent of South Africa's constitutional democracy in 1996. In order to understand the impact of property taxes on landscape protection in South Africa, it is necessary to consider the property tax regime in both the pre-Constitutional and post-Constitutional period.

##### 4.1 Pre-Constitutional Property Tax Regime

Prior to the advent of the Constitution in 1996, property tax was only administered in predominantly white-owned urban areas in terms of provincial legis-

<sup>89</sup> See section 65 (alien species) and section 71 (invasive species).

<sup>90</sup> See section 69 (alien species) and section 73 (invasive species). These Duty of Care provisions include: notifying relevant authorities of the location of invasive species on your land; taking steps to control, eradicate and prevent the spread of these species; and taking all steps to prevent or minimize the harm to biodiversity.

<sup>91</sup> Section 76. These authorities include management authorities of protected areas and all organs of state.

<sup>92</sup> Section 15 of the Conservation of Agricultural Resources Act (op cit note 38). These committees can be formed to conserve natural agricultural resources, defined to include "soil, water sources and ...vegetation" (section 1).

<sup>93</sup> Section 3 of the National Veld and Forest Fire Act (op cit note 38). These committees are formed for the purpose of predicting, preventing, managing and extinguishing 'veldfires' which is defined as a 'veld, forest or mountain fire' (section 1). These fires cause significant landscape degradation.

<sup>94</sup> Chapter 8 of the National Water Act (op cit note 28). These committees are formed for a broad range of purposes including the protection of water resources and the regulation of the flow of a watercourse to reduce the risk of damage to land in the event of a flood (section 91 read with schedule 5).

<sup>95</sup> Lomnitz N. & van Ryneveld P. 'Property Tax in the City of Cape Town' in *Property Rates in South Africa: A Preliminary Assessment of Current Practices* edited by Bell M. & Bowman J. (1997) Institute for Policy Studies, John Hopkins University. See further Bell M. & Bowman J. 'Adapting the South African Property Tax to Changed Circumstances' in *Property Taxes in South Africa – Challenges in the Post-Apartheid Era* edited by Bell M. & Bowman J. (2002) Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts at 18.

lation.<sup>96</sup> Rural areas, where the majority of South Africa's black population was compelled to reside, were not subject to property tax.<sup>97</sup> These urban areas constituted a very small portion of South Africa and the majority of land therefore fell outside the property tax regime.

Given that the majority of landscapes worthy of protection were situated in rural areas, they were not subjected to property tax and therefore the cost of holding this land in its natural state was very low. Provincial property tax legislation also prescribed a range of tools to reduce the holding cost of rural land and that of high conservation value situated within urban municipal boundaries. These tools included: grants-in-aid;<sup>98</sup> property tax exemptions;<sup>99</sup> and property tax rebates<sup>100</sup> for various properties or classes of properties.<sup>101</sup>

The above provisions were reinforced by various national environmental laws. Firstly, the National Parks Act<sup>102</sup> imposed a prohibition on the imposition of property tax on any land, whether private or state-owned, or building situated within a national park.<sup>103</sup> Secondly, the Mountain Catchment Areas Act<sup>104</sup> prescribed a similar exemption in respect of land situated within a mountain catchment area where a directive had been issued to cease farming operations.<sup>105</sup> The cumulative effect of the above legislation has been that holding land directly or indirectly in the interests of landscape protection did not impose an undue financial burden of landowners.

In 1995, the government began exploring the option of imposing property tax on rural areas so as to raise additional revenue and ensure the equitable taxation and development of rural and urban areas. A *Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Tax Structure in South Africa* (Katz Commission) was appointed to specifically consider the implications of introducing a land tax on all property in South Africa.<sup>106</sup> The Katz Commission concluded that the imposition of property tax on rural land did have merit and prescribed a range of recommendations regarding the manner in which it should be implemented. These recommendations have largely been subsumed in the Local Government: Municipal Property Rates

<sup>96</sup> These provincial laws included: Municipal Ordinance (Cape) (20 of 1974) (applicable in the Western Cape, Eastern Cape, Northern Cape and certain areas of the North West); Natal Ordinance (25 of 1974); Local Government Ordinance (OFS) (8 of 1962); and Local Government Ordinance (Transvaal) (17 of 1939) (currently applicable in Gauteng, Mpumalanga, Limpopo and certain areas of the North West). This provincial legislation continues in force until the commencement of the Local Government: Municipal Property Rates Act (op cit note 6) on 2 July 2005.

<sup>97</sup> Abolition of Quitrent Act (54 of 1934) (section 2) and Abolition of Quitrent (Towns and Villages) Act (33 of 1937) (section 1) abolished the imposition of property tax in rural areas in South Africa.

<sup>98</sup> A grants-in-aid is a payment made back to a landowner by local government authorities. See, for example, section 81(1) of the Municipal Ordinance (Cape) (op cit note 96).

<sup>99</sup> An exemption reduces the landowner's property tax liability to zero. See, for example, section 81A of the Municipal Ordinance (Cape) (op cit note 96).

<sup>100</sup> A rebate reduces the landowner's property tax liability by a certain percentage.

<sup>101</sup> See, for example, section 83 of the Municipal Ordinance (Cape) (op cit note 96).

<sup>102</sup> Op cit note 53. The National Parks Act will be repealed when the National Environmental Management: Protected Areas Amendment Act (31 of 2004) comes into force. This is expected to take place in 2005.

<sup>103</sup> Section 18.

<sup>104</sup> Op cit note 60.

<sup>105</sup> Section 5.

<sup>106</sup> Katz M., Davis D., Le R Du Toit P., Canca N., De V Graff J., Mokgatle D. & Njeke J. *Eighth Interim Report of the Commission of Inquiry into certain Aspects of the Tax structure of South Africa: the Implications of Introducing a Land Tax in South Africa* (1998) Pretoria, Government Printers.

Act<sup>107</sup> (Property Rates Act), which will regulate the future imposition of property tax throughout South Africa.

At the same time, the government was also investigating the transformation of local government to remedy the inequality between urban and rural structures. These investigations culminated in the White Paper on Local Government,<sup>108</sup> which together with the Constitution, paved the way for the restructuring of local government in South Africa.

## 4.2 Post-Constitutional Property Tax Regime

The advent of constitutional democracy has brought about two significant changes to South Africa's property tax regime. Firstly, the ambit of the property tax regime has been extended to cover both urban and rural environments, and secondly, property taxes will be regulated nationally in terms of the Property Rates Act.

### 4.2.1 Rural Areas Subject to Taxation

The Constitution affords all local governments the right to impose tax on property situated within their respective territories, thereby removing the previous prohibition against levying tax on rural property.<sup>109</sup> In addition, the local government restructuring process referred to above, led to the promulgation of the Local Government: Municipal Demarcation Act<sup>110</sup> and the Local Government: Municipal Structures Act.<sup>111</sup> The cumulative effect of these two laws has been to rationalize and replace the previous 843 local government structures with 284 newly amalgamated structures and to extend their boundaries to cover the entire territory of South Africa.

The potential impact of the above on landscape protection is two-fold. Firstly, it may increase the holding cost of rural land which was previously not subject to property tax. Landowners situated in these areas may consequently be compelled to develop their land unless the government introduces viable tax benefits to enable them to retain their undeveloped land in the interests of landscape protection.

Secondly, the extension of the municipal boundaries, the abolition of apartheid and resultant urbanisation have drastically increased the number of people requiring access to basic services and infrastructure. Local government has been identified as key agents in redressing the current inequalities regarding access to these basic services and infrastructure.<sup>112</sup> This has imposed significant financial burdens on local governments to fund these services and property tax is perceived

<sup>107</sup> Op cit note 6.

<sup>108</sup> GN 423, *Government Gazette* No. 18739 dated 13 March 1998.

<sup>109</sup> Section 229.

<sup>110</sup> Op cit note 6.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> The Constitution provides that the specific objectives of local government include: ensuring the provision of services to communities in a sustainable manner; promoting social and economic development; and promoting safe and healthy environments (section 152(1)).

as the solution for various reasons. Firstly, the Constitution constrains local government from levying any other form of tax to fund their activities.<sup>113</sup> Secondly, revenue generated from the provision of basic services (water, electricity and sanitation) is shrinking as a result of national policies providing for free electricity and water allowances.<sup>114</sup> This has resulted in local governments rapidly increasing current property tax rates and property valuations<sup>115</sup> with potentially catastrophic consequences for landscape protection in rural areas.

#### 4.2.2 Imposition of National Regulatory Framework

Property tax is still currently administered under provincial legislation.<sup>116</sup> However, the Constitution empowers the government to regulate property tax in terms of national legislation and the Property Rates Act has been enacted to achieve this purpose.<sup>117</sup> The commencement of the Property Rates Act will repeal the provincial laws and introduce a uniform property tax framework into South Africa which will fundamentally change the way property tax is regulated in the future.

The purpose of the Property Rates Act is to regulate the power of local government to tax property, to exclude certain properties from tax in the national interest, and to make provision for local governments to implement a transparent and fair system of exemptions, reductions and rebates through their tax policies.<sup>118</sup> The Property Rates Act prescribes the broad framework within which every local government must develop and implement its future property tax regime and is of relevance to landscape protection in South Africa in five main respects. Firstly, it provides for the adoption of local government property tax policies. Secondly, it allows for differential property tax rates to be levied on various categories of property. Thirdly, it provides for a system of exemptions, reductions and rebates. Fourthly, it imposes prohibitions on levying of property tax in certain circumstances. Finally, it empowers the government to prescribe a national framework with which all local governments must comply when implementing their municipal property tax regimes.

The manner in which these aspects create opportunities and pose challenges for landscape protection in South Africa, through facilitating and supporting the use of the legislative mechanism highlighted in part 3 above, are discussed in turn below.

<sup>113</sup> Section 229(1)(b) of the Constitution.

<sup>114</sup> Bell M. & Bowman J. 'Local Property Taxation' in *Property Taxes in South Africa – Challenges in the Post-Apartheid Era* edited by Bell M. & Bowman J. (2002) Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts, at 77. In 2000, the government announced its intention to provide free basic water and electricity allowances to all citizens. See the *Free Basic Water Implementation Strategy* (Version 1) published by the Department of Water Affairs and Forestry in May 2002 (available at [http://www.dme.gov.za/energy/pdf/ebst\\_fbe\\_policy.pdf](http://www.dme.gov.za/energy/pdf/ebst_fbe_policy.pdf)) and the *Electricity Basic Support Services Tariff* published by the Department of Minerals and Energy on 30 June 2003 (available at [http://www.dme.gov.za/energy/pdf/ebst\\_fbe\\_policy.pdf](http://www.dme.gov.za/energy/pdf/ebst_fbe_policy.pdf)).

<sup>115</sup> In the City of Cape Town Municipality, for example, property tax on residential and commercial properties has increased by 15.3 percent and 14.4 percent respectively in the last three years.

<sup>116</sup> Op cit note 96.

<sup>117</sup> Section 229(2)(b).

<sup>118</sup> Preamble to the Property Rates Act (op cit note 6).

## 5. OPPORTUNITIES AND CHALLENGES FOR LANDSCAPE PROTECTION UNDER SOUTH AFRICA'S NEW PROPERTY TAX REGIME

### 5.1 Local Government Property Tax Policies

The Property Rates Act will compel all local governments to adopt property tax policies which prescribe the criteria to be applied when levying property tax and granting exemptions, rebates and reductions to specific landowners, categories of landowners or categories of properties.<sup>119</sup> In determining these criteria, local governments must balance a range of potentially conflicting issues such as: the effect of property tax on the poor, 'public benefit organisations'<sup>120</sup> and public service infrastructure; and the need for the rating policy to enable the local government to promote local, social and economic development.<sup>121</sup> The reference to public benefit organisations is significant as they currently undertake a range of conservation related activities in South Africa including purchasing and managing land in the interest of landscape protection. However, it remains to be seen how each local government will balance the above often conflicting concerns in their respective policies.

Given that these property tax policies will guide the administration of property tax, their content is vitally important. The inclusion of principles rewarding the protection of valuable landscapes and activities facilitating landscape protection could minimise the anticipated negative impact of extending property tax to rural areas in South Africa.

Of great concern in the above context, however, is the preferential recognition afforded to land used for agricultural purposes. When developing their property tax policies, and in particular considering the criteria applicable to tax exemptions, rebates or reductions, local governments are compelled to take into account the important role the agricultural sector plays in sustaining rural and local economies.<sup>122</sup> It is these very same agricultural activities which threaten many undeveloped rural landscapes. In addition, the definition of 'agricultural purposes' unfortunately expressly excludes certain land-use activities that could assist directly or indirectly in landscape protection such as eco-tourism, game trading and game hunting.<sup>123</sup> It would have been preferable to afford conservation a similar status to agriculture and it is hoped that the above will not ultimately lead to the conversion of sensitive landscapes into viable agricultural undertakings under the pressure imposed by property tax liabilities.

<sup>119</sup> Section 3(1)-(3).

<sup>120</sup> 'Public benefit organisations' are defined and regulated under the Income Tax Act (34 of 1953). One of the requirements for registration is that the organisation must undertake a 'public benefit activity' which are in turn defined to include: engaging in the conservation, rehabilitation or protection of the natural environment, including flora, fauna or the biosphere; and the establishment and management of transfrontier conservation areas (Ninth Schedule (Part 1)(par 7)).

<sup>121</sup> Section 3(3)(f)-(i).

<sup>122</sup> Section 3(4).

<sup>123</sup> 'Agricultural purpose in relation to the use of property, excludes the use of property for the purpose of eco-tourism or for the trading in or hunting of game' (section 1).



## 5.2 Differential Property Tax Rates

The Property Rates Act empowers local governments, in terms of criteria prescribed in their property tax policies, to levy different rates of tax on various categories of property according to their use and geographical location.<sup>124</sup> The Property Rates Act identifies a specific range of categories of property which may be subjected to this differential rating. These categories importantly include: farm properties and small holdings held for non-commercial purposes; ‘protected areas’;<sup>125</sup> and properties used by ‘public benefit organisations’ for various ‘public benefit activities’ which include conservation-related activities.<sup>126</sup> These differential rating regimes can apply to properties used for multiple purposes.<sup>127</sup> This is crucial given the vast size of many rural properties in South Africa, only small portions of which are subject to development.

Local governments will therefore have the opportunity to facilitate landscape protection through levying differential rates on the above categories of property, thereby reducing potential holding costs and removing the pressure to convert landscapes into income-producing resources. However, the range of categories of property which are expressly listed in the Property Rates Act omit protected areas declared under the National Heritage Resources Act and certain non-statutory protected areas.<sup>128</sup> Although the exclusion the former category of protected areas must be an oversight, the rationale for the latter appears to be based on the fact that these protected areas are not subject to formal regulation. However, these non-statutory protected areas provide equally valuable opportunities for landscape protection and it is therefore disappointing that they have been omitted.

Fortunately, the list of categories prescribed in the Property Rates Act is not exclusive and local governments therefore have discretion to afford various additional categories of property a preferential rating status.<sup>129</sup> These could include: property zoned as open space or subject to environmental resource overlays; property subject to bioregional plans and biodiversity management agreements; protected areas not exempt from property tax (including non-statutory protected areas and heritage areas);<sup>130</sup> property where invasive species monitoring, control and eradication plans have, or are being, successfully implemented; and property falling under the management of a conservation committee, fire protection com-

<sup>124</sup> Section 8.

<sup>125</sup> ‘Protected area’ is defined as ‘an area that is or has to be listed in the register referred to in section 10 of the Protected Areas Act’ (section 1). This definition covers the majority of protected areas listed in Table 1 apart from those declared under the National Heritage Resources Act (op cit note 37), biosphere reserves, conservancies and transfrontier peaceparks (section 9 read with section 10 of the National Environmental Management: Protected Areas Act).

<sup>126</sup> Sections 8(2)(d),(e),(f),(o) and (q). See note 120 above for the definition of ‘public benefit organisations’ and ‘public benefit activities’.

<sup>127</sup> Section 9.

<sup>128</sup> The definition of ‘protected area’ in the Property Rates Act (section 1) refers to protected areas listed in the register under section 10 of the National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54). This register omits protected areas declared under the National Heritage Resources Act (op cit note 37) and non-statutory protected areas such as conservancies, biosphere reserves and transfrontier peace parks.

<sup>129</sup> Section 8(2) states that the categories ‘include’ those expressly listed. Therefore, local government may identify additional categories to those expressly listed.

<sup>130</sup> See paragraph 5.4 below.

mittee or water user association. Given that the majority of the above categories of property are subject to strict regulation, the risk of the differential rating regime being manipulated for tax avoidance purposes is low.<sup>131</sup> Where no legislative safeguards exist, it would be advisable for local governments to prescribe clear guidelines and procedures for determining whether a property would qualify for preferential rating.

The above provisions are, however, discretionary in nature and their potential value will be dependant on the commitment of local government authorities to protect valuable landscapes within their respective boundaries. It can only be hoped that this tool will not be undermined by the resource constraints and service delivery pressures imposed on these authorities.

### **5.3 Exemptions, Rebates and Reductions**

Local governments will retain their current authority to exempt, grant a rebate or reduce the property tax liability of specific categories of owners or properties.<sup>132</sup> The criteria for granting this tax relief must, however, be prescribed in their property tax policy and the categories of eligible owners and properties include those listed above in respect of differential property tax rates.<sup>133</sup> These provisions could be used to achieve landscape protection but are potentially undermined by the fact that they are similarly limited in their ambit and are discretionary in nature.

### **5.4 Impermissible Property Tax**

The Property Rates Act will prohibit the levying of property tax on certain categories of property including on ‘...those parts of a special nature reserve, national park or nature reserve within the meaning of the Protected Areas Act, or of a national botanical garden within the meaning of the National Environmental Management: Biodiversity Act, 2004, which are not developed or used for commercial, business, agricultural or residential purposes.’<sup>134</sup> This prohibition is vital as these protected areas are frequently established to conserve landscapes. In addition, it creates an incentive for landowners to assist in landscape protection through formally incorporating their property within the above types of protected areas so as to avoid property tax liability. Importantly, this tax benefit will be withdrawn if the land is subsequently de-proclaimed at the instance of the landowner or relevant conservation authority in which case the landowner will be held retrospectively liable for any property tax which would have been due and payable had their land not been so exempted.<sup>135</sup>

<sup>131</sup> See paragraph 3.2 above where these legal mechanisms are described in detail.

<sup>132</sup> Section 15(1).

<sup>133</sup> Section 15(2).

<sup>134</sup> Section 17(1)(e).

<sup>135</sup> Section 17(2).

There are, however, two apparent problems with the above provision. Firstly, it does not apply to ‘protected environments’ declared under the National Environmental Management: Protected Areas Act.<sup>136</sup> This exclusion is based on the fact that the designation of land as a ‘protected environment’ is limited in duration<sup>137</sup> and is not binding on successive owners.<sup>138</sup> These ‘protected environments’ are, however, subjected to an equivalent management regime to those types of protected areas which are expressly exempted.<sup>139</sup> In addition, their designation requires national or provincial ministerial approval<sup>140</sup> and they would be subjected to retrospective property tax liability provisions discussed above. It is therefore argued that ‘protected environments’ should be afforded a similar property tax status to special nature reserves, nature reserves and national parks declared under the National Environmental Management: Protected Areas Act.

Alternatively, local governments should ensure that ‘protected environments’ are afforded a preferential tax status by way of differential rating, exemptions, rebates or reductions.<sup>141</sup> A failure to do so would create an anomaly as landowners would effectively be encouraged to develop land which they may otherwise have retained as a ‘protected environment’. Similar arguments can be raised regarding the exclusion of numerous other statutory and non-statutory protected areas from the ambit of the prohibition such as: mountain catchment areas; forest nature reserves; forest wilderness area; world heritage sites; heritage sites; heritage areas; conservancies; biosphere reserves; and transfrontier peaceparks. Extending a preferential property tax status to these areas will encourage landowners to contract their land into these alternate forms of protected areas thereby facilitating the extension of South Africa’s protected areas network. This appears essential given the inability of the government to purchase such land for inclusion in light of current resource constraints.

Secondly, any portion of a special nature reserve, national park, nature reserve or national botanical garden ‘...developed or used for commercial, business, agricultural or residential purposes’ is excluded from the above prohibition.<sup>142</sup> The inclusion of this exception is unfortunate given that a significant amount of development, such as construction of roads and the erection of perimeter fencing, often precedes the establishment of a protected area. In addition, many management authorities undertake commercial activities in order to fund the management of their protected area. These include charging entrance fees, operating game lodges and bush camps and offering various eco-tourism opportunities such as game

<sup>136</sup> Op cit note 54.

<sup>137</sup> The National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54) prescribes that the designation of a protected environment lapses after three years at which time the Minister has discretion to extend the designation or not (section 28(5)).

<sup>138</sup> The National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54) prescribes that unlike special nature reserves and nature reserves, the designation of a property as a protected environment is not binding on successive owners (section 35(3)).

<sup>139</sup> Section 37 of the National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54).

<sup>140</sup> Ibid section 28.

<sup>141</sup> Fortunately, local governments are empowered to adopt these tax relief measures in respect of ‘protected areas’ which is broadly defined to include ‘protected environments’. See footnote 128 above.

<sup>142</sup> Section 7(1)(e).

drives, guided walks and overnight trails. These activities could potentially render the entire protected area subject to property tax and it would therefore be advisable for the government to define clearly the ambit of this proviso in its national framework described below.

### 5.5 National Property Tax Framework

Finally, the Property Rates Act empowers the government to produce a national property tax framework but does not prescribe what form and content it should take.<sup>143</sup> Nonetheless, this national framework provides a valuable opportunity for the national government to compel local governments to use differential rating, exemptions, rebates and reductions to achieve landscape protection in the manner suggested above. This is due to the fact that local government property tax policies and practices must comply with the national framework.

Unfortunately, the adoption of national framework is also discretionary in nature and its viability as a tool for achieving landscape protection dependant on national government commitment to view it as such.

## 6. CONCLUSION

The Property Rates Act, although posing certain challenges to landscape protection in South Africa, appears to simultaneously afford national and local government authorities many creative opportunities to regulate land-use and encourage landscape protection. Unfortunately, the majority of these opportunities are discretionary in nature and their potential may be undermined by competing constitutional objectives such as basic service provision and socio-economic development. These imperatives require financial resources and as in the majority of developing countries, property tax will provide an essential source of revenue given the relative ease with regard to implementation and enforcement.<sup>144</sup> It is hoped that South Africa will not follow the trend prevalent in various South American countries, for example, where financial crises have led to the withdraw of any property tax benefits available to the conservation sector.<sup>145</sup>

However, there are numerous factors that should ensure that national and local governments do utilise the opportunities prescribed by the Property Rates Act to facilitate landscape protection. Firstly, all spheres of government have a constitutional mandate to protect the environment.<sup>146</sup> Secondly, the government is appointed as the trustee of South Africa's protected areas,<sup>147</sup> biodiversity<sup>148</sup> and

<sup>143</sup> Section 3(5).

<sup>144</sup> Bahl & Linn quoted by McCluskey W. in *Property Tax: An International Comparative Review* (1999) Book Co. Ltd, Great Britain at xx. Property tax is relatively easy to implement and enforce as the tax base (land) is secure and the taxpayer (property owner) readily identifiable.

<sup>145</sup> *Legal Tools and Incentives for Private Lands Conservation in Latin America: Building Models for Success* (2003) Environmental Law Institute, Washington D.C. at 37.

<sup>146</sup> See note 19 above.

<sup>147</sup> Section 3 of National Environmental Management: Protected Areas Act (op cit note 54).

<sup>148</sup> Section 3 of National Environmental Management: Biodiversity Act (op cit note 38).

water resources<sup>149</sup> and should accordingly implement property tax in a manner which does not undermine landscape protection. Thirdly, all spheres of government are bound by the national environmental management principles prescribed in NEMA, many of which advocate landscape protection.<sup>150</sup> Fourthly, various international conventions to which South Africa is a party call on the government to introduce economic and social measures, such as incentives, to encourage conservation. These include the Convention on Biological Diversity<sup>151</sup> and the Convention on Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitats.<sup>152</sup> These sentiments are reflected in many domestic policy documents and should therefore permeate the national and local government property tax policies.<sup>153</sup> Finally, the government has recently confirmed that in line with the policy objectives underlying the *United Nation's Millennium Development Goals*,<sup>154</sup> South Africa will seek to '...integrate the principles of sustainable development into government policies and programmes, including responsible stewardship of environmental resources.'<sup>155</sup>

There will always, however, be a constant trade-off between using the new property tax regime to facilitate land redistribution, social and economic development on the one hand; and landscape protection on the other. However, the above factors should ensure that the balance is not unduly skewed and that due recognition is afforded to the contribution South Africa's landscapes currently make to the social and economic wellbeing of its citizens. A failure to achieve an equitable balance would be catastrophic for landscape protection in South Africa and ultimately lead to the demise of valuable ecosystems, habitats and species.

<sup>149</sup> Section 3 of National Water Act (op cit note 28).

<sup>150</sup> See paragraph 3.1.1 above.

<sup>151</sup> 31 *International Legal Materials* 818. See Article 11.

<sup>152</sup> 22 *International Legal Materials* 698. See Resolution VIII.23, para 3, 4, 7 and 8.

<sup>153</sup> Katz M., Davis D., De V Graff J., Le R Du Toit P., Mohr P., Mokgatle D. & Njeke J. *Interim Report of the Commission of Inquiry into certain aspects of the Tax structure of South Africa* (1994) Government Printers at 88; *Environmental Resource Economics Discussion Document Three – The Proposed Method for the Introduction of Economic Instruments as Tools of Environmental Management in South Africa* (1996) produced by Deloitte & Touche Consortium of Consultants for the Department of Environmental Affairs and Tourism at 1; and White Paper on the Conservation and Use of South Africa's Biodiversity (GN 1095, *Government Gazette* No.18163, dated 28 July 1997) at 27, 38, 81-83 and 97-98.

<sup>154</sup> *United Nations Millennium Declaration* (September 2000) prescribes a number of Millennium Development Goals and Targets (available at [www.un.org/millenniumgoals](http://www.un.org/millenniumgoals)). Target 9 urges governments to integrate the principles of sustainable development into country policies and programmes and reverse the loss of environmental resources.

<sup>155</sup> *2005/6 Budget Tax Proposals: Another helpful guide brought to you by the South African Revenue Service* South African Revenue Service (2004) Government Printers (available at [www.treasury.gov.za](http://www.treasury.gov.za)).

# LAW, LANDSCAPE & BIODIVERSITY

DAVID N. CASSUTO

Associate Professor of Law, Pace University School of Law

The United States began as a nation rich in biodiversity. Today, like much of the rest of the world, it faces a biodiversity crisis that is very real and worsening. Species and ecosystems face extinction amidst a political climate hostile to regulatory intervention and a patchwork system of laws that disperses responsibility among various federal agencies while allocating land use authority over nonfederal land to the individual states.

This paper looks at the cultural and legal framework from which biodiversity laws in the United States evolved. It next surveys the legislative and regulatory matrix from which protections must now emerge. It then discusses why the current system of laws cannot and will not provide lasting ecosystemic protections and offers some suggestions as to how we might weave biodiversity protections into the national federalist framework.

Generally speaking, biodiversity refers to the rich variety of life on earth, the genetic differences among the various life forms, their communities and ecosystems, and the ways in which they interact to create and support life on the planet.<sup>1</sup> The most pervasive threat to biodiversity in the United States is habitat destruction.<sup>2</sup> This destruction arises from the conversion of land to ostensibly “productive” uses, particularly agriculture, forestry, mineral and fossil fuel extraction, and urban development.<sup>3</sup>

Few would contest that maximizing biodiversity benefits the nation and the planet. Yet, devising and implementing a regime to nurture biodiversity is fraught with legal, cultural and normative challenges. Some of those challenges trace their origins to the nation’s foundational myths, while others relate to spatial and temporal challenges inherent in environmental protection law. And still others are the product of the American structure of government in which the federal executive branch must serve as both regulator and regulated entity and the land use power is a fiercely contested right between the federal and state governments.

---

<sup>1</sup> See “Saving Biodiversity: A Status Report on State Laws, Policies and Programs.” <http://www.defenders.org/pb-bstes.html> (last visited April 26, 2005).

<sup>2</sup> Bruce A. Stein, Lynn S. Kutner, & Jonathan S. Adams, *PRECIOUS HERITAGE: THE STATUS OF BIODIVERSITY IN THE UNITED STATES* (2000) 242.

<sup>3</sup> See Bradley C. Karkkainen, “Biodiversity and Land,” 83 *CORNELL L. REV.* 1, 7 (1997).

<sup>4</sup> Historian Frederick Jackson Turner, in his oft-cited work, *THE FRONTIER IN AMERICAN HISTORY* (1920), argues that the American Frontier was the single greatest influence on the character of American society.

## I. THE FOUNDING MYTHS

The United States was founded by immigrants seeking a new world in which to reimagine themselves. The popular conception of the American frontiersmen carving a new Eden out of the wilderness was and remains a powerful part of the national identity.<sup>4</sup> With this self image came a sense of self-entitlement. If the arid western lands did not immediately resemble Eden, they would be remade. This vision of American destiny did not allow for competing ecological realities (or the territorial rights of indigenous peoples). The desert and its inhabitants were to be conquered and the new Garden revealed.<sup>5</sup> During the eighteenth and nineteenth centuries, the wilderness on the western perimeter of the United States inexorably gave way to settlement.

The ecological realities of this newly conquered wilderness led to an extraordinary campaign to refashion the landscape to comport with the mythic/edenic ideal. In the mid-nineteenth century, many believed that “rain would follow the plow.” According to this premise, Americans needed only to move west and till the land. As a consequence of their actions, rain would fall in direct proportion to their needs. Allegiance to this idea lasted well into the 1880s and thousands of settlers moved west, lured by promises of a new yeoman paradise.<sup>6</sup>

There were many other lures as well. Politicians holding opposing views on the slavery question frantically sought to lure like-minded settlers to the region and thereby gain a majority for their point of view. One senator hoping to lure southern slaveholders to Kansas (a region averaging less than 20 inches of rainfall per year) described it as “rich like Egypt and tempting as Egypt would be if raised above the slimy flood, waved into gentle undulations and variegated with groves and meadows [and] sprinkled with streams.”<sup>7</sup> Similarly, politicians from the northern abolitionist states hoping to lure their ideological brethren proclaimed that the Kansas landscape contained “many scenes that can scarcely be *remembered* without tears. The soul melts in the presence of the wonderful workmanship of God.”<sup>8</sup> The railroads, who were the beneficiaries of enormous grants of federal land, also needed settlers in order to make western rail transport viable. Their literature featured claims that “mud in the usual sense . . . is almost wholly unknown in Nebraska.”<sup>9</sup> Other stories and claims extolling the wonders and/or rigors of the region abound. Common recurring themes involved both grave risks and bounteous rewards.

<sup>4</sup> Historian Frederick Jackson Turner, in his oft-cited work, *THE FRONTIER IN AMERICAN HISTORY* (1920), argues that the American Frontier was the single greatest influence on the character of American society.

<sup>5</sup> Henry Nash Smith calls this mindset the “Myth of the Garden.” See *VIRGIN LAND: THE AMERICAN WEST AS SYMBOL AND MYTH* (1950).

<sup>6</sup> See David N. Cassuto, *DRIPPING DRY: LITERATURE, POLITICS AND WATER IN THE DESERT SOUTHWEST* (2001) 12-13.

<sup>7</sup> Thomas Hart Benton, “Discourse of Mr. Benton of Missouri before the Boston Mercantile Library Association on the Physical Geography of the Country between the States of Missouri and California,” December 20, 1854; see also Cassuto, 12 (quoting same).

<sup>8</sup> Charles Boynton & T.B. Mason quoted in David M. Emmons, *GARDEN IN THE GRASSLANDS: BOOMER LITERATURE OF THE CENTRAL GREAT PLAINS* (1972) 14; see also Cassuto at 13 (quoting same).

<sup>9</sup> Quoted in Bradley H. Baltensperger, *Nebraska: A Geography* (1985) 58; see also Cassuto at 14 (quoting same).

Fashioning a land use strategy from these competing and conflicting geographic myths posed significant challenges. On the one hand, the Americans embraced the notion of carving a garden out of a harsh and unforgiving wilderness on the perimeter. On the other hand, many believed in the vision of an already extant paradise awaiting Americans as their destiny. Though disparate, both visions required a vast and unsettled western frontier. The disconnect between these myths as well as between these myths and the prevailing ecological and social realities led to conflicting notions of land use.

When the frontier closed, further cognitive dissonance resulted. Where limitless once reigned, one now encountered closed borders and jealously guarded fiefdoms.<sup>10</sup> Ecological realities – chiefly the lack of available water – led to massive, state-sponsored dams and diversion projects aiming to refashion the land into the promised edenic landscape. Much of the contemporary geography of the American West, including cities and water intensive agriculture in the desert owes itself to this national ethos of ecological entitlement. That sense of entitlement, when combined with a ponderous and fractured regulatory regime, makes for a poor breeding ground for biodiversity protection. This is particularly true in light of the inherent spatial and temporal disconnect between the burdens and benefits of environmental protection laws.

## II. LEGAL OBSTACLES TO ENVIRONMENTAL PROTECTION LAWS

Because the environmental impact of a given action is difficult to quantify and often manifests over long periods of time, laws aimed at environmental protection face unique spatial and temporal obstacles. As Richard Lazarus observes, the scope of change is both too small and too big. Ecological impacts are often most severe at the molecular or subatomic levels where accurate measurement of forces is extremely difficult. Yet they also simultaneously occur over enormous areas and distances. This means an exponential increase in the number of potential contributing factors to that impact.

Lazarus offers the example of the diminishing ozone layer. While emissions from aerosol cans in the United States deleteriously affected the chemical makeup of atmospheric ozone, many other chemicals from different activities and different nations all over the world also contributed to the problem. In addition, atmospheric ozone covers the entire earth, making any assessment of the scope and nature of the problem very difficult to gauge. Taken together, these two characteristics make isolating cause and effect more a grail than a goal.<sup>11</sup>

The enormous temporal dimensions of ecological injury create similar problems. Ecological injury has no set duration. It sometimes takes generations before the full scope of an injury can be accurately gauged. Consequently, the

<sup>10</sup> Wallace Stegner, writer and historian of the American West, notes in “The Wilderness Idea” that “It seems . . . significant that the distinct downturn in our literature from hope to bitterness took place almost at the precise time when the frontier officially came to an end in 1890.” WILDERNESS: AMERICA’S LIVING HERITAGE 99-100 (David Brower, ed. 1961)

<sup>11</sup> See Richard Lazarus, *THE MAKING OF ENVIRONMENTAL LAW* (2004) 20.



potential for intervening causes (fire, flood, drought, human activity, etc.) is quite large and measuring cause and effect over time becomes highly problematic.<sup>12</sup>

For these reasons among others,<sup>13</sup> biodiversity protection does not easily conform to local land use priorities. This is especially true because the distribution of benefits and burdens from such protections often leaves local landholders bearing most of the burdens while enjoying little of the benefits (which are often spread out over space and time). Acting to preserve biodiversity can therefore defy standard cost-benefit analysis. For example, Colin Clark, an applied mathematician, published a paper in the 1970s arguing that for the Japanese (who were the primary hunters of blue whales at the time), it made more economic sense to hunt the blue whale into extinction and invest the profits in growth industries than to let the species recover to where a sustainable yield became possible. Clark was not suggesting such a course of action; he was rather pointing out the problems inherent in relying on economic justifications for environmental protection.<sup>14</sup> Given this lack of economic incentive and that any noneconomic rewards are typically spread widely over space and time, it makes little sense to expect local stakeholders to act unilaterally and against their self-interest. Logic would therefore seem to dictate that biodiversity protections take the form of federal initiatives.

The problem with this strategy is that both the text of the United States Constitution and the structure of the government make the enactment of federal biodiversity protections very challenging. The Tenth Amendment of the U.S. Constitution reserves to the states all but those powers specifically enumerated to the federal government.<sup>15</sup> Of the federal powers enumerated in the Constitution, the most relevant for purposes of biodiversity are: the Property Clause (Art. IV, § 3, cl. 2), which grants Congress the power to manage property it owns; the Spending Clause (Art. I, § 8, cl. 1), which gives Congress the power to lay and collect taxes and to spend money on behalf of the general welfare of the United States; and the Commerce Clause (Art. I, § 8, cl. 3), which gives Congress the power to regulate interstate commerce.

All of these powers are tempered by the Takings Clause of the Fifth Amendment, which prohibits the federal government from taking private property for public use without compensation.<sup>16</sup> The scope of the Takings Clause has been and remains the focus of fierce debate with important implications for biodiversity law. If the clause is read as broadly as some property rights proponents advocate, the government would have to compensate private landowners for any federal ac-

<sup>12</sup> *Id.* See also Robert B. Keiter, "Ecological Concepts, Legal Standards, and Public Land Law: An Analysis and Assessment," 44 NAT. RESOURCES J. 943, 968 (2005) (describing the enormous spatial and temporal challenges inherent in biodiversity protection).

<sup>13</sup> Another very important reason is that land use law in the United States is traditionally the province of state and local governments. It was customarily governed by the common law doctrines of public and private nuisance and has more recently also been regulated by statutory guidelines and zoning ordinances. See Karkkainen at 70-71.

<sup>14</sup> David Ehrenfeld cites this study in "Hard Times for Diversity" in THE FATAL HARVEST READER (Andrew Kimbrell, ed.) (2002) 81.

<sup>15</sup> See U.S. Const. Am. X; see also *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) ("The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written.")

<sup>16</sup> U.S. Const. Am. V.

tion that diminishes the value of a private holding. Since biodiversity protections almost always involve limitations on land use and development, such a compensation scheme coupled with rigorous biodiversity protections would effectively drain the national treasury.

While the Constitution's Property Clause has important biodiversity implications for federal land, its reach does not extend to private property and is thus less than ideal for exercising federal authority over nonfederal lands. The Spending Clause is usually read as more concerned with the power to spend rather than the power to legislate against harmful behavior. That leaves the Commerce Clause as the primary source of expansive federal authority through which to legislate for environmental protection. As a result, the vast majority of federal environmental legislation draws its authority from the Commerce Clause. This authority is based on a modern (post 1930s) reading of the nature of interstate commerce to encompass virtually anything that might fall within the federal regulatory ambit.<sup>17</sup>

Things changed in 1995 when the Supreme Court embraced a much narrower reading of the Commerce Clause in a landmark case titled, *United States v. Lopez*.<sup>18</sup> *Lopez* struck down a federal statute prohibiting gun possession near schools because it found an inadequate nexus between the law's aim and interstate commerce. While *Lopez* acknowledges that ostensibly noncommercial activities can be regulated at the federal level if their effect on interstate commerce is "substantial," this standard could pose serious obstacles to biodiversity protections (among other environmental laws) in light of the spatial and temporal distances discussed above. Indeed, in the wake of *Lopez*, the constitutionality of much of the architecture of United States environmental law has become the subject of ferocious debate.

To date, the Supreme Court has not struck down any environmental statutes. However, the potential incongruity between a limited federal commerce power and federal environmental protection is exacerbated by the fact that Congress did not anticipate a narrowing of the commerce power when it drafted many of the country's seminal environmental statutes. Consequently, those statutes do not make explicit the requisite substantial relationship with commerce and are vulnerable to such review.<sup>19</sup> This has led, for example, in 2001 to the Court's narrowly interpreting the Clean Water Act's use of the term "navigable waters" to exclude isolated wetlands within states from its purview.<sup>20</sup> If the federal government's arm does not extend to intrastate bodies of water under the Clean Air Act, then the same reasoning could render federal authority to regulate intrastate locales for biodiversity protections suspect as well.

<sup>17</sup> See, e.g., *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942) (holding that growing wheat on private land for personal consumption is nevertheless "commerce" and subject to federal regulation).

<sup>18</sup> 514 U.S. 549 (1995)

<sup>19</sup> See Jonathan H. Adler, "Judicial Federalism and the Future of Environmental Regulation," 90 IOWA L. REV. 377, 403-404 (2005) ("Many environmental laws regulate intrastate activities irrespective of their economic nature or impact on interstate commerce. Few environmental statutes contain jurisdictional elements or other provisions to keep their jurisdiction within constitutional limits.")

<sup>20</sup> See *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. United States Army Corp of Engineers*, 531 U.S. 159 (2001).

### III. SEMINAL FEDERAL BIODIVERSITY LAWS

With the questionable federal authority to enact biodiversity laws as a backdrop, we next examine two examples of federal statutes crucial to biodiversity protection and the regulatory apparatus that enforces them.

#### a. National Environmental Policy Act of 1969 (“NEPA”)<sup>21</sup>

NEPA requires federal land managers to prepare Environmental Impact Statements (“EIS”) to accompany all “proposals for legislation and other major [f]ederal actions significantly affecting the quality of the human environment.” Biodiversity clearly falls within NEPA’s ambit, as demonstrated in regulations promulgated by the President’s Council on Environmental Quality (“CEQ”) directing federal agencies to report potential impacts of their proposed actions on ecosystems, including “effects on natural resources and on the components, structures and functioning of affected ecosystems.”<sup>22</sup>

NEPA is strictly a procedural statute. Federal managers must generate and disseminate information about their proposed action but need not change their intentions regardless of the potential environmental impact. This has led many to criticize NEPA as a paper tiger lacking the means through which to stave off environmental destruction. However, this view ignores the considerable power of information to shape policy. Once the potential effects of an action are revealed they often lead to public outcry which can become difficult for managers to ignore.<sup>23</sup>

In addition, the EIS can serve as an important educational tool for managers. Once adverse environmental impacts are revealed, most agency managers will seek in good faith to mitigate them. Naturally, managerial decisions are subject to the vicissitudes of the political arena. Therefore, depending on the nature of the contemplated federal project, an adverse EIS can have little or no effect on the decisional process.<sup>24</sup>

#### b. Endangered Species Act (“ESA”)<sup>25</sup>

The Endangered Species Act aims to protect biodiversity through preventing species extinction. Its reach is both procedural and substantive. The Act requires the Secretary of the Interior to list species determined to be “threatened” or “endangered,” designate critical habitats for those species, and prepare and implement recovery plans for them.<sup>26</sup> Once a species is listed, federal agencies may not take any action that “is likely to jeopardize [the species’] continued existence or result in the destruction or adverse modification of [its] habitat...”<sup>27</sup>

The ESA has a broad reach and its application has sometimes had far-reaching consequences. In 1978, the Supreme Court ruled that the ESA was properly

<sup>21</sup> 42 U.S.C. § 4321.

<sup>22</sup> 40 C.F.R. § 1508.6.

<sup>23</sup> See Lazarus at 85

<sup>24</sup> See *id.*

<sup>25</sup> 16 U.S.C. § 1531.

<sup>26</sup> See 16 U.S.C. § 1533.

<sup>27</sup> 16 U.S.C. § 1536(a) (2).

invoked to stop the construction of the Tellico Dam in Tennessee to protect the endangered snail darter, a small fish of little or no economic value. The dam was halted despite its near completion and sunk costs of \$80 million dollars.<sup>28</sup> This decision, later circumvented through legislation, led Congress to amend the ESA to create a “God Squad,” with the ability to grant exemptions to the “no jeopardy” provision if it finds that there is no reasonable alternative, the benefits outweigh the costs, and the agency is undertaking steps to mitigate any adverse consequences.<sup>29</sup>

In general, ESA requirements rarely cancel or delay federal projects.<sup>30</sup> Even in the wake of Lopez, however, the ESA has continued to have significant impact on projects on private land.<sup>31</sup> Nevertheless, the ESA offers fewer biodiversity protections than it otherwise might because it can only be invoked once a species reaches the brink of extinction. At that point, recovery of either the species or the ecosystem is usually nearly impossible and/or extremely expensive. Another limitation of the ESA is that it traditionally is invoked to protect “charismatic mega fauna,” i.e. those species that appeal to public sentiment and imagination. Thus, animals such as the bald eagle, red wolf, and peregrine falcon receive a disproportionate share of agency resources and attention despite the imminent peril facing many less charismatic plant and animal species.

#### **IV. THE FEDERAL REGULATORY STRUCTURE – THE GOVERNMENT AS BOTH REGULATOR AND REGULATED ENTITY**

Only one federal agency has an unambiguous role with respect to environmental protection laws. The United States Environmental Protection Agency (“EPA”) was created in 1970 to administer the environmental protection laws enacted by Congress. Its mission is unitary and clearly defined. No other agency or department within the government enjoys such clarity in its relationship to environmental laws. Many other sectors of government, like the Departments of Interior, Agriculture and Commerce, enforce certain environmental restrictions and are subject to others. The Department of Justice has a similarly bifurcated role; it prosecutes environmental enforcement actions while also defending the government against citizen suits under those same environmental statutes.

Tension among federal departments and agencies further exacerbates the schizophrenic federal relationship with environmental protection laws. The Departments of Defense and Energy, for example, find themselves primarily the subject of environmental regulations administered by their sister federal agency, the EPA. This can significantly complicate the regulatory process, with some divisions of the executive branch propounding a broad and supportive vision of

<sup>28</sup> See *T.V.A. v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978)

<sup>29</sup> See 16 U.S.C. § 1536(h)(1)

<sup>30</sup> See Karkkainen at 22.

<sup>31</sup> See, e.g., *National Ass’n of Home Builders v. Babbitt*, 130 F.3d 1041 (D.C. Cir. 1997) (upholding application of the ESA’s “take” provision to the Delhi Sands flower-loving fly).

environmental law and others bristling at the regulatory process while advocating a narrow, more skeptical view.<sup>32</sup>

The government's role is not limited to its role as regulator and regulated. It is also by far the largest landowner in the nation. The federal government owns approximately 650 million acres of land in the United States, roughly thirty percent of the total area of the country. Most of that acreage resides in eleven western states and Alaska. More than 623 million acres of federally owned land is managed by four federal agencies: The Bureau of Land Management ("BLM") is responsible for 267 million acres; the Forest Service 192 million; the Fish And Wildlife Service ("FWS") for 87 million, and the National Park Service ("NPS") 77 million.<sup>33</sup> Each of these agencies has a different mandate and management strategy and jurisdiction over different tracts, some more biodiverse than others. As discussed below, this managerial fragmentation has exacerbated the fragmentation and destruction of habitat.

a. Bureau of Land Management

The 267 million acres that the BLM administers amounts to more than 11% of the land in the United States -- more than any other agency, person or organization in the country. It manages the land under a Federal Land Policy and Management Act of 1976<sup>34</sup> multiple use mandate that includes "protect[ing] the quality of scientific, scenic, historical, ecological, environmental . . . atmospheric, water resource, and archeological values," while also "provid[ing] food and habitat for . . . domestic animals" and "recogniz[ing] the Nation's need for domestic sources of minerals, food, timber, and fiber from the public lands."<sup>35</sup> Though the BLM's mandate directs it to balance competing land uses, among which could theoretically number biodiversity, it does not contain an explicit biodiversity conservation provision.

The BLM has historically prioritized grazing, mining and other uses that emphasize economic output rather than ecosystem management. Its well-documented sympathies for commodity production have often caused it to be branded a victim of "agency capture," wherein an agency's decision-making processes becomes co-opted by particular groups or special interests.<sup>36</sup>

b. The National Forest Service

A little under 50 million acres of NFS land is managed primarily for conservation. This includes wilderness areas, Wild & Scenic Rivers, National Monuments, National Recreation Areas, and National Game Reserves. The rest of the Forest Service land is managed under a "multiple use-sustained yield" mandate, which traditionally has privileged timber production and other extractive uses,

<sup>32</sup> See Lazarus at 33

<sup>33</sup> See Karkkainen at 14-15. The government has apparently added some land since Karkkainen's article, as the FWS website notes that it administers 96 million acres of land. See <http://www.fws.gov/midwest/horicon/documents/wildplaceswildthings.pdf> (last visited May 11, 2005).

<sup>34</sup> 43 U.S.C. §§ 1701-1784. The FLPMA covers all unreserved federal lands.

<sup>35</sup> 43 U.S.C. § 1701(a) (8-12).

<sup>36</sup> See George C. Coggin, "Some Directions for Reform of Public Natural Resources Law," 3 ENVTL. L. 67, 72-73 (1988) (describing the BLM as "the very model of the agency capture phenomenon").

as well as recreation.<sup>37</sup> For most of the history of the NFS, biodiversity has not been a management priority despite the fact that the National Forest Management Act of 1976 (“NFMA”)<sup>38</sup> contains an explicit biodiversity directive. It directs the Forest Service to “provide for diversity of plant and animal communities based on suitability and capability of the specific land area in order to meet multiple-use objectives.”<sup>39</sup> In recent years, however, both the NFS and the FWS (discussed below) have incorporated ecosystem management principles into their management strategies in order to protect and enhance biodiversity.

Regulations released in 2000, at the end of President Clinton’s second term, required the NFS to prioritize ecological sustainability and to consider large and varied spatial and temporal scales as part of the forest planning process.<sup>40</sup> The regulations also directed the Forest Service to look beyond individual species and to instead consider overall ecosystem diversity by “identifying ecological conditions needed to maintain species viability over time.”<sup>41</sup>

New regulations issued in 2005 by the Bush Administration represent a significant retreat from the large-scale spatial and temporal planning methodology adopted in 2000. The new regulations instead give the NFS broad authority to define the relevant “area of analysis” while restricting the plan area to the boundaries of the National Forest.<sup>42</sup> Thus, the “area of analysis” cannot exceed the size of the particular national forest under review nor can it overlap adjoining lands. Since species habitat does not respect human-made boundaries, any plan that self-restricts its planning vision to such defined areas is bound to complicate the biodiversity management process.

As Keiter observes, “the Bush administration’s 2005 planning regulations represent a determined attempt to minimize the Forest Service’s legal obligations and hence the opportunity [for citizens] to challenge agency planning decisions.”<sup>43</sup> This change in strategy is perhaps most glaring in that the new regulations explicitly exempt the forest planning process from NEPA obligations. Under these regulations, forest managers do not have to prepare Environmental Impact Statements. They instead have to comply with vaguely defined self-audit procedures known as Environmental Management Systems.<sup>44</sup> Though these regulations are too new for their impact upon biodiversity to be measured, the overall de-emphasis of ecosystem management and biodiversity goals in favor of multiple-use offers little cause for optimism.

<sup>37</sup> See 16 U.S.C. §§ 528-31 (The Multiple Use-Sustained Yield Act of 1960), which directs that national forests be “utilized in the combination that will best meet the needs of the American people.” in a way that includes “high-level annual or regular periodic output of the various renewable resources.”

<sup>38</sup> 16 U.S.C. §§ 1601-1617.

<sup>39</sup> *Id.* at § 1603 (g) (3) (B).

<sup>40</sup> See 36 CFR § 219.20(a).

<sup>41</sup> *Id.* at § 219.20 (a) (2) (ii); see also Keiter at 970.

<sup>42</sup> *Id.* at § 219.16 (2005)

<sup>43</sup> Keiter at 951.

<sup>44</sup> 36 C.F.R. § 219.5 (2005).

### c. Fish and Wildlife Service

The FWS administers 511 national wildlife refuges on 92 million acres in all fifty states.<sup>45</sup> The National Wildlife Refuge System is the only government land whose principal management goal is biodiversity. Though the Refuge system has long had a biodiversity mandate, most wildlife refuges, especially those in the lower 48 states, have often functioned more to protect habitat for certain target species – often migratory birds and waterfowl.<sup>46</sup> This has sometimes led refuge managers to alter the existing ecosystem to benefit those target species.<sup>47</sup> As clarified by the National Wildlife Refuge System Improvement Act of 1997, the FWS must “ensure that biological integrity, diversity, and environmental health of the system are maintained for the benefit of present and future generations . . .”<sup>48</sup> Unlike the recent NFS policy changes, the FWS policy (which dates from 1996) directs managers to situate their refuges within *ecologically* defined boundaries rather than those set by humans.<sup>49</sup>

### d. National Parks and Wilderness Areas

The National Park Service manages over 80 million acres of public lands. Though designation as a national park protects a region from extractive uses and development, it does not necessarily aid biodiversity. Typically, parks are managed for their historical, scenic, recreational, or cultural value. Furthermore, many national parks are heavily used, which causes resources to be diverted to recreational facilities rather than ecosystem protection. Enabling visitor access often involves road-building, concession and housing facilities, parking lots, and other amenities, all of which degrade habitat.<sup>50</sup>

Heavy human use can also disturb delicate ecosystems. Mindful of the continuing degradation of habitat in national parks, the NPS management policy directive was revised in 2001 to direct that the NPS “try to maintain all the components and processes of naturally evolving park ecosystems, including . . . diversity, and genetic and ecological integrity of plant and animal species native to those ecosystems.”<sup>51</sup> Though this directive articulates a strong commitment to biodiversity, balancing this goal with the need to accommodate increasing human traffic in and around the parks poses a significant challenge for a cash-strapped agency.

### e. Wilderness Areas

Wilderness areas, which may be designated from any federally owned land and are therefore under the management of diverse federal agencies, are managed

<sup>45</sup> 76 million of the 92 million acres of refuges that FWS manages are in Alaska, however.

<sup>46</sup> See Dennis D. Murphy, “Invertebrate Conservation,” in *BALANCING ON THE BRINK OF EXTINCTION: THE ENDANGERED SPECIES ACT AND LESSONS FOR THE FUTURE* 183 (Kathryn A. Kohm ed., 1991)

<sup>47</sup> See Karkkainen at 35.

<sup>48</sup> 16 U.S.C. § 668dd(a)(4)(B)

<sup>49</sup> See U.S. FISH AND WILDLIFE SERV., U.S. FISH AND WILDLIFE SERVICE MANUAL, 052 FW1 (1.2 C), available at <http://www.fws.gov/policy/052fw1.html> (last visited May 11, 2005) (noting that an ecosystem approach requires the participation of all stakeholders – internal and external – and requires that management decisions be based on naturally defined ecological boundaries).

<sup>50</sup> See Victoria Edwards, *DEALING IN DIVERSITY* (1995) 99-100.

<sup>51</sup> NAT'L PARK SERV., U.S. DEP'T OF THE INTERIOR, 2001 MANAGEMENT POLICIES § 4.1, available at <http://www.nps.gov/policy/mp/chapter4.htm> (last visited May 12, 2005).

so as to “leave them unimpaired for their future use and enjoyment as wilderness.” This includes maintaining them in “their natural condition.”<sup>52</sup> Though this directive contains no explicit biodiversity provision, the dictate to preserve their “natural condition” would seem to include preserving the areas’ ecosystems and resident species. Even without an explicit biodiversity directive, wilderness areas seem well situated for such an endeavor.

The task is complicated, though, by the fact that wilderness areas, like national parks, are often selected more for their scenic and recreational qualities than for their biodiverse ecosystems. In addition, like all federal lands, wilderness area boundaries may not coincide with ecosystemic boundaries. Last, like the majority of federal lands, wilderness areas are concentrated in the western United States.<sup>53</sup> Nevertheless, wilderness areas are an important reservoir of biodiversity in the U.S. They protect large swathes of habitat from invasive and burdensome uses and, as private and public lands continue to be developed, wilderness areas could serve an even more crucial role in the preservation of biodiversity in the future.

## V. BIODIVERSITY’S PRESENT AND FUTURE IN THE UNITED STATES

The United States grew out of conflicting cultural myths that impelled Americans to simultaneously conquer and celebrate the wilderness. This engendered a schizophrenic relationship with the land and an embedded presumption that ecological realities could and would yield to American determination. In addition, the American system of government spreads authority among the various branches and agencies of the federal government as well as the states and also cedes considerable authority to private land owners.

The Bush administration favors less rather than more constraints on economic development of federal land even as national biodiversity reserves continue to dwindle. To further complicate matters, the administration has abandoned the ecosystem management approach in favor of using human-defined boundaries to set management parameters in National Forests. This decision seems to flout conventional scientific wisdom, which advocates precisely the opposite approach.

Currently, responsibility for managing federal lands is fragmented among diverse agencies, often with competing use-directives. No federal law mandates the sequestration of federal land specifically for biodiversity purposes (although significant federal lands include biodiversity among their management priorities). All this, combined with the spatial and temporal challenges inherent to environmental law and the looming constitutional challenges to many environmental statutes make the goal of increasing biodiversity protections daunting at best.

Nevertheless, the situation is not hopeless. The nation’s founders intended for lawmaking to be a slow and deliberate process because they believed that important decisions require careful consideration and debate. In recent years, as

<sup>52</sup> 16 U.S.C. § 1131(a).

<sup>53</sup> See Karkkainen at 41.



biodiversity protection has emerged as an urgent worldwide concern, the machinery of government has begun to respond, albeit slowly. For example, both the Forest Service and the Fish and Wildlife Service have incorporated the language of ecosystem management principles into their biodiversity conservation policies.<sup>54</sup> Managers of many private sector companies have also begun to acknowledge both the hidden costs of anti-environmental policies and the risk of economic backlash from a public that genuinely values such matters. Even politicians who in the past have been openly hostile to environmental initiatives have softened their rhetoric in order to avoid offending the electorate.<sup>55</sup>

While environmental protection has in recent years become a politically divisive issue with Democrats tending to favor more stringent laws and Republicans more likely to oppose them, it was not always this way. Much of the landmark environmental legislation in the nation's history was enacted over the signature of Republican presidents and with broad bipartisan support in both houses of Congress. Recent events indicate that the political fault lines currently dividing the parties on environmental matters have begun to erode. For example, many self-identified evangelicals who traditionally embrace conservative politics are now allying themselves with progressives in order to agitate for a shared goal of environmental protection. These unlikely allies could harbingers a new era of bipartisanship aimed at addressing increasingly urgent national and international environmental woes, including biodiversity.

Though bipartisan comity will not solve the biodiversity problem, it will facilitate some steps that can at least mitigate the crisis. In light of the federal government's massive land holdings, a sensible first step would involve a unified biodiversity initiative that identifies biodiverse regions and reaches across agency lines to protect them. Since ecosystems do not adhere to boundaries between private and public land, sound biodiversity practices will inevitably involve the use of some private land as well as land owned by the individual states.

A program of this type may prove less inflammatory than one might otherwise expect in a political climate that is increasingly sympathetic to private property rights and suspicious of top-down federal environmental initiatives. Sustainable land use is a priority at every level of government and for the private sector as well. When all affected parties communicate and cooperate, solutions sometimes present themselves. Currently every state except Oklahoma has initiated some form of cooperative planning program designed to foster cooperation between the federal, state and local governments as well as private landholders in order to improve land management.<sup>56</sup> Not all of these programs aim at fostering biodiversity but in some cases it is a natural and desired outcome. For example, in Colorado,

<sup>54</sup> See Keiter at 968.

<sup>55</sup> See Lazarus at 248 (noting that an internal Republican polling document directed Republican elected officials and candidates to reassure their audience that they seek to preserve and protect the environment but that "it can be done more wisely and efficiently").

<sup>56</sup> See "Saving Biodiversity: A Status Report on State Laws, Policies and Programs, Section Two: Findings and Analysis," <http://www.defenders.org/pb-bst13.html> (last visited April 26, 2005). This site offers an analysis of each state's biodiversity status and the steps they are respectively taking to protect it.

the Colorado Ecosystem Partnership (“CEP”) is an agreement between federal and state agencies designed to bring ecosystem management methods to natural resource planning within the state.<sup>57</sup>

Another potential solution could involve bartering federal land that is resource rich but lacking in biodiversity for private lands which have been identified as potential biodiversity reserves. Since fair value would be offered for the private land, the Takings Clause would not be implicated. There are many other possible solutions.<sup>58</sup> None is a panacea but, taken together, a comprehensive set of reforms designed to proactively protect biodiversity could lead to significant nation-wide protections.

As noted above, many of the nation’s most powerful environmental laws were passed despite significant political, spatial and temporal obstacles. The reforms suggested above represent just a few ways to enhance biodiversity protections; they are by no means exhaustive nor are they enough. Biodiversity has emerged as one of the most pressing environmental concerns of the new millennium. Despite myriad cultural contradictions and a ponderous political system that often seems to impede the lawmaking process, the United States has historically risen to these types of environmental challenges and legislated and acted accordingly. In the coming crucial decades, it will need to do so again.

---

<sup>57</sup> *See id.*

<sup>58</sup> For a discussion of several approaches, *see* Julie B. Bloch, “Preserving Biological Diversity in the United States: The Case for Moving to an Ecosystems Approach to Protect the Nation’s Biological Wealth,” 10 *PACE ENVTL. L. REV.* 175 (1992).



# GLOBAL LEGAL INSTRUMENTS AND JURISPRUDENCE ON LANDSCAPE, NATURE AND CULTURE

DINAH SHELTON

George Washington University Law School

*The cultural landscape is fashioned from a natural landscape by a culture group. Culture is the agent, the natural area the medium, the cultural landscape is the result.*

*Carl Sauer, The Morphology of Landscape (1925).*

Very few international agreements refer to landscapes per se, yet, both environmental and human rights instruments address the interplay between lands, nature and culture and thus directly impact the conservation of landscapes. Some of these texts refer generally to “cultural rights”, but the language has been interpreted to include protection of groups’ lands and the way of life that is associated with them. Other instruments refer to “heritage” which is both cultural and natural. In practice, many of the efforts to use these legal instruments to conserve what may be called “cultural landscapes” have come from indigenous and other traditional communities whose identity and/or spiritual center is inextricably linked to sacred sites and landscapes. Indeed, concerns for cultural diversity as well as for environmental protection stimulate much of the international work on this topic. This paper will present an overview of the major global human rights and environmental instruments addressing landscapes and culture.

There are over 200 million indigenous people<sup>1</sup> in the world and many of them live in some of the world’s most vulnerable ecosystems and landscapes: the Arctic and tundra, the tropical rainforests, the boreal forests, riverine and coastal zones, mountains and semi-arid rangelands. These people, as found by the special rapporteur on human rights and the environment:

*have a special relationship with the land and the environment in which they live. In nearly all indigenous cultures, the land is revered; “Mother Earth” is the core of their culture. The land is the home of the ancestors, the provider of everyday material needs, and the future held in trust for coming generations.*

---

<sup>1</sup>Although there is no clear definition of the term “indigenous peoples”, a certain number of criteria have emerged in the course of discussions in the Working Group on Indigenous Populations. Indigenous peoples are the descendants of the original inhabitants of territories since colonized by foreigners; they have distinct cultures which set them apart from the dominant society; many have, until comparatively recently, had a high degree of control over their development; indigenous peoples have a strong sense of self-identity.

*According to the indigenous view, land should not be torn open and exploited--this is a violation of the Earth--nor can it be bought, sold or bartered.*

Reflecting this interaction, landscapes can be seen as inevitably composed of natural and cultural elements. As such, they have been a matter of concern to both international environmental law and international human rights law.

## **1. ENVIRONMENTAL INSTRUMENTS**

Agenda 21 contains a specific chapter on indigenous populations. It mentions existing treaties and the draft universal declaration on indigenous rights. It provides that indigenous people and their communities “may require, in accordance with national legislation, greater control over their lands, self-management of their resources, participation in development decisions affecting them, including, where appropriate, participation in the establishment or management of protected areas.”

The Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (CBD) has addressed indigenous rights in the context of implementing Art. 8 of the Convention, which calls for protecting traditional knowledge and practices consistent with sustainable development. Decision VI/1 of the sixth Conference of the Parties emphasizes the need for dialogue with representatives of indigenous and local communities, particularly women, for the conservation and sustainable use of biological diversity, and recognizes the need to explore additional ways and means to enhance the full and effective participation of indigenous and local communities in the Convention process.

Annex II of the decision contains “Recommendations for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or Which Are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities.” The recommendations allow for integrated consideration of the cultural, environmental, social impacts of a proposal as a single process. Possible impacts on all aspects of culture, including sacred sites should be taken into consideration while developing cultural impact assessments. Effective environmental impact assessment should include areas of significant conservation value, environmental constraints, geographical aspects and potential synergistic impacts. The direct and indirect impacts of the development proposal on local biological diversity at ecosystem, species and genetic levels should be assessed, and particularly in terms of those components of biological diversity that the relevant community and its members rely upon for their subsistence, livelihood, and other needs. Development proposals should be rigorously assessed for their potential to introduce alien invasive species into local ecosystems.

The socio-economic impact assessment should analyze demographic factors, housing and accommodation, employment, infrastructures and services, income and asset distribution, traditional systems of production as well as educational needs, technical skills and financial implications. Proposed developments should

be evaluated in relation to tangible benefits to such communities, such as job creation, viable revenue from the levying of appropriate fees, access to markets and diversification of income-generating (economic) opportunities for small and medium-sized enterprises. Developments involving changes to traditional practices for food production, or involving the introduction of commercial cultivation and harvesting of a particular wild species should assess those changes and introductions. Social development indicators consistent with the views of indigenous and local communities should be developed and give consideration to gender, generational considerations, health, safety, food and livelihood security aspects and the possible effects on social cohesion and mobilization.

Finally, UNESCO's World Heritage Convention (1972) must be considered. As the unique international instrument recognizing and protecting both cultural and natural heritage of outstanding universal value, in 1992, it became the first international legal instrument to protect "cultural landscapes", i.e. "the combined works of nature and man." The 1992 revision of the Operational Guidelines was based on recommendations of an international expert meeting which considered the need to recognize the associative values of landscapes and landscape features to indigenous peoples and to the importance of protecting biological diversity through cultural diversity within cultural landscape. The revision recognizes the diversity of manifestations of the interaction between humankind and its natural environment and introduces references to sustainable land use. It accepts the living heritage of indigenous peoples and introduces traditional management mechanisms into the Operational Guidelines, as well as considers spiritual relationships to nature.

The 1992 decision recognizes three categories of World Heritage Cultural Landscape. The first is the "clearly defined landscape" designed and created intentionally by man and including garden and parkland landscapes constructed for aesthetic reasons, often associated with religious or other monumental buildings (Versailles gardens in France). The second category is the "organically evolved landscape." Originally associated with intentional acts, it has developed its present form by association with and in response to its natural environment. One sub-category of this grouping is "relict (or fossil) landscape, in which the social dimension came to an end at some time in the past, but whose features are still visible in material form (e.g. Stonehenge and Avebury, England). The other sub-category is "continuing landscape" where there remains an active social role, often associated with the traditional way of life. Finally, there is the category of "associative cultural landscape," where powerful religious, artistic or cultural associations are drawn from the natural element. In this last category, the material or created cultural elements may be insignificant or even absent.

During the first decade, 30 cultural landscapes were listed. Most of the inscriptions fell within the "continuing organically evolved" category (18) but examples of others include Sintra, inscribed in the first category, and Uluru, Australia in the third grouping. Several characteristics seem to reappear. First, towns or villages appear in most cultural landscapes, because these are not wilderness areas. Water is also a key element as it is used and managed, even sometimes

changed for aesthetic or cultural purposes. Religion is also a frequent manifestation in cultural landscapes, whether it is a massive abbey as at Melk or the cedars of Lebanon. Mountain landscapes are also prevalent (12 of the cultural landscapes are mountain areas). Some have suggested that the full list of UNESCO sites contains many more cultural landscapes (as many as 70) but they were not nominated as such. Possibly there is a perception that it is harder to be approved as a cultural landscape site than as a mixed site, but for whatever reason states seem to avoid the category. The criteria also seem to eliminate certain areas because the focus is on rural, non-industrial landscapes. Both urban and industrial areas are excluded.

Between 1992 and 2001, UNESCO held a total of 14 expert meetings on cultural landscapes, to identify different methods that states parties might choose to use when nominating cultural landscapes for inclusion on the World Heritage list. The meetings also developed methodologies for identifying cultural landscapes and made suggestions for their classification and evaluation. Several legal management, socio-economic and conservation issues were also addressed. Some of major themes included agricultural landscapes, desert landscapes and oasis systems, sacred mountains of Asia, vineyard cultural landscapes, and rice culture and terraced landscapes. These meetings have concluded that cultural landscapes provide the basis for a genetic pool for future crops, are the basis of the culture, identity and beliefs of the people who live within them and provide the basis of long-term survival and integrated sustainable development within and without their specific areas.

Among the six major categories of protected areas developed by IUCN, Category V covers protected landscapes and seascapes, defined as areas “where the interaction of people and nature over time has produced an area of distinct character with significant aesthetic, ecological and/or cultural value, and often with high biological diversity.” Protection is aimed at the “area” or the conjunction of nature and culture.

## **2. HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS**

ILO Convention No. 169, which has been ratified by just seventeen states, updated an earlier treaty of 1957 and is the only binding legal instrument of recent years devoted to the issue of indigenous peoples. The Convention “call[s] attention to the distinctive contributions of indigenous and tribal peoples to the cultural diversity and social and ecological harmony of humankind and to international co-operation and understanding.” Article 7 provides that the peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programmes for national and regional development which may affect them

directly. Part II of the Convention specifically concerns land. Article 13 requires governments to respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship. The land is deemed to include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use. Subsequent articles recognize the rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy and the natural resources pertaining to their lands. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities.

Over the past 25 years, Article 27 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) has been invoked in more than a dozen individual complaints brought to the United Nations Human Rights Committee against states that have ratified the covenant and its Optional Protocol establishing the complaints procedure. The article concerns guarantees for minority groups within states parties and many of these complaints have concerned interference with land and resources. Nordic indigenous Sami have filed cases against Finland, Norway, and Sweden; Maori brought a complaint against New Zealand; and indigenous groups have complained against Colombia and Canada. In nearly every case, the Committee has declared the complaint inadmissible or rejected it on the merits.

The Committee's expansive interpretation of Article 27 through General Comment No. 23, issued in 1994, raised hopes that the U.N. system would provide legal recourse for issues related to landscape and culture. According to the Comment,

*...Culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them.... The protection of these rights is directed towards ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned, thus enriching the fabric of society as a whole*

There are several reasons why, despite this broad reading of the Article, members of minority groups have been unsuccessful in pressing their claims. First, many cases have been declared inadmissible for failure to exhaust local remedies. The ICCPR requires that all effective and available local remedies be exhausted, even if they are difficult and expensive to undertake. Thus, the Committee has required recourse to the prevailing legal system in a state even in the face of complaints that it deals unfairly with communal land tenure or nomadic lifestyles.



Second, the Committee has accepted without question the right of a state to file a reservation to Article 27, effectively excluding the rights contained therein. France filed a “declaration” at the time it ratified the ICCPR in which it asserted that Article 27 was inapplicable in the country because of its national laws on equality and nondiscrimination. The Committee held the declaration to be a reservation, noted that no states had objected to it, and concluded that it therefore lacked jurisdiction over all the cases brought to it involving alleged violations of the article. In effect, such reservations amount to a denial that minority groups exist on the theory that all individuals are treated with equal rights and freedoms. No allowance is made for cultural diversity and the right to be different.

Third, the Committee has set a high threshold for finding a violation. It is not enough that there is an impairment of a minority way of life; it should be a serious deprivation of cultural life. Thus, in *Lánsman et al v. Finland (I)*, the Committee decided that Article 27 was not violated by the extent of stone-quarrying permitted by Finland in traditional lands of the Sami. Moreover, the Committee determined that measures were taken to minimize the impact on reindeer herding activity and on the environment. In effect, the Committee interpreted the treaty to mean that measures whose impact amount to a denial of the right to culture are not acceptable, but those that simply have a “certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority” do not violate the treaty.

In *Diergaardt v. Namibia*, the Committee judged for itself the link between an economic activity and the claim of cultural rights, determining that cattle herding by descendants of an Afrikaaner and Khoi community did not present the type of links protected as cultural rights. The Committee stated that “although the link of the Rehoboth community to the lands in question dates back some 125 years, it is not the result of a relationship that would have given rise to a distinctive culture.” While the community did have self-government over a period of time, this was not seen as being “based on their way of raising cattle.” Therefore, there was no violation of Article 27.

The Sami cases suggest a fourth reason why applicants have failed to prove a violation. The Committee considered it significant that the state made efforts to consult the minority community and take their views into account in making its decision. The consultations had been extensive and resulted in some changes in the government’s plans, based on dialogue with leaders of the affected Sami community. It thus appeared to the Committee that the dispute was as much between factions within the minority group as between the group and the majority represented by the government.

The Committee did not articulate any standards for determining whether the government had acted in good faith, but returned to the issue in the Maori complaint against the government of New Zealand. In *Apirana Mahuika et al v. New Zealand* the petitioners claimed violations of the rights of self-determination, right to a remedy, freedom of association, freedom of conscience, nondiscrimination, and minority rights as a result of New Zealand’s efforts to regulate commercial and noncommercial fishing after a dramatic growth of the fishing industry. The government and the Maori, whose rights are guaranteed by the Treaty of Waitangi,

executed a Deed of Settlement in 1992 to regulate all fisheries issues between the parties. The authors of the communication represented tribes and sub-tribes that objected to the Settlement, contending that they had not been adequately informed and that the negotiators did not represent them.

The government acknowledged its duty to ensure recognition of the right to culture, including the right to engage in fishing activities, but argued that the Settlement met the obligation by balancing the needs of the majority and minority after good faith negotiations. According to the government, the system of fishing quotas reflected the need for effective measures to conserve the depleted inshore fishery. Thus, in imposing the quotas the government carried out its “duty to all New Zealanders to conserve and manage the resource for future generations...based on the reasonable and objective needs of overall sustainable management.” The Human Rights Committee decided in favor of the government, emphasizing

*that the acceptability of measures that affect or interfere with the culturally significant economic activities of a minority depends on whether the members of the minority in question have had the opportunity to participate in the decision-making process concerning these measures and whether they will continue to benefit from their traditional economy.*

The consultations undertaken by the government complied with this requirement because the government paid special attention to the cultural and religious significance of fishing for the Maori. Thus, the Committee evaluated both the process and the substantive balance between majority and minority interests.

Finally, the Committee has taken a strict view of what constitutes a minority within a state, refusing to view English-speakers in Quebec, for example, as a minority because they are part of the national majority in Canada even though they are a minority in Quebec. The Committee did find, however, that a measure requiring all commercial signs to be in French was a denial of freedom of expression to the English-speaking businessman. It is not clear how far the Committee will go in re-characterizing minority complaints as individual complaints involving violations of other rights under the Covenant. In the case of the signage, the practical results for the applicant were the same whether the case was won based on Article 27 (minority rights) or on Article 19 (free speech). By characterizing the case the way it did, however, the Committee avoided the prospect of looking within states at smaller geographic areas where the ethnic balance may be different from the country as a whole. The Committee might have felt that this was too intrusive in domestic matters or that it would exacerbate tensions to call the majority a minority because of population distribution in particular areas.

In sum, the Committee has balanced the cultural and economic needs of the minority with respect for the majority’s laws and has unquestionably regarded the state as the representative of the majority’s decisions made through the democratic process. When it decides the merits of complaints, the Committee has assessed the impact on the minority group of the actions taken, the degree to which the state has consulted the group and attempted to mitigate damage, and the benefits to all those in the state, including the minority, from the actions taken. In general, it has found the state actions reasonable and the harm to the community insufficient

to amount to a breach of cultural rights as guaranteed by Article 27. The Human Rights Committee also has restricted potential claims by minority groups through General Comment No. 23, where it provides its interpretation of Article 1 on the right of peoples to self-determination. In the Comment, the Committee concluded that the right of petition cannot extend to matters of self-determination because it is a right belonging to peoples, while only individuals can file complaints. This allows the Committee to avoid deciding matters of self-determination. Thus, despite the Committee's broad definition of cultural rights in General Comment 23, it has chosen to limit claims of autonomy by minority groups, thus upholding the sovereignty and territorial integrity of states.

In other actions, United Nations and OAS organs have drafted Declarations on the Rights of Indigenous Peoples that contain rights related to the interplay of landscape, nature and culture. The United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities adopted its draft on August 26, 1994, which it submitted to the Commission on Human Rights for further action.<sup>2</sup> The Commission decided on March 3, 1995 to establish an intergovernmental working group to review the draft. Part VI of the U.N. draft includes the right of indigenous peoples "to maintain and strengthen their distinctive spiritual and material relationship with the lands, territories, waters and coastal seas and other resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and to uphold their responsibilities to future generations in this regard" (Art. 25). Specific protection is afforded to medicinal plants, animals and minerals. Indigenous peoples have the right to special measures to control, develop and protect their genetic resources, including seeds, medicines, and knowledge of the properties of fauna and flora.. Indigenous are given the right to own, develop control and use the total environment of the lands, air, waters, coastal seas, sea-ice, flora and fauna and other resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used. States are to provide restitution of or compensation for lands taken without free and informed consent. Art. 28 provides that indigenous peoples have the right to the conservation, restoration and protection of the total environment and the productive capacity of their lands, territories and resources. Part IV of the U.N. draft contains procedural rights, including the right of indigenous peoples to participate fully at all levels of decision-making in matters which may affect them.

The Inter-American Commission on Human Rights drafted the OAS Declaration which it transmitted to the OAS General Assembly in 1997.<sup>3</sup> The draft was subject to lengthy periods of comment and input from states and indigenous groups. A Consolidated Text was issued by the chair of the working group in 2003.<sup>4</sup> This draft reflects many of the same concepts as the UN draft. The pre-

<sup>2</sup> Resolution 1994/45, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 46<sup>th</sup> sess. 1994, reprinted in 34 I.L.M. 541 (1995). The chair of the Working Group on Indigenous Peoples also prepared a special study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples. See E.-I. Daes, *Discrimination against Indigenous Peoples: Protection of the Heritage of Indigenous People*, E/CN.4/Sub.2/1994/31.

<sup>3</sup> See IACHR, *The Human Rights Situation of the Indigenous Peoples in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II.108, Doc. 62 (Oct. 20, 2000).

<sup>4</sup> Working Group to Prepare the Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, *Consolidated Text of the Draft Declaration Prepared by the Chair of the Working Group*, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc. 139/03, 17 June 2003.

amble recognizes that for indigenous peoples their traditional collective forms of ownership and use of lands, territories, resources, waters, and coastal zones are a necessary condition for their survival, social organization, development, spirituality, and individual and collective well-being. Article XVIII of the Consolidated Draft concerns the right to environmental protection and it clearly expresses the interaction between indigenous peoples and the landscapes around them: “indigenous peoples have the right to live in harmony with nature and to a healthy and safe environment, which are essential conditions for enjoyment of the right to life, to their spirituality and to collective well-being.” Various specific rights of conservation, information, participation and consultation are provided in this article as well as duties the state must fulfill to ensure effective exercise of the rights.

The case law of the Inter-American human rights system has contributed considerably to recognizing the rights of indigenous peoples in respect to their traditional lands and natural resources. The case of *Awas Tingni Mayagna (Sumo) Indigenous Community v. Nicaragua*, decided by the Inter-American Court of Human Rights, involved the protection of Nicaraguan forests in lands traditionally owned by the Awas Tingni. The case originated as an action against government-sponsored logging of timber on native lands by Sol del Caribe, S.A. (SOLCARSA), a subsidiary of the Korean company Kumkyung Co. Ltd.. The government granted SOLCARSA a logging concession without consulting the Awas Tingni community, although the government had agreed to consult them subsequent to granting an earlier concession. The Awas Tingni filed a case at the Inter-American Commission, alleging that the government violated their rights to cultural integrity, religion, equal protection and participation in government. The Commission found in 1998 that the government had violated the human rights of the Awas Tingni and brought the case before the Court on June 4, 1998, alleging violation by Nicaragua of Arts. 1, 2, 21 and 15 of the American Convention, due to the state’s failure to demarcate and to grant official recognition to the territory of the community. The Commission requested that the Court determine award compensation.

On August 31, 2001, the Court issued its judgment on the merits and reparations. The Court decided by seven votes to one to declare that the state violated the Convention right to judicial protection (Art. 25) and the right to property (Art. 21). It unanimously declared that the state must adopt domestic laws, administrative regulations, and other necessary means to create effective surveying, demarcating and title mechanisms for the properties of the indigenous communities, in accordance with customary law and indigenous values, uses and customs. Pending the demarcation of the indigenous lands, the state must abstain from realizing acts or allowing the realization of acts by its agents or third parties that could affect the existence, value, use or enjoyment of those properties located in the Awas Tingni lands. By a vote of 7 to 1, the Court also declared that the state must invest US\$50,000 in public works and services of collective benefit to the Awas Tingni as a form of reparations for non-material injury and US \$30,000 for legal fees and expenses.

The Inter-American Commission's *Third Report on the Situation in Paraguay*,<sup>5</sup> addresses environmental protection in Chapter V on Economic, Social and Cultural Rights and in Chapter IX, on the rights of indigenous peoples. The Commission expresses concern about lack of protection for the habitats or landscapes of indigenous groups, specifically referring to deforestation and ecological degradation, contrary to the provisions of Art. 64 of the Paraguayan Constitution. According to complaints received "[t]he environment is being destroyed by ranching, farming, and logging concerns, who reduce the [indigenous people's] traditional capacities and strategies for food and economic activity." In addition to pointing to the deforestation, the Commission noted that the waters have been polluted and hydroelectric projects have flooded traditional lands and destroyed a unique system of islands that contained invaluable biodiversity. The Commission recommended that the state adopt the necessary measures to protect the habitat of the indigenous communities from environmental degradation, with special emphasis on protecting the forests and waters, "which are fundamental for their health and survival as communities."

## Challenges and Conclusions

It may be concluded that although global legal instruments make few references to landscapes, issues concerning them arise frequently in both environmental and human rights instruments. The interaction of land, nature and culture as it affects the formation of different societies, in their diversity and uniqueness, is increasingly recognized and a growing subject of legal protection. Clearly, however, much remains to be done to develop a truly holistic set of norms and institutions to protect this complex interaction.

The key management objective is to sustain landscapes while allowing local communities to continue to use them. This poses difficult decisions: how much change is acceptable and over what period of time? What are the priorities in values and use and how may these be implemented in practice? Values may be associated with the particular interest in the landscape, whether it is scenic, spiritual, historical, or other. It may be necessary to compromise the authenticity of a landscape by using modern conservation techniques in order to ensure that the integrity of the relationship of culture and nature remain intact. Awareness and education about the value of cultural landscapes is important to promote this goal, as is site-specific training and policy-planning. One of the biggest challenges is to manage the visual values of continuing landscapes in the face of development pressures. Finding the resources to ensure economic viability of maintaining cultural landscapes requires consideration of income from charges or other 'user pays' mechanisms. Finally, it is important to remain aware of the multiple threats to cultural landscapes. Some of these are natural, including weather phenomena; others may be of human origin and are as diverse as the provision of utility servi-

<sup>5</sup> OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, 9 March 2001.

ces, changing uses of historic structures, visitor pressures or, more severely, from disease or armed conflict. Emergency preparedness and disaster management thus cannot be ignored.

In order to protect landscapes, inventories or surveys of existing sites must be done according to accepted methodology, order to classify and organize the data. Categories and criteria should be developed by a multidisciplinary team that can identify archaeological importance, architecture, biological diversity and other elements of importance, as well as to identify all other landscapes, even those considered of minor importance. Such identification can provide information about the unique or special characteristics of different sites. Based on such information, decisions can be made about different protective mechanisms including the creation of protected areas, in concert with local communities who may be affected. Wide use of environmental impact assessment procedures and similar devices will remain of critical importance. Taking together the natural and cultural components, any protective regime should involve community management (which requires defining the relevant community), planning and public participation as well as mechanisms for conflict avoidance. Ownership and use rights over the land and its resources have to be allocated in an equitable and sustainable manner. In this manner, communities can identify with and be proud of cultural landscapes and become the means to ensure their sustainable management.



# THREATS TO LANDSCAPES AND CONCEPTS AND STRATEGIES FOR COPING WITH THEM

*ECKARD REHBINDER*

Professor, University of Frankfurt, Research Centre for Environmental Law

## 1. THE NOTION OF LANDSCAPE

The notion of landscape is rather fluid. Traditionally landscape has been understood as to mean large open areas of natural, semi-natural or cultivated land together with their vegetation and waters. However, the European Landscape Convention of 2000 adopted by the Council of Europe (not to be confounded with the European Union)<sup>1</sup> uses a holistic concept of landscape. Article 1 lit. a of the convention defines landscape as an “area, as perceived by people, whose character is the result of the action and interaction of natural and/or human factors” and in its article 2 expressly states that the convention covers “natural, rural, urban and peri-urban areas”. This means that the notion of landscape also comprises the whole urban space. In other words, the built-up environment or townscape – and not only green areas within cities and towns – is encompassed by the notion of landscape.

Another distinctive feature concerns the objectives of landscape protection. Although the protection of the aesthetic values of landscapes – their natural beauty and/or uniqueness – dominated the conceptual development of nature conservation both in Europe and the United States<sup>2</sup>, many laws on nature conservation have long extended their scope to ecological objectives. Conservation of nature and landscape have been considered as two sides of the same coin, if not as almost synonymous, at least where one concedes that the protection of aesthetic values and of recreation in the landscape is a legitimate objective of nature conservation. Under this perspective, too, the European Landscape Convention offers a contrasting programme. While including the ecological and environmental functions of landscape (in practice: mostly outside urban and peri-urban areas), the convention seems to lay the emphasis on its cultural aspects as a fundamental element of the European natural and cultural heritage. Consequently, it describes landscape protection as activities for conserving and maintaining the significant or characteristic features of a landscape justified by the landscape’s heritage value derived from its natural configuration and/or human activity (article 1 lit. d).

<sup>1</sup> European Treaties Series/176. By contrast, the Pan-European Biodiversity and Landscape Diversity Strategy, Council of Europe, UNEP, European Commission for Nature Conservation, 1996 is based on the traditional notion of landscape

<sup>2</sup> Kloepfer, Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts, 1994, at 70-76; Kiss et al. (eds.), Protection of the environment. History and Ideology, 1985; Huth, Nature and the American: Three Centuries of Changing Attitudes, 1972



In the following, I will not use the definition of the European Landscape Convention. On the one hand, its broad definition of landscape including the whole built-up environment in urban and peri-urban areas suggests a communality of functions, problems, threats and responses that does not exist. On the other hand, the focus on the cultural protection perspective runs the risk that cultural and ecological objectives might be somewhat artificially separated. Although in individual cases there may be conflicts between ecological, social and cultural objectives of landscape protection, the relevant objectives can and should be addressed in conjunction. Therefore, the traditional notion of landscape in the sense of a larger area of natural, semi-natural or cultivated land with its vegetation and waters appears preferable.

## 2. FUNCTIONS OF LANDSCAPES

The next question relates to the functions (or services) of landscapes. There are quite a number of different functions a landscape can and normally does fulfil.<sup>3</sup> These can be classified in the following way:

- habitat function,
- regulatory function,
- production function,
- carrying function,
- recreational (social) function, and
- cultural function.

Normally these functions can be fulfilled in conjunction or they at least overlap. However, there may also be conflicts between (and even among) environmental functions, economic utility and beauty which would then require the setting of priorities.

Landscapes serve as habitats for species of plants, animals and microorganisms. This is not only true of natural areas or areas close to nature of which we tend to think in connection with the protection of biodiversity. In many countries the present stock of species is the product of cultivation of land. For example, in Europe where there are very few pristine areas (mostly in the North and East), agricultural cultivation, while having eradicated or at least decimated some species such as large animals of prey, has created, or more exactly allowed to immigrate and/or propagate, a diversity of species of plants and animals that had not existed in the early Middle Ages. The same might be true in Asian rural landscapes.

The regulatory function of landscapes consists in the capability of large open areas to regulate essential life-supporting processes and maintain the viability of life systems with their components climate, water, soil and biomass. Landscapes can decompose natural residual substances, build up the humus

<sup>3</sup> Degroot, Environmental functions and the economic value of ecosystems, in: Jansson, Hammer, Folke et al. (eds.), Investing in Natural Capital, 1994, p. 151, at 152/53; Heilig, Multifunctionality of Landscapes and Ecosystem Services with Respect to Rural Development, in: Helming & Wiggering, Sustainable Development of Multifunctional Landscapes, 2003, at 39-51 (using slightly different classifications)

layer of soils, recirculate precipitation, regenerate groundwater and absorb anthropogenic substances such as acidifying substances, nutrients or carbon dioxide. An example is the function of forests and other vegetation to operate as sinks that bind carbon dioxide.

Furthermore, cultivated landscapes have of course a production function. They are the basis of agriculture and forestry. Soil fertility, availability of water, climatic conditions and the various interchanges in the soil are the mayor factors that shape the kind and extent of possible activities in the field of agriculture and forestry. Landscapes provide space for human settlements, economic activities and infrastructure facilities and thereby “carry” human life on earth.

Landscapes provide space for human settlements, economic activities and infrastructure facilities and thereby “carry” human life on earth. This service is related to the production function but is distinguished from it in that it is the least “natural” of all landscape functions. In particular, these activities can also be carried on in degraded landscapes.

Landscapes are also a natural resource favourable to tourism and recreation and thereby have a social function. An important element of this function is access to landscape which depends on the extent and kind of specially protected areas, but also on the concept of property and its social obligation, in a given country. Although there may be and often are conflicts between the ecological functions of landscapes and their social function, a prudent landscape policy associated with functioning enforcement mechanisms can often reconcile these functions.

Finally landscapes also have an important cultural function. The configuration, characteristic features and diversity of landscapes belong to the cultural heritage of a country. They contribute to the quality of life and cultural identity of people. This is not limited to unique or outstanding landscapes. Rather, as the European Landscape Convention correctly emphasises (article 2), also everyday landscapes constitute an important element of well-being.

### **3. THREATS TO LANDSCAPES**

Unfortunately, various developments in agriculture, forestry, industry, mining, urbanisation, transport, infrastructure and tourism exert strong pressures on landscapes and tend to damage their habitat and regulatory functions and/or production functions or obliterate their cultural distinctiveness. At a more general level, these pressures can be derived to population growth, the dynamics of market economies and changes in world economy towards accelerated globalisation.

Agriculture exerts major pressures on landscapes. Modern agricultural methods such as mechanisation, enlargement of plots, increased use of fertilisers and pesticides or herbicides and specialisation on particular crops but also utilisation of unsuitable land are liable to cause biodiversity losses, soil erosion and groundwater pollution; thereby they are threatening the habitat and regulatory functions of landscapes. They also adversely affect the structure of the visible landscape, especially through uniformity effects (“agricultural deserts”). Conversely, aban-

donment of agriculture on marginal land in less advantaged areas such as mountainous areas may impair the quality of cultivated landscapes.

Perhaps even more serious is the ongoing unregulated process of deforestation and conversion of large forest areas into land for agriculture and cattle-breeding – due to climatic and soil conditions often only for a limited duration but, as more recent examples in Haiti and the Brazilian Sertão or historic examples in the Lebanon and the Balkan demonstrate, associated with devastating effects on landscapes and their functions, especially biodiversity. In addition, in many parts of the world unsustainable forestry methods and lack of controls are threatening the natural and cultural heritage of pristine forests with their majestic, centuries old trees such as the Patagonian cypress in Chile or the Redwood Tree in Canada.

The permanent growth of urbanised areas in the world, ranging from medium-sized cities to mega-cities with their enormous space requirements for human settlements, industry, commerce and infrastructure, is leading to an ever-increasing conversion of open spaces. Infrastructure projects such as dams, reservoirs, and hydropower facilities leave deep wounds in the landscape and the ever-increasing network of highways and roads is leading to a segmentation of landscapes with the associated losses of functional landscape values.

Finally tourism, however desirable it may be from an economic point of view, exerts considerable pressures especially on fragile landscapes such as coastal and mountainous areas as touristic development normally is associated with massive urbanisation.

In evaluating these negative trends, one point should be emphasised. One cannot reasonably deny that further economic and social development in major parts of the world is a question of survival. The adverse effects on landscape that are necessarily associated with it must be accepted. The task is to direct development onto a path that is half-way sustainable also in the light of the environmental dimension of sustainability, which allows for some geographical differentiation with areas of higher and lower environmental quality.

#### **4. CONCEPTS AND STRATEGIES TO COPE WITH THE THREATS**

##### **a) Guiding concepts**

Traditionally, nature and landscape conservation has aimed for the conservation of species and biotopes, landscape conservation focussing more on biotopes. This conservation concept can be justified on several grounds.<sup>4</sup> Apart from social and cultural services of landscapes, biotope conservation is important in order to protect endangered species. Under a broader perspective, i.e. independent of the existence and degree of endangerment, biotope conservation serves to maintain a high diversity of types of biotopes which in turn safeguards the habitats of as many species as possible. As regards species, apart from being a part of a country's natural and cultural heritage, they are to be conserved because of their functions

<sup>4</sup> See Sachverständigenrat für Umweltfragen, Für eine Stärkung und Neuorientierung des Naturschutzes, 2000, at 22-25

for the maintenance of life-supporting processes and life systems. Conservation of local biodiversity in natural habitats can minimise potential risks for the functions afforded by landscapes, at least where these are important for a larger area. In essence, this amounts to an application of the precautionary principle.

Another important guiding concept is the systems approach. The conservation objectives must be directed at maintaining the functions of the landscape and conserving it as a whole, i.e. as a system of complex interaction between its components. This includes water, soil, air, genetic diversity, diversity of plants, animals, microorganisms and habitat diversity. Seen under this perspective, landscape conservation policy is not – or not only – a sectoral policy within environmental protection but rather a transsectoral, overarching policy, although for reasons of administrative expediency this claim cannot be entirely fulfilled. This leads to the integration principle whereby landscape protection, without giving up its relative autonomy, should also be integrated into the various sectoral policies such as those relating to agriculture, water, forestry, energy, industry, transport, finance, regional development, urban and rural planning (see article 6 lit. b European Landscape Convention, article 6 EC Treaty).

The traditional concept of landscape protection has been a static one. One seeks to conserve a landscape in a given state assuming more or less that any change amounts to a deterioration. Often maintenance of protected areas is used to counteract the dynamics of change of landscape for the sake of conservation. This may make sense if one wants to maintain a man-made landscape that was shaped by agricultural activities which have been abandoned or considerably reduced. Here, maintenance is a substitute for past agricultural activities that seeks to keep the landscape open in order to protect a preferred function, in particular its beauty or its existence as representative for a particular type of historic landscape. A parallel is protection of historic monuments. However, in principle a static concept of landscape conservation is not appropriate because it ignores the dynamics of ecosystems. Protection of landscapes can only be successfully achieved if it includes the internal natural or semi-natural dynamics of ecosystems. This implies the acceptance of change of the system as a matter of principle. It is one of the essential reasons why the protection of natural processes in the landscape is important.<sup>5</sup> Landscapes should also be conserved and enhanced so as to ensure, where possible, that their biological functions and material and energy flows that characterise the location are maintained.

However, one must accept that there are important limitations to this concept. Insofar as in the name of protecting processes the highest possible degree of proximity to nature is demanded, the realities of development in major parts of the world militate against this proposition. Moreover, there is no reason for underestimating the ecological value of species and biotope conservation in semi-natural and man-made landscapes. Finally, insofar as it is demanded that at least 5

<sup>5</sup> International Union for the conservation of Nature and Natural Resources, World Conservation Strategy, 1980, No. 20 (= UN Resolution 37/7 of 28.10.1982)

percent of landscapes be conserved as, or converted into, pristine areas, one may doubt what this can contribute to the overall conservation of ecological processes and life systems.

It must be conceded that conservation in natural or semi-natural areas may also be associated with a certain loss of biodiversity. The size of populations may be lower than in substitute biotopes which are permanently cultivated or maintained. Some species may even disappear. There is a certain internal conflict between classic nature conservation (especially in the form of “niche” ecology) and the protection of large natural or semi-natural areas. A certain loss of biodiversity at the lower level is acceptable because under the perspective of a holistic, systems-oriented landscape protection there are not only the habitat function, but also the regulatory functions of natural resources that count.

Finally in this context, at least in densely populated countries with acute land-use competition and a high conversion rate, quantitative landscape protection objectives are necessary to ensure a minimum area of connected, natural or semi-natural landscapes of sufficient diversity in order to protect their habitat and regulatory functions (ecological network). Although there is some scientifically plausible knowledge about minimum requirements, quantification will ultimately be based on a political-administrative convention. For example in Europe the EC Habitats Directive<sup>6</sup> aims for establishing a coherent network of representative types of landscapes and the Commission has set forth informal quantitative targets as to the necessary share of protected habitats in the member states.

### **b) Substantive strategies**

The traditional strategy of landscape protection has been the determination of protected areas which one can also denote as “taboo zones”. The protection status ranges from total protection (nature reserve or national park) to attenuated forms of protection allowing for some economic use of the area. It depends on the purposes of protection, the pre-existing uses, the budgetary means and legal restraints. For example, a cultivated landscape that is to be conserved for its beauty or recreation can do with basic restrictions on building and major encroachments by projects and the like. More ambitious conservation objectives require more stringent regulation. The relevant protection objectives and prohibitions or restrictions are normally set forth in the act – often a decree or regulation – that determines the area as conservation area, although the law may set forth basic requirements and contain a definitive or open list of categories of protected areas.

The advantages of the strategy of protected areas are obvious. Since protected areas will cover only a limited part of the whole national territory, the degree of protection can be high and control costs are reduced, assuming that the country in question has the requisite political will and administrative capacity for enforcing environmental regulations.

<sup>6</sup> Directive 92/43/EC, 1992 O.J. No. L 206, p. 7; an earlier, more limited approach is embodied in the Wild Birds Directive, Directive 79/409/EEC, 1979 O.J. No. L 103, p. 1 as amended

However, there are also shortcomings that put the strategy of protected areas into question, at least as the sole or dominant conservation strategy. One is that acceptance of total protection areas by local people who use natural resources for their living may be low. A certain economic use of natural resources in protected areas is normally not incompatible with the conservation objectives. It often is rejected only for reasons of administrative expediency such as effectiveness of controls rather than substantive conservation rationales. Ivory in Africa is a pertinent example. What motivates those who object to a liberalisation of the existing hunting restrictions in national parks is primarily the fear of a breaking of the dyke, especially due to expected permanent pressure for fresh ivory coming from the reanimated demand of markets that had been dried out. Whether official interferences into wildlife to curtail stocks in reaction to over-population are better justifiable is an open question. Lack of acceptance also has played a major role in implementing the EC Habitats Directive. There has been massive resistance by farmers against determination of their land as protected habitat on the grounds that possible restrictions of agricultural use endangered the economic viability of farms.

The second disadvantage of the strategy of protected areas is that it may be, and often is, associated with a certain neglect of conservation of the remaining national territory. The counter-strategy is that of differentiated land-use. According to this approach, nature and landscape protection may not be limited to selected protected areas. Rather, the protection of landscape and of their habitat and regulatory functions must be ensured, with a tiered intensity of protection, in all cultivated areas. Regional conservation targets must consider the different natural endowments, the corresponding conservation potential and the degree and requirements of use. One can also denote this strategy as one of multifunctionality whereby landscapes that are used for production shall also to the extent possible fulfil habitat, regulatory, cultural and social functions.<sup>7</sup> The concept of multifunctionality considers agriculture and forestry both as producers of private goods for the market and at the same time as suppliers of public environmental goods.

Multifunctionality is easiest to achieve in forests, at least in countries that have long recognised economic sustainability as a basic requirement of forest management. The ecological functions of forests can then be safeguarded by applying the concept of “proximity to nature”. This concept requires that forest management aims for achieving a structure of forests that leads away from industry-like plantation forests and monoculture towards forest species that are typical for the location and forests that are diverse in composition, for example by allowing for a fair degree of natural regeneration.

<sup>7</sup> Helming & Wiggering (eds.), *Sustainable Development of Multifunctional Landscapes*, 2003; Doussan, *Agriculture et forêt: rapprochement et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité*, in : Cornu & Fromageau (eds.), *La forêt en France au XXI<sup>e</sup> siècle. Enjeux politiques et juridiques*, 2004, at 67-85 ; FAO, *Cultivating Our Futures. Taking Stock of the Multifunctional Character of Agriculture and Land*, <http://www.fao.org/docrep/X2776E/X2776E00.htm> (June 2002); FAO, *21th FAO Regional conference for Europe. Multifunctional Character of Agriculture and Land in Porto*. 24-28. July 2000, <http://www.fao.org/docrep/meeting/X7073E.htm> (June 2002); OECD, *Multifunctionality: Applying the OECD Analytical Framework Guiding Policy Design (Workshop of 2.-3. July 2001)*, Paris: OECD, <http://www1.oecd.org/mf/index.htm> (June 2002)

On agricultural land, rules of good agricultural practice can be devised so as to reduce fertiliser and pesticide input, conserve essential landscape structures including hedges and characteristic trees, and counteract soil erosion. Often, such rules do not only protect the habitat and regulatory functions of landscapes, but also their productive function which are endangered by farming practices that are not considerate of environmental constraints. Other measures could include restrictions on building in the open landscape except for farm houses, especially in the surroundings of agglomerated areas or in areas of particular beauty. A pertinent example is section 35 of the German Building Code which prohibits building in the open landscape subject to narrowly defined exceptions including the recognition of farmers' privileges. Larger housing, touristic and industrial development can – and need to be – controlled by land-use planning, environmental impact assessment and landscape impact controls.

Of course the counter-programme to plantation or other “industrial” forest and agricultural “deserts” is associated with some economic restraints and possible losses. It almost invariably will meet with resistance by forest owners and farmers, especially in high yield areas. Often, subsidisation may be necessary to improve acceptance and solve control problems which makes the concept less attractive to poor countries. However, there should be no denying that landscape conservation is warranted also outside formally protected areas. Article 1 of the Convention on Biodiversity clearly expresses this idea by setting forth both the objective of conservation of biodiversity and sustainable use of its components.

### **c) Instrumental strategies: Design of instruments**

Traditional landscape protection has mainly employed instruments that belong to the category of “command-and-control”. The determination of protected areas with their restrictions of use or positive maintenance obligations, landscape planning, environmental impact controls – they all are of an imperative nature in that they prohibit or restrict behaviour that has or may have adverse impacts on the landscape or, conversely, order a behaviour expected to be beneficial to a landscape. In this connection, a crucial question is that of the prerequisites for taking decisions. The decision-making criteria are normally expressed in broad statutory terms and/or are merely implicit in that the law confers upon the competent authority a wide margin of discretion to be exercised in keeping with the objectives of the law. This structure of the normative programme requires a high degree of secondary specification, *inter alia* by relying on conservation concepts developed by ecologic science. This may alienate people who can in principle be considered as potential supporters of landscape conservation, but do not understand any longer its message. Moreover, the openness of the empowerments exposes the authority to various pressures by economic and other societal interests that militate against effective landscape protection. Finally, application of broad statutory terms or discretionary decision-making is fraught with the problem of coherency of decision-making.

There are two possible responses to this kind of dilemma. One is more frequent use of landscape quality objectives which, for example, is mandated by the European Landscape Convention. Such objectives can be “stop rules” or negative

objectives such as the concept of critical load and critical concentration of pollutants or critical biodiversity losses which describe undesirable developments that must be avoided. The objectives can also be positive targets relating to a desirable landscape quality. The quality targets of a good quantitative and qualitative state of waters set forth by the EC Water Framework Directive<sup>8</sup> is a good example of such a positive approach.

Where such generalisation is not feasible, one may consider to strengthen the integrity of the decision-making process by giving protection goals more weight in the process. In many modern constitutions, one can find provisions that expressly mandate the protection of nature and landscape. The European Landscape Convention obliges the contracting states to recognise the landscape “in law as an essential component of people’s surroundings, an expression of the diversity of their shared cultural and natural heritage, and a foundation of their identity” (article 5 lit. a). In addition, one might consider to expressly establish optimisation requirements whereby the concerns of landscape protection shall be given particular weight in the decision-making process (“to the fullest extent possible”).

An alternative, or more realistically: supplement, to traditional command-and-control regulation in landscape protection is the use of various kinds of economic incentives such as impact fees, subsidies, contractual arrangements, impact mitigation banking, and liability for pure ecological damage.<sup>9</sup> What makes economic incentives in landscape conservation attractive is that they use the “language” of economic actors, afford a high degree of flexibility and are capable of overcoming at least part of acceptance barriers; some instruments also have a certain potential of involving affected actors in the design of conservation policies. Economic instruments are often hailed as a necessary contribution to deregulation and an expression of the change of the role of the state from a hierarchical to a cooperative and moderating state. On the other hand, economic instruments in landscape conservation may be less effective than command-and-control regulation, depending on the functioning of administrative enforcement of the latter. In any case, they do not dispense with the need to take political-administrative decisions regarding the establishment of the framework conditions for employing the instruments and therefore amount to a fair degree of “re-regulation”. This means that many problems of decision-making and in particular of the relevant criteria and their specification one is faced with in command-and-control regulation of landscape conservation will almost invariably return in designing economic instruments and making them function on the ground.

<sup>8</sup> Directive 2000/60/EC, 2000 O.J. No. L 327, p. 1

<sup>9</sup> See generally Emerton, Using Economic Incentives for Biodiversity Conservation, IUCN, 2000 (<http://economics.iucn.org>); for impact mitigation banking Nicholas, Juergensmeyer & Basse, Perspectives Concerning the Use of Environmental Mitigation Fees as Incentives in Environmental Protection, Environmental Liability 2 (1999), 27, at 38-43; National Research Council, Compensating for Wetland Losses under the Clean Water Act, 2001; Environmental Law Institute, Banks and Fees: The Status of Off-Site Wetland Mitigation in the United States, 2002 (<http://www2.eli.org/wmb/wmbinterim.pdf>) (USA); Bunzel, Kompensationsverpflichtung und Pflegemaßnahmen bei Eingriffen in Natur und Landschaft, Natur und Recht 2004, 15-19; Breuer, Öko-Konto – Chance oder Gefahr?, Naturschutz und Landschaftsplanung 2001, 113-17 (Germany)



## 5. CONCLUSION

It is obvious that the analysis undertaken has worked with quite some generalisations. Moreover, one cannot rule it out that it may be biased by experience based on landscape conservation in Europe. Admittedly, the world with its natural conditions, economic and social needs, problems and political and administrative capacities is too diverse to allow uniform analyses and solutions of landscape conservation. Nevertheless, looking at problems with a bird's eye view from whichever angle is a useful exercise. It can shed light on communalities and generate ideas that, at least after adaptation to the problems on the ground, can inspire future solutions tailored to the respective needs. Of course, I am aware that much more is needed than establishing a conceptually and strategically appropriate system of landscape conservation in order to ensure its effectiveness. Other important factors are administrative and scientific capacity, the integrity of the legal system and good framework conditions for conservation advocates.<sup>10</sup> It would have gone too far to extend the analysis to these factors, however important they may be.

<sup>10</sup> See, e.g. Rehbinder, Obstacles to national implementation of the Convention on Biological Diversity, in: Michanek (ed.), *Fågelperspektiv på rättsordningen*, Legal essays in honour of S. Westerlund, 2002, at 375-85 with further references

# DEL COMANDO Y CONTROL AL DEL DERECHO REFLEXIVO PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN MÉXICO

JOSE JUAN GONZÁLEZ

Professor, Universidad Autónoma Metropolitana México

## 1. LA CIENCIA JURÍDICA FRENTE AL DETERIORO AMBIENTAL

Aunque la degradación ambiental no es un fenómeno nuevo, las formas y los ritmos que adquiere durante la segunda mitad del siglo XX sí lo son.

Desde el inicio mismo de la vida en la tierra, los asteroides y los volcanes, entre otros fenómenos geológicos y meteorológicos han producido estragos radicales en su composición original.<sup>1</sup>

De la misma forma, muchos de los procesos antrópicos que degradan al ambiente tampoco son nuevos. A lo largo de la historia, el hombre ha talado los bosques, explotado los minerales, generado basura, criado ganado, cazado animales y desde que descubrió el fuego, hace medio millón de años, ha contaminado la atmósfera.<sup>2</sup> En suma, “Los cambios ambientales sobre la tierra son tan viejos como el planeta mismo, alrededor de 4 billones de años. Nuestro *homo* ha alterado el ambiente terrestre a lo largo de su existencia, cerca de 4 millones de años”.<sup>3</sup>

Sin embargo, a partir del siglo XX, la situación varía drásticamente pues, por una parte, los procesos tradicionales de degradación son más intensos, por ejemplo, de acuerdo con la FAO cada dos segundos se pierden 3000 metros cuadrados de bosque, mientras que las emisiones de gases de efecto invernadero producidas por las actividades humanas han alcanzado una tasa promedio de 1000 toneladas por segundo;<sup>4</sup> y por la otra comienzan a verse ciertas clases de cambios ambientales que son auténticamente nuevos, tales como el adelgazamiento de la capa de ozono, la lluvia ácida y el cambio climático.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> En la mitología y en las religiones, los fenómenos destructivos aparecen sin solución de continuidad. El desastre como oposición a Maat en el antiguo Egipto; el diluvio universal como mito universal de la humanidad pues “cada tribu postula el propio”. Jordano Fraga, Jesús. **La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Admisitración y Derecho público: Responsabilidad, seguro y solidaridad.** Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2000. P. 21.

<sup>2</sup> El dominio de la naturaleza por el hombre ha sido incluso, desde la perspectiva de algunas religiones, un mandato divino. “Entonces dijo Dios: Crezcan y multiplíquense; llenen la tierra y sométanla; dominen sobre los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se mueven por la tierra”. Génesis 1, 27.

<sup>3</sup> McNeill, J.R. **Op.cit.** P. 3

<sup>4</sup> Weizsäcker, Ernst U Von y Mochen Jesighaus. **Ecological tax. A political proposal for sustainable development.** Reino Unido, Zed Books, 1992. p. 3.

<sup>5</sup> Según el último informe Mundial sobre Desastres elaborado por la Federación Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja, la combinación explosiva de los cambios climáticos derivados de la actividad humana y de la rápida evolución de las condiciones socioeconómicas producirá reacciones en cadena que provocarán un incremento de las catástrofes. Tomado de Jordano Fraga, Jesús. **Op.cit.** p. 22.

Baste recordar que a partir de la década de los setentas, tienen lugar las primeras manifestaciones catastróficas del desarrollo tecnológico industrial. Por ejemplo, en 1976, en Seveso, Italia, ocurrió un accidente industrial en una planta de plaguicidas que generó dioxinas; en 1977 ocurrió una filtración de productos tóxicos en los sótanos de los hogares en Love Canal, EUA; en 1979 tuvo lugar un importante accidente en la planta de energía nuclear Three Mile Island, EUA y una explosión bajo la torre de perforación Ixtoc, dejó un derrame de 640 km de petróleo en el Golfo de México; en 1984 un accidente químico en Bopal, India, mató a miles y mutiló a otros tantos; en 1986 ocurrió en Chernobyl, URSS el peor desastre nuclear en el mundo, esparciendo desechos radiactivos en muchas regiones de Europa y un incendio en Basilea, Suiza liberó residuos tóxicos en el Rin, causando la muerte de peces hasta en los países bajos; en 1989, el Exxon Valdez derramó 50 millones de litros de petróleo crudo en Prince Williamson, en 1991, durante la guerra del Golfo Pérsico, se derramaron y quemaron millones de litros de petróleo crudo;<sup>6</sup> y finalmente; en 2002 el buque petrolero *El Prestige* derramó grandes cantidades de petróleo pesado frente a las costas españolas.<sup>7</sup>

Empero, el deterioro ambiental no es sólo resultado de desarrollo científico y tecnológico sino que está directamente relacionado con el incremento de la producción de bienes y servicios<sup>8</sup> destinada a satisfacer las crecientes necesidades de una población mundial cada vez mayor.<sup>9</sup>

Aunque el crecimiento poblacional no es en sí mismo un problema ambiental, tiene consecuencias sobre el equilibrio ecológico planetario.<sup>10</sup> porque la expansión de la población humana trae consigo varios fenómenos que impactan negativamente al ambiente<sup>11</sup>, tales como: a) la ocupación de lugares previamente deshabitados o escasamente poblados, b) el aumento en el uso de los recursos naturales, b) la presión para incrementar la producción de alimentos a través de la utilización de agroquímicos y técnicas de monocultivo, o manipulación genética que pueden ser perjudiciales a la biodiversidad, y d) un aumento de la producción mundial para satisfacer la creciente demanda de los nuevos bienes y servicios

<sup>6</sup> Datos tomados de: PNUMA. **Perspectivas del medio ambiente mundial GEO 3**. Madrid, Mundi-Prensa, 2002, pp. 2-17.

<sup>7</sup> Véase: Juste Ruiz, José. *El accidente del Prestige en el derecho internacional*, en **Revista Española de Derecho Internacional**. Ministerio de la Presidencia- Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Año 2003, número 1, vol. LV.

<sup>8</sup> Una excepción a esta consideración es desde luego la Guerra, en donde el poder de la tecnología se ha puesto, a lo largo de la historia, al servicio de la destrucción ambiental. Véase: Austin, Jay E, y Carl Bruch (editores). **The environmental consequences of war. Legal, economic and scientific perspectives**. Reino Unido, Cambridge University Press, 2000. 691 pp.

<sup>9</sup> Bajo esta perspectiva, grandes cantidades de dinero, proveniente de los impuestos de los ciudadanos han sido gastadas por los gobiernos para estimular actividades económicas que tienen efectos contaminantes significativos, tales como la agricultura, la generación de energía, el transporte y la industria pesada. Véase: Pieters, Jan H. M. Y Helen Mountford. *Can we tell a perverse subsidy if we see one?* En Clinch, Peter, et. al (editors). **Greening the budget. Budgetary policies for environmental improvement**. Gran Bretaña, Edward Elgar, 2002, p. 4.

<sup>10</sup> Loperena Rota, Demetrio. **El derecho al medio ambiente adecuado**. Madrid, Civitas- IVAP, 1996. pp. 33-36.

<sup>11</sup> En ese sentido viene a cuento señalar que los datos sobre el incremento de la población son preocupantes Cuando el hombre inventó la agricultura, hace aproximadamente 8000 años antes de Cristo, la población mundial era probablemente entre 2 y 20 millones. Para el año 1 después de Cristo el mundo soportaba entre 200 y 300 millones de gente. Para 1500 la población mundial continuaba creciendo con cierta lentitud y para 1730 alcanzó los 700 millones. A partir de este momento comienza a crecer más rápido, iniciándose el *boom* que continúa hoy en día. Para 1820 la población alcanzó el billón o más y, según datos del Fondo de Población de las Naciones Unidas, en el año 2001 el planeta albergaba a 6 134.1 millones de seres humanos.

destinados a satisfacer las necesidades creadas muchas veces de manera artificial, por el modelo de consumo imperante.<sup>12</sup>

Por lo tanto, el crecimiento poblacional y el consecuente incremento de la producción de bienes y servicios suelen traducirse en un aumento de los impactos ambientales antropogénicos, pues las bases sobre las cuales se soportan constituyen las causas de los principales problemas ambientales, a saber:

a) El uso y consumo tanto de los recursos naturales como de los servicios que estos proveen,<sup>13</sup> a un ritmo cada vez mayor y sin que sean internalizados como costos de producción.<sup>14</sup>

b) El uso de nuevas formas de energía que da paso no sólo a nuevas formas de contaminación del aire y generación de residuos de composición química peligrosa cuya inadecuada disposición puede afectar el suelo, el subsuelo y los mantos freáticos; sino también a nuevos supuestos de riesgos industriales hasta antes desconocidos.

c) La manipulación de la información genética de los organismos vivos, que da origen a riesgos ambientales de efectos aún no conocidos.

Por ello, el cambio en la situación ambiental que comienza a manifestarse en la segunda mitad del siglo XX plantea para la Ciencia jurídica el desafío de crear instituciones jurídicas que:

a) Permitan tanto mantener un equilibrio racional entre los derechos de ocupación y uso de la tierra y sus accesiones naturales como conservar las vocaciones naturales del suelo;

b) Eviten que los costos de producción de bienes y servicios se soporten en usos gratuitos de las funciones ambientales;

c) Encausen las ambiciones del desarrollo científico-tecnológico dentro de límites que disminuyan los riesgos de catástrofes ambientales para la humanidad.

Precisamente, la respuesta a ese desafío, desde la arena de la ciencia jurídica, ha ido dando forma a lo que denominamos derecho ambiental.

## 2. EL DESARROLLO DEL DERECHO AMBIENTAL

En un principio, en Derecho trató de enfrentar los problemas ambientales propios del mundo moderno mediante la aplicación de las herramientas que proporcionaban las ramas tradicionales del derecho.

<sup>12</sup> Ya en 1798 Malthus había señalado que “ la capacidad de crecimiento de la población es infinitamente mayor que la capacidad de la tierra para producir alimentos para el hombre. La población, si no encuentra obstáculos, aumentará en progresión geométrica. Los alimentos sólo aumentarán en proporción aritmética”, y adelantó algunos de los problemas que tal asimetría provocaría. Malthus, Robert. **Primer ensayo sobre la población**. Trad. Patricio Azcárate Diz. Barcelona, Altaya, 1993. P. 53.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en el caso de los países más pobres el crecimiento económico sólo puede darse a costa una enorme degradación ambiental. Véase: Constanza, Robert. *El desarrollo histórico de la economía y la ecología*, en Morales Novello, Jorge y Lilia Rodríguez Tapia (coordinadores). **Economía para la protección ambiental, Ensayos teóricos y empíricos**. México, UAM, 2001. Pp. 319.

<sup>14</sup> Si como se prevé la economía mundial continúa su expansión a un ritmo de 3% anual, la producción mundial de bienes y servicios se incrementará cuatro veces durante la próxima mitad de siglo, alcanzando \$ 172 trillones de dólares y entonces el deterioro ambiental será catastrófico, a menos que se modifiquen drásticamente las políticas públicas ambientales Brown, Lester R. **Ecoeconomy**. USA, Norton, 2001, p. 81.

Así, por ejemplo en Estados Unidos el derecho de *torts* o *delicts*<sup>15</sup> y el Derecho relativo a la propiedad extendieron su aplicación a las disputas sobre contaminación del aire y del agua así como a otras formas de daños a los elementos del ambiente<sup>16</sup>; en Inglaterra las normas de derecho ambiental emergieron de los sistemas tradicionales de planeación local y regional,<sup>17</sup> mientras que en los sistemas jurídicos romano-germánicos se observó una adaptación de las normas jurídicas provenientes de la doctrina del Derecho Romano sobre *public trust* a los asuntos ambientales.<sup>18</sup>

En un segundo momento, los gobiernos elaboraron leyes específicamente para abatir los problemas de contaminación y para conservar, restaurar y asegurar el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables.<sup>19</sup>

En poco tiempo, la cantidad de leyes, tratados e interpretaciones judiciales en ese campo llegó a ser tan amplia que se hizo complejo y confuso el contenido de la legislación abocada a los asuntos ambientales.<sup>20</sup>

Ello condujo a un nuevo esfuerzo legislativo por parte de los gobiernos que en muchos casos tuvo como resultado la emisión de leyes marco o el establecimiento de procedimientos que atraviesan todos los sectores tales como las reglas de evaluación de, impacto ambiental.<sup>21</sup>

Una segunda generación de leyes ambientales se formó bajo el impulso de las Cumbres de Estocolmo y Río, y se caracteriza por el reconocimiento del principio del desarrollo sustentable en diversas declaraciones y tratados internacionales y su incorporación en las constituciones políticas de diversos países; la proliferación de los llamados instrumentos económicos de política ambiental que, al amparo del principio *contaminador-pagador*, comienza a verse en las legislaciones ambientales nacionales; incluso la consagración del derecho al medio ambiente adecuado; y la incorporación de los derechos a la información y la participación pública dentro de los procesos de toma de decisiones en materia ambiental, así como la ampliación de la legitimación procesal que ampara a los

<sup>15</sup> Gaines, Stanford E. y Cliona Kimber. *Redirecting Self-regulation*, en **Journal of Environmental Law**, vol. 13, año 2. Oxford University Press, 2001. p. 157.

<sup>16</sup> En ese país una de las primeras formas de enfrentar los problemas de contaminación fue a través de las llamadas *nuisance actions*, que se base en la prohibición legal de intromisiones irracionales y sustanciales en el uso de la propiedad de otro.

<sup>17</sup> Richardson, Benjamin. *Trends in North America and Europe*, en Bosselmann, Klaus y David Grinlinton. **Environmental Law for a Sustainable Society**. Auckland, New Zealand, New Zealand Centre for Environmental Law. 2002. pp. 47

<sup>18</sup> De hecho, dice Philippe Sands la preocupación por la flora y la fauna coincidió con el proceso de industrialización y el aprovechamiento de los recursos naturales Sands, Philippe. **Op. Cit.** pp. 26

<sup>19</sup> En los Estados Unidos, 1 primera Ley para la protección de los recursos naturales, la Forest Reserve Act, se dictó en 1891, mientras que la Clean Air Act y la Federal Water Pollution Act fueron aprobadas hasta 1970. Campbell-Mohn, Celia y otros. **Sustainable environmental law. Integrating natural resources and pollution abatement law from resources to recovery**. St Paul, Minnesota, West publishing Co., 1993. pp. 18 a 24.

<sup>20</sup> Nuevamente citamos a Campbell, Breen y Futrell, quienes señalan: "A partir de 1969, el derecho ambiental creció rápidamente. En 1971 el Instituto de Derecho Ambiental publicó un sumario de derecho ambiental que requirió de 33 páginas en el *Environmental Law Reporter*. En 1991, solamente el texto de los estatutos tomó más de 600 páginas. El Environmental Law Report ha publicado más de 5000 decisiones de las cortes federales. Esas decisiones están acompañadas de varios miles de decisiones administrativas, las cuales son igualmente importantes para los abogados que dan consejo a sus clientes". **Loc. Cit.** P. 43.

<sup>21</sup> La Ley Nacional de Política Ambiental de los Estados Unidos dictada en 1970 es seguida por la Ley Federal para prevenir y controlar la contaminación dictada en México en 1971, por el Código Nacional de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente de Colombia dictado en 1974 y por la Ley sobre protección de la naturaleza emitido en Francia en 1976, por citar solo algunos casos.

denominados intereses jurídicos difusos. En esta etapa el Derecho ambiental inicia el proceso hacia su independencia de las disciplinas jurídicas tradicionales.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos hasta ahora realizados por organismos internacionales, gobiernos y sociedad civil los problemas ambientales están lejos de ser plenamente controlados. Para la Ciencia jurídica los retos son cada vez mayores, pues no puede confrontar tan compleja realidad con el uso de instituciones jurídicas tradicionales sino que debe evolucionar tan rápido como el deterioro avanza hacia la construcción de un derecho de tercera generación que permita la consecución de dos desideratas universales: el pleno disfrute del derecho humano a un medio ambiente adecuado y la consagración de una economía de la sustentabilidad, pilares supremos de la justicia social.

En suma, el uso de las técnicas jurídicas tradicionales va dando paso a la creación de instituciones nuevas con un enfoque tan heterodoxo como sea necesario para enfrentar los complicados paradigmas ambientales vigentes.

Instituciones tales como la tributación ambiental, los servicios ambientales o la presunción del vínculo causal para la imputación de la responsabilidad por daños al ambiente están marcando el inicio de la tercera generación de leyes ambientales en la cual el derecho ambiental habrá de desprenderse de las instituciones jurídicas tradicionales.

La construcción de una base teórica para tales efectos resulta fundamental, pues la evolución del derecho ambiental ya no puede ser producto de la improvisación sino resultado de un proceso de reflexión científica.

### 3. LA METODOLOGÍA DEL DERECHO AMBIENTAL

La primera generación de leyes ambientales se basó exclusivamente en el uso de los instrumentos que proporcionaba la técnica de la regulación directa, también conocida como de comando y control,<sup>22</sup> según la cual la tutela del ambiente se puede lograr mediante la predisposición de parte del poder público de una serie de normas rígidas y de procedimientos de carácter administrativo dirigidos a asegurar el cumplimiento de esas normas.<sup>23</sup>

Ese fundamento dio lugar a cuatro mecanismos de protección ambiental

- a) Los estándares ambientales;
- b) Los procedimientos administrativos tendientes a la obtención de autorizaciones;
- c) El control por parte de la autoridad ambiental mediante el ejercicio de su función de policía; y,
- d) La determinación de sanciones por incumplimiento.

En México, tanto la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente como las relativas a Residuos, Vida Silvestre y Desarrollo Forestal, se basan fundamentalmente en la metodología propia del comando y control.

<sup>22</sup> Véase: Koh Khen- Lian. *The first generation of environmental laws in Asia*, en: Lin- Heng, Lye and María Socorro Z. Manguiat (editors). *Op. Cit.* pp. 15- 25.

<sup>23</sup> Diman, Paolo y Marcello Salerno. *Op. Cit.* P. 105.

Así, los instrumentos de política ambiental más desarrollados en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente son: a) la Evaluación del Impacto Ambiental, cuyo procedimiento aunque incorpora cierto grado de participación pública sigue siendo concebido como un procedimiento de carácter administrativo que inicia con una solicitud y concluye con la emisión de un acto de autoridad;<sup>24</sup> los estándares que determinan se establecen límites máximos de emisión de contaminantes, la calidad y características de los productos y la calidad ambiental para áreas específicas,<sup>25</sup>

Pero, si bien es cierto, la técnica del comando y de control es imprescindible como condición mínima de tutela del ambiente, ha resultado claramente insuficiente para resolver los problemas de deterioro ambiental que enfrentan la mayoría de los países del mundo, pues esta estrategia no busca en sí misma la reducción de los problemas de deterioro sino fundamentalmente el respeto al valor límite.

Por otra parte, una política ambiental basada en la técnica de la regulación directa presupone la existencia de una autoridad ambiental fuerte que para regular y controlar, por lo cual resulta ser muy onerosa y está siempre expuesta al cáncer de la corrupción. Otra dificultad que presenta esta estrategia es su rigidez, en cuanto su finalidad es preservar el ordenamiento existente y, por lo mismo, resulta escasamente motivadora.<sup>26</sup>

Por estas razones, la técnica de la regulación directa necesita ser complementada con métodos dirigidos a conservar y restaurar los recursos naturales y sus funciones.

En respuesta a las limitaciones del derecho administrativo para resolver los problemas ambientales, se han propuesto estrategias de carácter complementario. Por ejemplo en los Estados Unidos, Anderson y Leal propusieron innovar los derechos de propiedad como mecanismo para resolver los problemas ambientales. Estos autores argumentan que a través de la privatización de los bienes ambientales se pueden establecer incentivos adecuados para que los dueños de esos bienes cuiden los recursos y eviten la contaminación.<sup>27</sup>

Bajo esa idea, gobiernos como los de Estados Unidos y Gran Bretaña, primero, y más tarde los de Europa continental y Canadá han iniciado una serie de reformas en el sector público. Esas reformas se han centrado en la privatización de los bienes y servicios públicos y la modificación de las estructuras regulatorias que obstaculizan el crecimiento y la inversión. Por ejemplo, en los años noventas, el gobierno de Thatcher en Gran Bretaña privatizó el agua, la electricidad, el gas y otras industrias al tiempo que los Republicanos que controlaban la Cámara Baja

<sup>24</sup> Un análisis puede verse en González Márquez, José Juan. *El nuevo régimen de evaluación del impacto ambiental*, **Revista Mexicana de Legislación Ambiental**. México, mayo-agosto de 2000, año 1, No. 3.

<sup>25</sup> Hasta el momento se han promulgado 99 Normas oficiales mexicanas y 97 Normas Mexicanas, las cuales se refieren a aspectos tales como aguas residuales, emisiones a la atmósfera, residuos peligrosos y municipales, ruido, aprovechamiento forestal contaminación del suelo. Conservación de los recursos naturales e impacto ambiental. Fuente: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

<sup>26</sup> **Loc. Cit.** P. 107.

<sup>27</sup> Véase: Anderson, T.L. y Leal, D.R. *Free market Environmentalism* (1991) y Block, W. *Environmentalism and Economic Freedom: the case of Privat Property Rights* ( 1998) 17 *Journal of Business Ethics* 1887. Ambos citados por Richardson, Benjamin. **Op. cit.** p. 52.

de los Estados Unidos desmantelaron gran parte de los sistemas regulatorios cuyo cumplimiento significaba grandes costos para los negocios.

El reconocimiento de los derechos de propiedad sobre los recursos naturales conlleva a la aceptación del pago de una compensación económica a sus propietarios por los servicios que estos proveen y en ese sentido a interesarlos en su conservación.

En México, por ejemplo, en 1996 se reformó la Ley Forestal para reconocer que la propiedad del bosque corresponde al dueño del terreno en el que éste se ubica,<sup>28</sup> despejando así una creencia equivocada de que los recursos forestales se encontraban bajo el dominio público.

Es particularmente interesante resaltar un párrafo de la exposición de motivos que en su momento acompañó a la correspondiente iniciativa de reformas el cual señala “La intervención histórica del estado en la regulación del aprovechamiento de los recursos forestales del país ha propiciado la falsa idea de que tales recursos no pertenecen al propietario de los terrenos en que se ubican, lo que ha motivado abusos en perjuicio de los legítimos propietarios de los bosques”.

Es decir, en cierta forma la reforma reconoce que un sistema de propiedad pública de los recursos forestales impide su adecuada protección y por tanto se sostiene la importancia de la propiedad privada de los recursos forestales que, en el caso de México, siempre ha existido.

Otra forma alternativa de regulación para la protección del ambiente está referida al uso de los denominados instrumentos económicos de política ambiental, lo cuales encuentran su fundamento en el principio “contaminador pagador”. Estas instituciones de nueva generación se fundan en la lógica del mercado y entre ellas encontramos las ecoetiquetas, los tributos ambientales, los sistemas de incentivos y la negociación del derecho de contaminar.<sup>29</sup>

Los instrumentos económicos de la política ambiental persiguen el objetivo de que los contaminadores o los usuarios del ambiente asuman el coste del deterioro ambiental, es decir evitar que lo trasladen a la sociedad.

La definición de estos instrumentos suele implicar retos interesantes para el derecho y dar lugar a la creación de nuevas instituciones jurídicas.

Desde la óptica de la Ciencia jurídica, la novedosa filosofía del derecho reflexivo otorga el soporte teórico debido al desarrollo a las nuevas instituciones del derecho ambiental que, con un enfoque heterodoxo pretenden cubrir las deficiencias de las regulaciones directas.

Derecho reflexivo y regulación reflexivas son ideas que vienen de los estudios sobre sociología jurídica. La teoría del derecho reflexivo elaborada por el sociólogo alemán Gunther Teubner en los años ochentas<sup>30</sup> sugiere que el Derecho

<sup>28</sup> Esa Ley ha sido ya abrogada por la Ley General de desarrollo Forestal Sustentable publicada en **Diario Oficial de la Federación** del 25 de febrero de 2003, pero en su momento significó un parte aguas para la evolución del Derecho ambiental al señalar en su artículo 3º “La propiedad de los recursos forestales comprendidos dentro del territorio nacional corresponde a los ejidos, las comunidades o a las personas físicas o morales que sean propietarios de los terrenos donde aquéllos se ubiquen.” La nueva Ley reprodujo la regla establecida por su antecesora en esta materia en su artículo 5º.

<sup>29</sup> Bellomo, Gianluca. *La gestione dell'ambiente ed i nuovi strumenti*, en Di Plinio Giampiero y Pasquale Fimiani. **Op.cit.** p. 121.

<sup>30</sup> Véase: Gaines, Sanford y Cliona Kimber. **Op. cit.** pp. 157-184.



debe coordinar las metas y las actividades de los diferentes elementos o sistemas de la sociedad evitando la “juridificación”. Según esta teoría, el Derecho es un sistema que interactúa con otros sistemas tales como el político y el económico, por lo cual su papel debe ser el coordinar la efectiva comunicación entre sistemas. En otras palabras, el derecho reflexivo limita los alcances del derecho a formas de control social más indirectas, generales y flexibles, con la idea de encausar la comunicación social.<sup>31</sup>

De acuerdo con Orts, ese encauzamiento de la vida en sociedad involucra instituciones intermedias entre el Estado y el mercado, que permiten pasar un poco del peso de la regulación social de los sistemas legales a otros actores.<sup>32</sup>

Según Gaines y Kimber, el derecho reflexivo aplicado al ámbito de la protección ambiental persigue construir “un derecho ecológico de auto organización que use las fuertes presiones externas para lograr una autorregulación interna”.<sup>33</sup> A la luz de esta idea, dicen los autores citados, “el derecho es relevado de la carga de la regulación directa de las áreas sociales, y a cambio se le da la tarea del control activo sobre las áreas de autorregulación.”<sup>34</sup>

Entonces el derecho reflexivo enfatiza el diseño de mecanismos de autorregulación y de procedimientos adoptados con la idea en mente de inducir el pensamiento y el comportamiento en la dirección correcta.

Esta autorregulación se define como un régimen legal en el cual las reglas que gobiernan el comportamiento en el mercado son desarrolladas, administradas y aplicadas por la gente cuyo comportamiento es gobernado. Existen tres tipos de regímenes de autorregulación: a) compromisos privados puramente unilaterales; b) esquemas públicos en los cuales las partes privadas voluntariamente cumplen con los estándares establecidos por las autoridades públicas, y 3) acuerdos negociados que resultan del dialogo entre las autoridades gubernamentales y las personas privadas.

Entre los mecanismos de política ambiental que se basan en la filosofía del derecho reflexivo encontramos a los sistemas internos de gestión ambiental, el cumplimiento voluntario de normas internacionales, las auditorías ambientales y los acuerdos de cumplimiento, entre los sujetos regulados y las autoridades ambientales.

En su estado actual el derecho ambiental es producto de una simbiosis de las metodologías descritas y su autonomía se mide en función del grado en el cual la política ambiental descansa en los métodos de regulación tradicionales o modernos.

Sin embargo, la *reflexividad* como estrategia alternativa de regulación no es aún ni bien conocida ni bien comprendida a pasar de que, en cierta forma a comenzado a pernear en los sistemas jurídicos. Su incorporación al Derecho ambiental ha sido más bien casual y no puede decirse que plenamente intencionada, como puede verse en el caso de México.

<sup>31</sup> Richardson, Benjamin. *Op. cit.* p. 53.

<sup>32</sup> Orts. E.W. *Reflexive Environmental Law.* (1995) 89 (4) *Northwestern University Law Review.* 1263-1264.

<sup>33</sup> Gaines, Sanford y Cliona Kimber. *Op. Cit.* P. 161.

<sup>34</sup> *Ibid.*

### 3. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO REFLEXIVO EN EL DERECHO AMBIENTAL MEXICANO

Si bien durante más de veinte años la política ambiental mexicana se basó exclusivamente en el uso de los instrumentos propios de la técnica del comando y control, en la década de los noventas, comienza a plantearse la incorporación dentro de la legislación de formas alternativas de regulación.

Entre otras causas, este giro en la política ambiental se explica por:

- Las explosiones catastróficas ocurridas en el Sector Reforma, en la Ciudad de Guadalajara en 1992.
- La firma en 1993 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y su Acuerdo Paralelo en Materia Ambiental.
- La incorporación de México a la OCDE en 1994.

De esta forma, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente fue modificada sustancialmente en 1996 y entre los cambios más relevantes que se llevaron a cabo, se encuentran la incorporación de referencias a los sistemas de autorregulación, la auditoría ambiental y los instrumentos económicos, dando con ello paso al desarrollo de una nueva estrategia de combate al deterioro ambiental basada en el uso de lo que hemos denominado *derecho reflexivo*.<sup>35</sup>

Sin embargo, el paso del sistema de comando y control hacia el sistema del derecho reflexivo no es fácil para un país cuyo sistema jurídico de protección ambiental ha girado por mucho tiempo en torno a la tradición de las regulaciones directas. Por ello, la incorporación de los esquemas de autorregulación y auditoría ambiental dentro del derecho ambiental mexicano en los años noventas no significa ningún cambio inmediato en la política ambiental.

Incluso, si esa incorporación es inadecuadamente desarrollada o interpretada puede generar confusiones en el ejercicio práctico de la política ambiental. Como se verá a continuación.

a) La presencia de la autorregulación en el sistema de estandarización.

El establecimiento de estándares ha jugado un papel muy importante en el derecho ambiental mexicano desde que la LGEEPA fue promulgada en 1988.<sup>36</sup>

Muchos aspectos de la legislación ambiental han sido desarrollados con más detalle a través de los estándares que establecen límites de emisión de contaminantes, calidad y características de los productos y procesos así como la calidad ambiental deseada en ciertas zonas.

En el campo de la protección del medio ambiente, los estándares fueron denominados *normas técnicas ecológicas* por Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) en 1988. Esta Ley nunca dio a esos estándares un carácter obligatorio.

<sup>35</sup> *Loc. Cit.* p. 65.

<sup>36</sup> En el campo de la protección del medio ambiente se pueden distinguir tres clases de estándares: a) los estándares de la emisión que fijan valores de límite de emisión de contaminantes al ambiente; b) estándares del producto y c) estándares de la calidad ambiental.. Véase: Diman, Paolo y Marcello Scalerno. *Le tecniche giuridiche tradizionali*, en Di Plinio, Giampiero y Pasquale Fimiani. *Op. Cit.* P. 105-106.

Antes de 1988, la Ley Federal de Metrología y Normalización se refirió a una cierta clase de estándares denominados *Normas Oficiales Mexicanas* que a diferencia de las *normas técnicas ecológicas* si tenían un carácter obligatorio.

Así, mientras que los estándares eran obligatorios en otras áreas del Derecho administrativo, en campo de la protección del medio ambiente su cumplimiento era voluntario. Por otra parte, ni LGEEPA ni la Ley Federal de Metrología y Normalización establecían hasta ese momento, reglas para el proceso de elaboración de los estándares.

En 1992 un a Segunda Ley de Metrología y normalización fue aprobada y promulgada.<sup>37</sup> La nueva Ley reguló pro primera vez el procedimiento de elaboración de estándares. Al mismo tiempo esta ley introdujo la distinción entre las *normas oficiales mexicanas* y las *normas mexicanas*.

Ambas clases de normas son estándares que establecen las reglas, las especificaciones, las características, los métodos de ensayo, las pautas, las características o las prescripciones de determinado producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de la producción u operación, así como a terminología, simbolismo, el embalaje, la marca, o el etiquetado.

Sin embargo su proceso de elaboración es diferente. Las *normas mexicanas* son producidas por los organismos nacionales de la normalización o por el Ministerio que tiene jurisdicción en el área específica donde la norma se aplicará. Esta clase de estándares no se publica en el Diario Oficial de la Federación.

Las normas oficiales mexicanas se deben proyectar por la oficina gubernamental que corresponde el control o la regulación del producto, método, proceso o instalación, actividad o área que se normalizarán, pero deben ser aprobadas por los consejos consultivos nacionales de normalización que son integrados por los representantes de oficinas gubernamentales con la jurisdicción en el área específica de las normas, las organizaciones industriales, los surtidores de servicios, los distribuidores, el pescador, el bosque y los productores agrícolas, los centros para la investigación científica y técnica, las barras profesionales, y las organizaciones del consumidor.<sup>38</sup> Esta clase de estándares se debe publicar en el Diario Oficial de la Federación para entrar en vigor.

En ambos casos la participación de los sujetos regulados juega un rol importante en virtud de que por disposición de Ley, estos deben formar parte tanto de los organismos nacionales de normalización así como de los consejos consultivos nacionales que aprueban los estándares. Además, los proyectos de normas oficiales mexicanas se deben someter a un proceso consulta pública.

Otra diferencia entre NOMs y NMx es que las primeras son obligatorias mientras que las segundas son voluntarias.<sup>39</sup> Sin embargo, las normas mexicanas se podrían convertir en obligatorias si una norma oficial mexicana obliga a su cumplimiento o si una autorización administrativa específica dispone que esa norma debe cumplirse.

<sup>37</sup> Esta Ley fue publicada en el **Diario Oficial de la Federación** el 1º de julio de 1992 y fue reformada por Decreto Publicado en el **Diario Oficial de la Federación** del 19 de mayo de 1999.

<sup>38</sup> Artículo 62 de la Ley Federal de Metrología y normalización.

<sup>39</sup> Artículo 51-A de la Ley Federal de Metrología y normalización.

Por otra parte, debido a la Nueva Ley de Metrología y Normalización de 1992 todas las normas técnicas que habían sido promulgadas debajo de LGEEPA se convirtieron en NOMs adquiriendo con ello fuerza obligatoria.

Más adelante, la enmienda de LGEEPA en 1996 incluyó NOMs como instrumentos de la política ambiental y en tres artículos especificó sus objetivos (artículo 36); reafirmó su carácter obligatorio (bis del artículo 37) y mencionó algunos principios para su elaboración (artículo 37).<sup>40</sup>

De esta manera, artículo 36, párrafo I de la LGEEPA señala que las normas oficiales mexicanas tienen el objetivo Establecer los requisitos, especificaciones, condiciones, procedimientos, metas, parámetros y límites permisibles que deberán observarse en regiones, zonas, cuencas o ecosistemas, en aprovechamiento de recursos naturales, en el desarrollo de actividades económicas, en el uso y destino de bienes, en insumos y en procesos.

Hasta ese momento, no es posible sostener que el gobierno mexicano haya tenido la intención de incluir los instrumentos del derecho reflexivo en la política ambiental.

Sin embargo, por una parte, los estándares tenían cierto nivel de la autorregulación por lo menos en el proceso de elaboración porque si como Benidicksons dice que los estándares son "el proceso de decidir que nivel de contaminación se permite incorporar al ambiente cada año"<sup>41</sup>, entonces en ley mexicana el contaminadores pueden decidir sobre este límite y en ese sentido son autorreguladores por sí mismos. Por otra parte, puesto que las NOMs no son aprobadas por el congreso no son normas legales<sup>42</sup> pero LGEEPA establece su carácter obligatorio y las autoridades administrativas vigilan su cumplimiento de la misma manera que hacen cumplir la ley.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> La primera legislación ambiental que se refirió a los estándares como instrumentos de política ambiental fue la Ley de 1971.

<sup>41</sup> Benidickson, Jaime. *Op. cit.* p. 106

<sup>42</sup> De hecho, los estándares basan su fuerza y legitimidad en el conocimiento técnico y científico de quienes participan en su elaboración. Véase: Esteve Pardo, José. *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona, Ariel, 1999. P. 166.

<sup>43</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el carácter obligatorio de las Normas Oficiales Mexicanas en la siguiente resolución: **NORMAS OFICIALES MEXICANAS. LA ATRIBUCIÓN CONCEDIDA AL DIRECTOR GENERAL DE NORMAS DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL, PARA EXPEDIRLAS CONTENIDA EN EL REGLAMENTO INTERIOR DE LA DEPENDENCIA, NO VULNERA LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN LOS ARTÍCULOS 16,49 Y 73 FRACCIÓN X, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**. Los artículos 17, fracción I, del anterior reglamento interior de la secretaría mencionada y 24, fracción I, del mismo ordenamiento en vigor (este último publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de octubre de mil novecientos noventa y cinco), confieren a la Dirección General de Normas la atribución para formular, revisar, aprobar, expedir y difundir las Normas Oficiales Mexicanas en el ámbito competencial de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; esta facultad no resulta contraria a los principios de legalidad, reserva de la ley y de subordinación que prevén los artículos 16, 49 y 73, fracción X, constitucionales, no constituye una indebida delegación de facultades legislativas a favor de una autoridad administrativa, tomando en cuenta que en los numerales 1º, 2º, 3º, 39, fracción V y 40 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, en vigor a la fecha de expedición de tales reglamentos, el propio órgano legislativo federal otorgó a la secretaría señalada la facultad de expedir las Normas Oficiales Mexicanas de carácter obligatorio en el ámbito de su competencia; por tanto, al establecerse en los citos reglamentos la autoridad específica en quien recae esa atribución, ello no implica más que la debida pormenorización y desarrollo de las citadas disposiciones legales que en ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada por el artículo 89, fracción i, constitucional, debe realizar el jefe del Ejecutivo Federal, mediante la expedición de las normas relativas al establecimiento de los órganos necesarios para la realización de las funciones previstas en la ley a cargo de una secretaría de Estado y en acatamiento, además, a los señalado en los artículos 14 y 18 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que prevén que los titulares de las dependencias de la administración pública federal, para el despacho de los asuntos de su competencia, podrán auxiliarse de los funcionarios que determine el reglamento interior respectivo, en el que también deben precisarse sus atribuciones. Como se ve la decisión judicial se refiere a la facultad de expedir las normas oficiales mexicanas en los términos regulados por la Ley respectiva pero no analiza ni se pronuncia sobre su naturaleza jurídica.

En consecuencia, los estándares se encuentran en la frontera entre una política basada en la estrategia del comando y control y otra que toma en cuenta los instrumentos proporcionados por el derecho reflexivo.

b) Las auditorías ambientales y la autorregulación

La autorregulación también está vinculada a las auditorías ambientales. En 1992 se creó en México la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente y dentro de su estructura orgánica se consideró la conformación de una Subprocuraduría de Auditoría Ambiental.

En ese momento, las auditorías ambientales fueron consideradas como la mejor alternativa para mejorar el desempeño ambiental de las instalaciones de los grandes contaminadores. Sin embargo, en ese momento no había ningún régimen legal que regulara su realización.

Debido a lo anterior, las auditorías ambientales con frecuencia entraban en conflicto con la obligación de las autoridades ambientales de hacer cumplir la ley a través del proceso administrativo de inspección y vigilancia que en caso no-cumplimiento debía concluir con la imposición de las sanciones administrativas correspondientes. En cambio, si la auditoría ambiental detectaba casos un incumplimiento se firmaba un acuerdo entre la autoridad y la empresa auditada que incluía un plan de acción para corregir las irregularidades detectadas, pero no se imponía sanción alguna..

En consecuencia sin fundamentos jurídicos las auditorías ambientales podrían ser consideradas ilegales y suponían una cierta clase de acuerdo secreto entre las autoridades ambientales y los sujetos regulados que hacía posible a algunos contaminadores violar la ley sin enfrentar las consecuencias legales.

Las primeras intervenciones ambientales fueron conducidas por las empresas públicas Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad que además de ser las más grandes del país eran también las más contaminantes. En virtud de que las auditorías ambientales implican un gasto considerable de recursos económicos los cuales deban pagar por los propios sujetos regulados, las compañías medias y pequeñas no estaban interesadas en su realización.

Fue hasta 1996 cuando un capítulo específico sobre la autorregulación y las intervenciones ambientales se incluyó en LGEEPA, el cual con solo cuatro artículos, formalizó el uso del acercamiento reflexivo de la ley en sistema legislativo ambiental mexicano.<sup>44</sup> Y finalmente, en 2003 una regulación específica sobre intervenciones ambientales había sido decretada.

En esta manera, el artículo 38 de LGEEPA establece que: "Los productores, empresas u organizaciones empresariales podrán desarrollar procesos voluntarios de autorregulación ambiental, a través de los cuales mejoren su desempeño ambiental, respetando la legislación y normatividad vigente en la materia y se comprometan a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección ambiental."

Por otra parte, el artículo 38-bis señala que " Los responsables del funcionamiento de una empresa podrán en forma voluntaria, a través de la auditoría

<sup>44</sup> Estas reformas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 1996.

ambiental, realizar el examen metodológico de sus operaciones, respecto de la contaminación y el riesgo que generan, así como el grado de cumplimiento de la normatividad ambiental y de los parámetros internacionales y de buenas prácticas de operación e ingeniería aplicables, con el objeto de definir las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger el medio ambiente”.

En la autorregulación la autoridad juega un papel de promotor más que de regulador. Los mecanismos voluntarios de protección ambiental se puede poner en marcha con o sin el consentimiento, la ayuda o la participación del gobierno, pero las autoridades ambientales con frecuencia se involucran en su desarrollo.<sup>45</sup>

En contraste, aunque artículo 38-bis 1 de la LGEEPA establece que " La Secretaría pondrá los programas preventivos y correctivos derivados de las auditorias ambientales, así como el diagnóstico básico del cual derivan, a disposición de quienes resulten o puedan resultar directamente afectados "; la otra participación de los partidos interesados en el proceso de la certificación no se permite.

Durante el período que va de 1992 a 2000, se llevaron a cabo 1751 auditorias ambientales y durante el período 2001-2004 se realizaron 2145 más para hacer un total de 3896.<sup>46</sup>

De acuerdo con los datos oficiales el 25% de las auditorias ambientales fueron realizadas por las empresas más grandes, el 17% por la mediana industria, el 15% la pequeña industria y el 43% por micro-industrias.

En 2003 más se habían otorgado mas de 1, 000 certificado de industria limpia a las empresas que mejoraron su desempeño ambiental a través de la realización de auditorias ambientales.

En contrastes, solamente en el año la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente llevó a cabo 5, 950 visitas de inspección. Aunque a través de esas inspecciones se pudieron detectar irregularidades en el cumplimiento de la legislación ambiental, no siempre son conducidas de manera correcta, suele implicar grandes gastos para el gobierno y finalmente muchas veces las empresas sancionadas impugnan con éxito las sanciones impuestas.

Así pues, las intervenciones ambientales podían ser más eficaces que la inspección forzar a compañías mejorar su comportamiento ambiental. Aunque, su legalidad todavía estaba en duda.

#### 4. CONCLUSIONES

El derecho reflexivo ha sido considerado como la tercera vía entre el mercado y el estado, la cual significa fundamentalmente que la sociedad civil se regula asimismo con el apoyo y si es necesario con el impulso del Estado mientras que el estado quien en todo caso asume un papel de supervisor.

Su incorporación al sistema jurídico ambiental no ha sido al menos en México correcta. Algunos de los instrumentos que le son propios pueden verse detrás

<sup>45</sup> En Canadá este proceso ocurre de manera inversa. Véase: Benideckson, Jaime. Environmental law. Essentials of Canadian law. Second edition. Canada, Irving Law, 2002. pp. 294 to 295.

<sup>46</sup> PROFEPA. Auditoría Ambiental. Informe 2004 in: [www.profepa.gob.mx](http://www.profepa.gob.mx)

de los mecanismos tradicionales de política ambiental, mientras que otros al ser referidos por la legislación ponen en tela de juicio su constitucionalidad y por tanto la legalidad de la actuación de las instituciones de gobierno que los aplican o promueven.

La falta de conocimiento sobre las bases teóricas que soportan la filosofía del derecho reflexivo está produciendo una inadecuada interpretación de lo ésta significa y por lo mismo un inadecuado funcionamiento de la políticas ambientales que con base en ella se construyen y aplican.

El derecho reflexivo puede ser una de los pilares fundamentales de la sustentabilidad, pero al igual que ese paradigma, el de la reflexivilidad puede plantea un reto de gran envergadura sobre la forma de concebir y diseñar a las instituciones jurídicas. Ese reto puede significar la realización de cambios fundamentales en las constituciones políticas de los países interesado en su desarrollo.

# LANDSCAPE/SEASCAPE PROTECTION IN ASEAN: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

KOH KHENG-LIAN

Faculty of Law, National University of Singapore,  
Director, Asia-Pacific Centre for Environmental Law

## 1. INTRODUCTION

Established in 1967, ASEAN (Association of South East-Asian Nations) consists of ten member countries, namely, Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Singapore, Thailand and Vietnam.

It is one of the world's hot spots for terrestrial and marine environment. All but one (Brunei) of the member states have ratified the Convention on Biological Diversity 1992 (CBD), and some of them have also ratified a number of regional and international biodiversity instruments relevant to landscape protection. This paper focuses on the role of ASEAN in contributing to a network of landscape/seascape across the ASEAN region.

“Landscape” may mean different things to different people. I would like to consider the recent ASEAN Declaration on Heritage Parks (ADHP) 2003 (see *Appendix I*), under which 26 ASEAN Heritage Parks (AHPs) were designated, as an integration of a network of landscape in the region. In addition, I would also like to include the Sulu – Sulawesi Marine Ecoregion (SSME), established by three ASEAN member states (the Philippines, Indonesia and Malaysia) – this was announced at the seventh meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, held in Kuala Lumpur, February, 2004.

Let us take the concept of “landscape” under the European Landscape Convention, 2000 (ELC) (signed by 28 states and ratified by 12 - it came into force on 1 March 2004) as the basis of our analysis of the ASEAN Heritage Parks. Under the ELC, “landscape” means “an area, as perceived by people, whose character is the result of the action and interaction of natural and /or human factors” (Art 1). Adrian Philips, former Chair, IUCN World Commission on Protected Areas, said that the ELC was “a driving force behind the creation of protected areas” (in *Landscape Conservation Law: Present Trends and Perspectives in International and Comparative Law, IUCN Environmental Policy and Law Paper no. 39, 4*).

*In the “IUCN Protected Area Management Categories”, “landscape” is identified in category V as:*



*“Protected Landscape/Seascape: protected area managed mainly for landscape/seascape conservation and recreation....*

*Area of land, with coast and sea as appropriate, where the interaction of people and nature over time has produced an area of distinct character with significant aesthetic, ecological and/or cultural value, and often with high biological diversity. Safeguarding the integrity of this traditional interaction is vital to the protection, maintenance and evolution of such an area.”*

*As part of protected areas in the international biodiversity instruments such as the Convention on Biological Diversity (CBD), the Convention on Wetlands of International Importance (RAMSAR), the World Heritage Convention (WHC), the UNESCO MAB, landscape is an emerging concept. As in all these biodiversity instruments, landscape is important for conservation and development.*

*Over the last decade, ASEAN has been active in developing a regional framework for landscape and seascape protection. The catalyst was provided by the establishment of ARCBC in 1998 (a joint effort of ASEAN and European Union), but the beginnings of the ADHP went as far back as 1978 (see infra).*

## **2. ASEAN LANDSCAPE CONCEPT AND LEGAL FRAMEWORK: THE ASEAN DECLARATION ON HERITAGE PARKS**

As many regions and countries are responding to support the universal effort of biological conservation, experiences in other regions make for close study. Before examining the criteria and strategy of the ADHP, let us consider the concept of “landscape” in the ELC: it is defined as “an area, as perceived by people, whose character is the result of the action and interaction of natural and /or human factors” (Art 1). The ELC offers a useful comparison with the concept adopted by the ADHP. The essence of landscape which requires careful management and protection is that it integrates natural, cultural, social and economic values and, above all, emphasizes the aesthetic and spiritual values. In addition, the concept crosses boundaries, including political ones, in more than one sense.

The concept of AHPs was first introduced by the then ASEAN Expert Group on Environment (AEGE) in 1978. AHPs are protected areas of high conservation importance, which together preserve a complete spectrum of representative ecosystems in the ASEAN region. There were various stages in the development of the ADHP, beginning from 1978.

Following the recommendation of the AEGE, an ASEAN Workshop on Nature Conservation was held in Bali from 15 – 17 September 1980, during which an action plan on ASEAN Heritage Reserves was discussed. The following were some of the issues raised:

- Common criteria in establishing a reserve system of regional and national importance of benefit to the local population
- Trans-frontier cooperation

- Management cooperation on shared endangered species
- Establishment of several major ecotype reserves
- Establishment of a regional task force to develop an action plan

The next stage saw IUCN providing the technical assistance to develop an action plan. The focus was on those ecosystems and species that are either significant to the region as a whole or require cooperation to effect their conservation. This led to the ASEAN Declaration on Heritage Parks and Reserves 1984, which was adopted by the Second ASEAN Ministerial Meeting on the Environment on 29 November 1984 in Bangkok and signed by the then six ASEAN member states, namely, Brunei, Indonesia, Malaysia, the Philippines, Singapore and Thailand.

The objective of the 1984 ASEAN Heritage Parks and Reserves was to assist the governments toward the attainment of conservation and to protect the biodiversity heritage of the ASEAN countries through the establishment of a national integrated protected areas system based on scientific principles.

All the then six ASEAN countries, except Singapore, designated eleven parks and reserves under the 1984 Declaration which provided for a master plan to be drawn up for such parks and reserves, taking into consideration the following:

- Maintenance of ecological processes and life support systems
- Preservation of genetic diversity
- Ensure sustainable utilization of species and ecosystems
- Maintenance of wilderness that is of scenic, cultural, educational, recreational and tourism values.

However, nothing very much, if at all, was done at the national level, and no management plans were drafted for the then eleven designated parks and reserves.

The next stage which could have further developed the 1984 Declaration was in 1985 when the ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources, which can be considered ‘back-to-back’ with the 1984 Declaration, was signed by the then six ASEAN countries. Unfortunately, it has yet to enter into force, with only three ratifications out of the six signatories. However, there has been renewed interest in the ratification of this Agreement (Koh, 2003). Article 13 of the Agreement contains very comprehensive provisions on protected areas and calls for a coordinated network of protected areas throughout the region and for an Appendix to be developed containing principles, objectives, criteria and guidelines in light of the best scientific evidence. It also calls for the conservation of natural areas by private owners, local communities or local authorities.

Another stage in the process was Strategy 6 of the ASEAN Strategic Plan of Action on the Environment 1994 – 1998 (ASP AE) which was to “establish a regional framework on biological diversity conservation ...” Strategy 6 states that:

*“The absence of a regional framework for the protection and conservation of heritage areas and endangered species, only exacerbates the situation as management efforts are left to individual member countries. There is a need to de-*

*velop a framework for the protection of these areas and species so as to ensure that conservation approaches are rationalized.”*

The “Actions” to be undertaken to implement the Strategy were: (1) to promote the development of a framework for the protection and conservation of *heritage areas* and endangered species; (2) to strengthen capacities for Research and Development (R&D) to enhance biodiversity conservation in the region. The protection of endangered species in the AHPs would assist in the implementation of CITES which has been ratified by all of the ASEAN countries.

The Hanoi Plan of Action (HPA) 1999 – 2004, a continuum of the ASPAE, provided that in order to protect the environment and promote sustainable development, “it is to promote regional coordination for the protection of the ASEAN Heritage Parks and Reserves.”

In 2003, ASEAN kept to its “Hanoi” schedule and the ADHP was adopted by the current ten ASEAN member countries. Below is a summary of the Preamble which sets out the *raison d’être* of the ADHP:

- Concerned with the necessity to conserve national protected areas of the ASEAN member countries;
- Aware that the uniqueness, diversity and outstanding values of certain national protected areas that deserve recognition regionally and internationally;
- Noting that the Convention on Biological Diversity provides for *in-situ* conservation of ecosystems and natural habitats as a fundamental requirement for the conservation of biological diversity and thereby encourages the establishment of a system of protected areas to achieve this end;
- Noting the target set by the World Summit on Sustainable Development (WSSD) 2002 of reducing the current rate of loss of biodiversity by 2010 through promoting international support and partnership for the conservation and sustainable use of biodiversity, promoting and supporting initiatives for hot spot areas and other areas essential for biodiversity and promoting the development of national and regional ecological networks and corridors;
- Recognizing that conservation areas should be managed to maintain ecological processes and life support systems, preserve genetic diversity; ensure sustainable utilization of species and ecosystems; and maintain wilderness that are of scenic, cultural, educational, research, recreational and tourism values.

The Preamble supports the CBD *in situ conservation of ecosystems and natural habitats as a fundamental requirement for the conservation of biodiversity in protected areas. Under the CBD, the establishment of protected areas is one of the strategies for safeguarding biodiversity and ecosystems. By recognizing the CBD in the ADHP, synergy between the two instruments has been recognised and ought to be pursued. The ecological network envisaged in the ADHP allows for planning and management as part of the human use of landscape. This integration makes the ecological network a useful mechanism in the implementation of the CBD within the ADHP.*

*The seventh COP meeting of the CBD, in its “Programme of Work on Protected Areas” (meeting held from February to March 2004 in Kuala Lumpur: Decision VIII/28 – Protected Areas – Articles 8 (a) to (e), Annex), recommended that the Programme takes into consideration the relationship between protected areas and landscape so that goods and services flowing from the protected areas can be valued. Such an approach was in fact recommended by the IUCN WCPA V<sup>th</sup> World Parks Congress, 2003 in Durban. This would also be within the ambit of the ASEAN Heritage Parks. The tenor of the Preamble is also wide enough to embrace the concept of “biosphere reserve” under the UNESCO MAB programme and its Seville Strategy, including Seville + 5 on the multiple functions of biosphere reserves – conservation, sustainable development, research and monitoring, training and education. The AHPs can also take advantage of the regional Man and Biosphere Reserve Networks as they deal with similar ecological systems and, hence, give added value by providing a framework of activities that can be replicated in a similar ecosystem in the region (see MAB East Asian Biosphere Reserves Network (EABRN); Southeast Asia Biosphere Reserve Network (SeaBRnet) ). Indeed, the MAB is a very useful tool for the implementation of protected areas under the CBD, Ramsar, World Heritage Convention, etc.*

The ADHP Preamble also takes note of the role of natural “World Heritage sites (under the World Heritage Convention) to reduce loss of biodiversity. Some of the AHPs may well be a future “World Heritage Site”. The interface and synergies of these and other biodiversity instruments such as Ramsar, the ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources (though not yet in force), the ASEAN Memorandum of Understanding on Sea Turtle Conservation and Protection 1997, etc. must all be taken into consideration in developing management guidelines for the AHPs.

ASEAN countries have ratified regional and international biodiversity instruments to differing extents. It is hoped that the promulgation of AHPs will facilitate more ratification of these instruments in order to enhance and further develop these heritage sites and reduce biodiversity loss.

### **( a ) Objectives and Criteria of AHPs**

#### **The objectives of AHPs are:**

- To generate greater awareness, pride, appreciation, enjoyment and conservation of ASEAN’s rich Natural Heritage through the creation and support for a regional network of representative protected areas.
- To generate greater collaboration between ASEAN member countries in preserving their shared natural heritage.

#### **The criteria for AHPs are:**

- Ecological Completeness – The site must demonstrate wholesome ecological processes and must have the capability to regenerate with minimal human intervention.
- Representativeness – The site embodies the variety of ecosystems or species representing or typical of the ASEAN region

- Naturalness – The area must be, for the most part, in a natural condition. It may be a second growth forest or a rescued coral reef formation but the natural processes must be ongoing.
- High Conservation Importance – The site is recognized as a site of global significance for the conservation of important or valuable species, ecosystems or genetic resources. It creates or promotes awareness of the importance of nature, biodiversity and the ecological process; it evokes respect for nature whenever people see it. There is a feeling of loss whenever the natural condition is lost.
- Legally Gazetted Areas – The site must be identified, defined and designated by law or any legally accepted instrument of the ASEAN member countries. Its boundaries must be defined and its use should be primarily as a protected area.
- Approved Management Plan – The site must have a management plan duly approved by authorities of the ASEAN member countries.

Additional values to be sought would include:

- Uniqueness - The site may possess special features that could not be seen in any other site.
- High ethno-biological significance - The site may demonstrate harmonious relationships between culture and ecology.
- Importance for endangered or precious biodiversity - The site could be the habitat of importance for endangered flora or fauna.

The sites that have been designated as AHPs include inland and coastal mangrove swamps, mountain systems, limestone systems, lowland evergreen forests and wetlands

### **( b ) Governance Structure of AHPs**

The Governance structure established under the ADHP consists of the following:

- ASEAN Heritage Parks Steering Committee

The function of the Steering Committee is to supervise the AHPs and it will be assisted by a Task Force on AHPs.

Its functions include receiving and processing nominations for AHPs from national offices and carrying out independent review of the nominations; managing an information system of relevant knowledge and information.

- The ASEAN Regional Centre for Biodiversity Conservation (in Los Baños, Laguna, Philippines) is acting as the interim Secretariat.

### **( c ) Management of ASEAN Heritage Parks – from Declaration to Action**

The ADHP provides for a master plan to be drawn for each of the AHPs covering management guidelines, research on structure and function of ecosystems and education on wilderness values. It recognizes that common cooperation is necessary to conserve and manage the AHPs for the “development and implemen-

tation of regional conservation and management action plans as well as regional mechanisms complementary to and supportive of national efforts to implement conservation measures.”

Although each ASEAN country is responsible for designating its heritage sites, the environmental concerns of these sites transcend national boundaries and regional coordination.

As the AHPs are within the jurisdiction of each of the ASEAN countries, the local laws will be applied in the management of the AHPs. However, such management should be coordinated within the ASEAN regional level framework of a conservation strategy as contemplated within the 1985 ASEAN Agreement (even though not yet in force), and also the ASEAN policy guidelines on “optimal land use pattern and zoning plan” under the Bangkok Declaration on the ASEAN Environment, 1984. Also, the interface and synergies with the multilateral biodiversity instruments which the ASEAN member countries have ratified must be taken into account.

In the ADHP 2003, provision is made for a master plan to be drawn for each ADHP which should include but not limited to management guidelines, research on structure and function of ecosystems and education on wilderness values. It was also agreed that common cooperation is necessary to conserve and manage AHPs for the development and implementation of regional conservation and management action plans as well as regional mechanisms complementary to and supportive of national efforts to implement conservation measures.

### **3. COMPARISON BETWEEN THE ASEAN DECLARATION ON HERITAGE PARKS AND THE EUROPEAN LANDSCAPE CONVENTION**

The ADHP and the ELC provide models for ecological networks providing a balance between protection of biodiversity and meeting the pressures of human intervention for economic, social, cultural and other activities.

- ADHPs is soft law (“Declaration”), unlike the European Landscape Convention (ELC). The “ASEAN Way” prefers the programmatic, soft law approach.
- Although the ELC is framed in terms of a “Convention” it does not create rights and obligations but contains emerging principles on landscape law (see Arts 18, 19 & 20 - relevance to landscape). But see Art 22 which creates an obligation to protect landscape.
- The following essential elements for the protection of landscape in the ELC that are also found in the ADHPs:
- ELC: “landscape has important role public interest role in the cultural, ecological, environmental and social fields...”. ADHPs: “ethno- biological significance – harmonious relationships between culture and ecology”, ... “evokes respect for nature whenever people see it”, and feeling of “loss whenever the natural condition is lost.”
- ELC: “...achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realizing the ideals and principles which are their common he-

ritage,..”. ADHP: The heritage value in the ADHP is the “representativeness” typical of the ASEAN region; and “naturalness” of the area.

- ELC: the approach to the protection of landscape consists of the integration of natural features with human activity. ADHP: adopts a similar approach and integrates natural and tourism values.

#### **4. ASEAN HERITAGE PARKS UNDER THE ASEAN DECLARATION ON HERITAGE PARKS**

There are 26 ASEAN Heritage Parks designated under the ADHP. I shall give an example from each of the ASEAN member states.

##### **( a ) Brunei: Tasek Merimbun**

The lowland rainforest that surrounds this lake is a very important ecosystem. It contains thousands of different animal and plant species, including, to date, 800 different species of plants, 40 different species of dragonflies and the white collared fruit bat which is found only here.

Scientists believe that more plants and animals could be discovered here with further research.

This is an ideal project for those looking to gain research experience in a tropical environment.

##### **( b ) Cambodia: Virachey National Park (*National Park within the Se San River Basin*)**

In 1925 Cambodia established the first national park in Southeast Asia - the 10,800 ha forest around the archaeological site of the Angkor Temple complex. The country now has, 23 protected areas including seven national parks, such as the Virachey National Park. The park lies within the forested region at the Cambodia-Laos-Vietnam borders, which has been designated one of the most important tiger conservation landscapes by the World Wildlife Fund. Besides its dry and moist forests, this region also hosts a significant population of Asian Elephants, and has been chosen as one of WWF’s Asian Rhino and Elephant Action Strategy (AREAS) areas.

##### **( c ) Indonesia: Lorentz National Park**

Lorentz is the Pacific Basin’s most important storehouse of biological diversity, and contains the most complete range of undisturbed habitats in Irian Jaya. This project will complete a management plan for the proposed Lorentz National Park (NP) and play a key role in its implementation. It will also work towards ensuring that the park is declared a fully gazetted NP, an Association of South East Asian Nations (ASEAN) Heritage Site, a World Heritage Site, and a United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) Biosphere Reserve. In addition to the management plan, the project will be involved in boundary demarcations, awareness raising and educational activities, developing

economic incentives for buffer zone communities, population and socioeconomic surveys, community organizing, tourism planning, training, and agroforestry.

The proposed Lorentz National Park is the most important storehouse of biological diversity in the Pacific Basin. From the equatorial glaciers in the Carstenz Range surrounding Puncak Jaya Peak, to the southern coastline on the Arafura Sea, the reserve contains the most complete range of undisturbed habitats in Irian Jaya, probably in all of Indonesia and possibly in all of the Pacific Basin. These habitats include vast mangrove formations, swampland, lowland, hill and mountain forest types, and the heath, bare rock and equatorial glaciers of the highest alpine areas of Asia. Its biodiversity is without equal in the whole of Indonesia, and includes some 81% of Irian Jaya's mammal species and 65% of its bird species. Endemism is the highest of any reserve in Asia. Its large number of unique biophysical features, its vast size and beautiful physiography, combined with the diversity of its tribal peoples, all make the area one of the world's greatest natural treasures.

Lorentz is currently gazetted as a Strict Nature Reserve, and a change of status to NP has been proposed by the Department of Forestry, with a revised area of 1,907,500ha (reduced from the 2,150,000 ha which was originally proposed by WWF in 1984). The proposal also includes designation of the area as ASEAN and World Heritage sites, and as a UNESCO MAB. To safeguard the area for the future, a conservation management plan, fully integrated with local, provincial and national needs, must be devised before environmental and social conflicts escalate. Implementation of the plan must include community participation. The proposal is timely, as the government of Indonesia has recently initiated a "go east" development strategy in order to attract major investment to eastern Indonesia, especially Irian Jaya. Government funding for infrastructure development has increased considerably. Furthermore, the province is being opened up by road systems and improved transport facilities, which will have a significant impact on conservation areas and issues in the province. It is therefore imperative that priority reserves within the protected areas system be established as functional conservation management units, and that development policy at the implementation (provincial) level respects the importance of sustainability and proper environmental management.

#### **( d ) Lao PDR: Nam Ha Protected Area**

The Southern Highlands zone and the spine of the Northern Highlands of the park contain relatively undisturbed evergreen forest and grasslands, which are habitats of the diverse and unique flora and fauna in the region.

Year of Declaration (AHP): 19 December 2003

Habitat Types: Evergreen forest and grassland

Area: 222,400 Hectares

Location: Luang Namtha Province

Distinct Fauna: Clouded leopard, tiger, gaur, Asian elephant, marbled cat, back-striped weasel, East Asian porcupine and muntjac

Distinct Flora - *Aquilaria sp*



### ( e ) Malaysia: Mulu National Park

Mulu National Park is Sarawak's largest national park. The majestic Gunung Mulu, rising over a mass of sandstone, 2,376 metres above sea level, dominates the Gunung Mulu National Park. Mulu's major claim to fame is its spectacular limestone caves. The caves of Mulu command a long list of superlatives including the world's largest cave passage (*the Deer Cave*), the world's largest natural rock chamber (*the Sarawak Chamber*) and the *Clearwater Cave, the longest cave system in South-East Asia*

### ( f ) Myanmar: Inlay Lake (wetland) Sanctuary

Located between 20° 10' N and 97° 02' E in Naung Shwe, Pinlaung and Peh Kon Townships of Southern Shan State. Elevation over 2900 feet.

642.32 square miles.

Established in 1985.

Objectives:

(a) To conserve and protect natural vegetation, wetland birds and fresh water fishes in Inlay sanctuary.

(b) To conserve geological features and scenic beauty of mountain areas.

(c) To conserve Inlay watershed and maintain water resource for Law-Pi-Ta hydroelectric power plant.

(d) To conserve and educate the local people in traditional floating agriculture practised by "In" lake- dwellers.

(e) To upgrade the Sanctuary so as to promote ecotourism.

Access

(a) Yangon to Nyaung Shwe, 430 miles by car.

(b) Yangon to Heho, 335 miles by air way and Heho to Nyaung Shwe, 14 miles by car. (c) Yangon via Thazi to Shwe Nyaung, 320 miles by train and Shwe Nyaung to Nyaung Shwe, 10 miles by car.

Objectives

(a) To conserve and protect natural vegetation, wetland birds and fresh water fishes in Inlay sanctuary.

(b) To conserve geological features and scenic beauty of mountain areas.

(c) To conserve Inlay watershed and maintain water resource for Law-Pi-Ta hydroelectric power plant. (d) To conserve and educate the local people in traditional floating agriculture practised by "In" lake- dwellers. (e) To upgrade the Sanctuary so as to promote ecotourism.

### ( g ) Philippines: Mount Apo National Park

Mount Apo is a majestic mountain with spectacular scenery which makes it a popular destination for adventure tourism and hiking. Hiking to the summit usually takes four days from the Kidapawan side. However, the construction of a service road to the geothermal site has made access easier. Apart from its lush vegetation and diverse wildlife, the attractions of Mount Apo include several hot springs and lakes (including Agco Blue Lake at 1200m and three summit lakes),

the sulphurous volcanic cone, Marbel River (with its milky white water), several waterfalls, including Todaya Falls on the eastern flank, and the semi-circular summits of Mount Talomo and Mount Sibulan.

Six ethnic tribes live in the area. Mount Apo is a sacred place for the 450,000 Lumad tribal people and is their last remaining home.

The fauna of Mount Apo includes several threatened animals. Mount Apo falls within two Endemic Bird Areas or EBAs (one lowland and one high land ERA) which cover Mindanao. Seven lowland and 24 highland restricted-range birds occur on Mount Apo National Park and it also harbours a small population of the highly threatened Philippine eagle (*Pithecophaga jeffreyi*).

### **( h ) Singapore: Sungei Buloh Reserve**

Prior to the settlement of Singapore the land around the inlet of Sungei Buloh, in the northwest of the main island of Singapore, was dominated by tidal mudflats and mangrove systems. It is possible that bamboo once existed in the area, hence the name (“Sungei” means River, “Buloh” means Bamboo), however the bamboo is long gone. In the 19th Century, with an increasing rural population, prawn farming became the mainstay of those settling the coast. Now the prawn farms are gone and the mangroves are regenerating under the protection afforded by the Nature Reserve. Opened in 1993, this 87 hectare wetland refuge is of supreme importance during the migration of waders and shorebirds between the summer breeding grounds of North Asia (Siberia, China etc.) and the wintering grounds of the Southern Hemisphere (Australia etc.). This migration route is the East-Asian Flyway.

The migratory birds are attracted by exposed mud flats in the long-abandoned prawn ponds. Water levels in the prawn ponds are still controlled by sluice gates; the aim is to maintain some exposed mud flats at all times, even during high tide, thereby attracting waders and shorebirds. In addition to tidal systems there are a small number of freshwater ponds and patches of secondary forest which add to the reserve’s biodiversity.

### **( i ) Thailand: Khao Yai National Park**

Khao Yai National Park covers an area of over 2000 square kilometers. The park encompasses a wide variety of habitats, including sub-montane evergreen forests and grasslands. There are also several mountains of around 1000 metres including Khao Khieo. Host to almost 2,500 plant species, 67 different kinds of mammals and over 300 species of birds. The abundant wildlife includes many endangered mammals such as elephants, gibbons, tigers, leopards and Malaysian sun bears. The entire area is criss-crossed by hiking trails, ranging in length from one and a half to eight kilometres. There are in addition many waterfalls, the tallest and most spectacular of which is Haew Narok at 80 metres. Another waterfall, Haeo Suwat, is located along the upper reaches of the Lam Takhong River

### (j) Vietnam: Hoang Lien National Park

Sa Pa is a mountainous district in Lao Cai province, in the Northwest region of Vietnam. The average altitude above sea level is 1,600 meters. The district is home of the 3,143 meter high Fansipan peak, the highest mountain in Indochina which is located with the Hoang Lien National Park – recently recognized as an ASEAN Heritage Park. The climate of Sa Pa is characterized by moderate and semi tropical features. The average temperature per year is around 15oC. In May it is summer with temperatures around 13-15oC at night and 20-25oC during the day. There can be occasional heavy rain.

#### C. Other AHPs

Indonesia: (i) Gunung Leuser National Park  
*<http://www.geocities.com/RainForest/4466/leuser1.htm>*

(ii) Kerinci Seblat National Park – nature reserves  
*<http://www.kerinci.org/>*

Malaysia: (i) Kinabalu Park (Sabah)  
*[http://www.cuti.com.my/Sub/Sabah/guide\\_kinapark.htm](http://www.cuti.com.my/Sub/Sabah/guide_kinapark.htm)*

(ii) Gunung Malu National Park  
*<http://www.sarawaktourism.com/mulu.html>*

Myanmar: Meinmahla Kyun Wildlife Sanctuary  
*<http://www.trekthailand.net/myanmar/parks/meinmahla/>*

Khaokaborazi National Park  
*<http://www.trekthailand.net/myanmar/parks/khakaborazi/>*

Philippines: Iglit – Baco National Park  
*<http://www.iapad.org/pa/mibnp.htm>*

Thailand: (i) Phan-nga  
*<http://perso.inooi.com/v2/fr/th/thPn.php?lang=en>*

(ii) Kaeng Krachan National Park  
*<http://www.trekthailand.net/central3/>*

Vietnam: Ba Be National Park  
*<http://biodiversityeconomics.org/ba-be/home.htm>*

## 5. VIENTIANE ACTION PROGRAMME , 2004-2010

*(<http://www.aseansec.org/VAP-10th%20ASEAN%20Summit.pdf>)*

One of the strategic trusts of the VAP (which is the successor to the Hanoi Plan of Action 1999 – 2004) is to promote environmental sustainability under the “ASEAN Socio-Cultural Community” pillar. The following are the strategies relating to AHPs and coastal marine environment under Annex 3 of the VAP:

“ 3.3.8 Nature Conservation and biodiversity

3.3.8.2 Promote further listing and coordinated management of ASEAN Heritage Parks as a platform for ecosystem based protected areas management.

3.3.7 Coastal and marine environment

3.3.7.3 Implement the ASEAN Criteria for Marine Heritage Areas, and ASEAN Criteria for National Protected Areas to establish a representative network of protected areas to protect critical habitats.”

## 6. SULU-SULAWESI MARINE ECOREGION (SSME)

The SSME lies in the coral triangle bounded by the Philippines, Malaysia and Indonesia. The SSME is one of the greatest marine ecosystems in the world and lies within the Coral Triangle. It produces some 2.3 million tonnes of fish annually. It is also a great marine tourist area. Its shared ecosystem calls for cooperation among the three countries sharing its marine wealth. As a marine protected area, it contributes to the global representative MPA system.

The SSME is under severe threat from the negative impacts of coastal development and rapid population growth, destructive and illegal fishing practices such as cyanide fishing among the coral reefs. There is also pollution caused by untreated sewage disposable, and discharges from shipping, industrial wastes, sediment and runoffs from agricultural activities and deforestation.

Each of the three countries mentioned above, where the geographical location of the SSME is situated, has developed a SSME national plan incorporating the objectives set forth below ( numerous institutions and individuals have contributed to the formulation of the plans, including stakeholders and WWF):

### Objectives of the Ecoregion Plan (ECP)

1. Establish management strategies and coordinated institutions for an effective ecoregional conservation.
2. Establish and manage a functional integrated network of priority conservation areas to ensure ecological integrity.
3. Develop sustainable livelihood systems that support marine and costal conservation across the ecoregion.
4. Shape economic development compatible with biodiversity conservation.
5. Enhance the understanding of biodiversity resources and factors affecting them to form a basis for management decisions.
6. Develop communications, education, and outreach programs and strategies to motivate people to take conservation action.
7. Develop sustainable financing mechanisms to support the cost of conservation and resource management.
8. Build and enhance the capacity of stakeholders to effectively manage the conservation of the SSME.
9. Implement coordinated protection of threatened marine species to ensure the maintenance of viable populations and the protection of critical habitats.
10. Improve coastal, oceanic, and other types of fishery resources condition and management by developing a framework strategy, institutions, and appropriate interventions.

## 7. CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

The AHPs and the SSME can be classified as “landscape”, which is an emerging field of protected areas. Many of the landscapes under study are fragile as they involve an interaction of natural and human factors. The first challenge is

to develop a strong legal basis for their protection, taking into consideration the relevant multilateral biodiversity agreements such as the CBD, Ramsar, WHC and other agreements. The second challenge is to encourage ASEAN member countries to develop management plans for their designated AHPs as the ADHP is only a soft law instrument and is not binding on member states. Currently, many of the AHPs are neglected and the relevant national authorities have yet to promulgate the requisite management plans. They suffer from threats of illegal logging and are overexploited for their natural resources. The tourist industry has also taken a toll on some of the AHPs. There are construction of hydro-electric plants - this should be discouraged unless EIAs are properly conducted and local communities have participated in the decisions. Thirdly, there is a need to consider the appropriate level to address landscape problems – should all these problems be addressed at the ASEAN level or should some be dealt with at the state or provincial level?

Having regard to the challenges, what are the opportunities? These would include:

- Developing social, economic and cultural guidelines in planning the management of landscape.
- Addressing issues of poverty, and minimizing social disruption due to interaction of natural and /or human factors.
- Recognizing the need for coordination in transboundary landscape areas.
- Evaluating current and potential human migration patterns where necessary.
- Restoring degraded, threatened landscapes and rehabilitating them not only to their past glory but further improvements.
- Enhancing stakeholder participation to effectively conserve natural resources.
- Implementing and synthesizing regional and global biodiversity instruments.
- Further developing and identifying criteria for the protection of ASEAN landscapes.
- Establishing guidelines on policies and management plans that are mutually supportive and complementary of the protection of cultural, social and geological heritage.
- Encouraging ASEAN member states to ratify global biodiversity instruments to strengthen and protect landscape/seascape.

## **8. CONCLUSION**

The AHPs and the SSME provide some examples in the ASEAN region of the challenges and opportunities that landscapes face around the world. These include: “connecting” with the global and regional biodiversity instruments; the architecture and governance in management; stakeholder interests; and the impact

of scientific findings upon decisions. While the AHPs and the SSME recognize the demarcation of areas for protection, the ideal balance for conservation and development is still far away and the process of effective management provides challenges and opportunities. This is understandable as most of them are in the early, or even non-existent, stage of management.

Many of the AHPs are being threatened by harmful activities such as over-exploitation by humans, construction of hydro-electric plants (eg., Inlay Lake of Myanmar), illegal deforestation, urban sprawl and excessive tourism. The protection of landscape in the AHPs is still fragile as many ASEAN states are still awaiting funding in order to implement the plans.

However, a new and emerging landscape in ASEAN has added value to the various biodiversity instruments that have been ratified or adopted by ASEAN member states. There is a need to strengthen Category V of the IUCN Protected Area and examine the model provided by the ELC, CBD, Ramsar, WHC, UNESCO MAB and others. An ecosystem approach underlying the management of the AHPs is also being pursued, as in other parts of the world.

## **BIBLIOGRAPHY**

Apichai Sunchindah, "ASEAN Initiatives in Protected Areas Management", presented at the Second Regional Forum for Southeast Asia of the IUCN WCPA, December 1999, Pakse.

Koh, KL "ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources, 1985: A Study in Environmental Governance", presented at the V<sup>th</sup> IUCN World Parks Congress on Protected Areas, 8-17 September 2003, Durban. <http://law.nus.edu.sg/apcel/publications/pub/kohkhenglian/ASE-ANPaper.pdf>.

Koh KL, "ASEAN Heritage Parks and Transboundary Biodiversity Conservation", paper presented at the 2<sup>nd</sup> Colloquium of the IUCN Academy of Environmental Law, Land Stewardship and the Law, 4-7 October 2004, Nairobi.

WWF, The Sulu-Sulawesi Marine Ecoregion – Crucial Cradle of Life (2004).

WWF, Conservation Plan for Sulu-Sulawesi Marine Ecosystem (2004).

WWF, Framework for a Network of Marine Protected Areas in the Sulu-Sulawesai Marine Ecoregion (2004).

Report of the 12<sup>th</sup> Meeting of the ASEAN Working Group on Nature Conservation and Biodiversity (AWGNCB), 17-18 June 2002, Yangon.

Guidelines and Criteria in the Selection and Establishment and Management of ASEAN Heritage Parks (AHP), in report of the 11<sup>th</sup> Meeting of ASEAN Working Group on Nature Conservation and Biodiversity (AWGNCB), Annex 3, 2001.

<http://www.aseansec.org/8950.htm>

<http://www.johannesburgsummit.org/>

<http://www.biodiv.org/convention/articles.asp>

<http://www.biodiv.org/meetings/cop-07/default.asp>

<http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/>

<http://www.unesco.org/mab/>

<http://www.unescobeijing.org/projects/view.do?channelId=004002001001002;>

[http://www.unesco.or.id/activities/science/env\\_sci/99.php](http://www.unesco.or.id/activities/science/env_sci/99.php)

<http://www.ramsar.org/>

<http://whc.unesco.org/pg.cfm?l=en>

<http://www.aseansec.org/6185.htm>

[http://www.unep-wcmc.org/protected\\_areas/data/sample/iucn\\_cat.htm](http://www.unep-wcmc.org/protected_areas/data/sample/iucn_cat.htm)

[http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/pdfs/outputs/pascats/pascatsrev\\_info3.pdf](http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/pdfs/outputs/pascats/pascatsrev_info3.pdf)

<http://www.biodiv.org/meetings/cop-07/default.asp>

# LANDSCAPE PROTECTION LAWS IN THE EVOLUTION OF MODERN SINGAPORE

LYE LIN HENG

LLB (Hons) Singapore, LLM (London), LLM (Harvard), Deputy Director, Asia-Pacific Centre for Environmental Law, Faculty of Law, National University of Singapore

*“To achieve First World standards in a Third World region, we set out to transform Singapore into a tropical garden city... We planted millions of trees, palms and shrubs. Greening raised the morale of the people and gave them pride in their surroundings. We taught them to care for and not vandalize the trees. We did not differentiate between middle-class and working-class areas... To overcome the initial indifference of the public, we educated their children in schools by getting them to plant trees, to care for them, and grow gardens. They brought the message home to their parents.”*

*Lee Kuan Yew, first Prime Minister of Singapore*<sup>1</sup>

Singapore’s transformation from a squalid city of the third world in the late 1950’s to a “clean and green city” of the first world with a GDP that is second highest in Asia after Japan, in less than a half-century, has often been hailed as a modern miracle and an example for developing countries. It should be emphasized that Singapore’s economic success is closely tied to its environmental management, for it was the concept of a ‘Garden City’ that was calculated to first woo investors to this tiny island republic in the 1960’s, after gaining independence. The greening of Singapore was thus an investment strategy for the government – and it worked. But development came at a considerable price, with the loss of much of its natural environment, as well as its historic buildings and cultural sites.<sup>2</sup> Today, less than five per cent of Singapore is legally protected as nature reserves. Much of the greenery is nurtured and manicured.

Issues relating to the preservation of her heritage started to surface in the 1980s, with Ministers expressing concern at the ‘indecent haste to obliterate our historical heritage.’<sup>3</sup> A more educated and sensitive public and civil servants now realize the importance of conserving not just the natural environment but also the vestiges of a country’s history and culture.

---

<sup>1</sup> Lee Kuan Yew, “Greening Singapore”, Chapter 13, From Third World to First – The Singapore Story: 1965-2000 – Singapore and the Asian Economic Boom, Harper-Collins, 2000.

<sup>2</sup> It should be mentioned that while the clearing of forests and even land reclamation from the sea took place under the colonial government, development took a frenetic pace in the years following Singapore’s independence.

<sup>3</sup> Ong Pang Boon, “It is Necessary to Preserve Our History”, *Speeches*, Sept. 1981, 5, 3. “In brief, we should study the past so that we know that it is to be a Singaporean.” Ibid, at 48; quoted in Albert Lau, “The National Past and the Writing of the History of Singapore”, chapter 3 in Ban KC, Pakir, A and Tong CK, *Imagining Singapore*, Times Academic Press (1992)



This paper gives an overview of the physical transformation of Singapore, focusing on its very comprehensive land–use planning, its laws for landscape protection, and the increasing role of the public. It is a story of the transformation of the physical landscape to build a new city for the people - to provide housing for the masses, offices and factories, transportation facilities and routes, power plants, as well as sewage treatment plants and other environmental infrastructure. It is the story of building a nation – encompassing the throes of the early years, the stabilization of the middle years and now, with the wisdom of hindsight and the fortitude of foresight, planning for the future.

## I. INTRODUCTION

The tiny city-state of Singapore is one of the most densely populated in the world, with a population density of 6,004 per square kilometer.<sup>4</sup> It is also one of the most remarkable success stories in the annals of developing nations, moving from a per capita GDP of US\$512 in 1965,<sup>5</sup> to a per capita GDP of US\$21,825 in 2003.<sup>6</sup> In the 2004 IMD World Competitiveness Index, Singapore was ranked the world's second most competitive state<sup>7</sup> It has the world's busiest port, an accolade achieved since 1986.<sup>8</sup> Although it has no natural reserves of oil, it is the world's top bunkering port and the third largest oil refining centre in the world, with more than four major oil companies (Shell, Caltex, BP and ExxonMobil<sup>9</sup>) in operation. These companies have a combined refining capacity of over one million barrels a day.<sup>10</sup> Singapore has built a strong industrial base for electronics and precision engineering, chemical and petrochemicals, pharmaceutical and biosciences. It has superb telecommunication facilities and was the first in the world to have a nationwide broadband network. This network covers 99 per cent of Singapore and is readily accessible in schools, offices, homes and public libraries.<sup>11</sup> Singapore was recently named the world's most globalised nation<sup>12</sup>

Ninety three per cent of Singapore's residents own their own homes, and of these, 85 per cent live in high-rise apartments built by the country's public housing authority, the Housing and Development Board (HDB). The country is served by excellent transportation networks, with an efficient Mass Rapid Transit (MRT)

<sup>4</sup> Singapore had a population of 4.185 million in 2003<sup>5</sup>, occupying a land area of 697.1 square kilometers, Statistics Singapore, <http://www.singstat.gov.sg/keystats/annual/yos/yos18.pdf>, accessed on 18 Sept 2004.

<sup>5</sup> On 9 August 1965, Singapore became a republic, after leaving the federation of Malaysia.

<sup>6</sup> *Statistics Singapore*, <http://www.singstat.gov.sg/keystats/hist/gdp.html>, last updated 26 February 2004, accessed no 18 Sept. 2004.

<sup>7</sup> <http://www01.imd.ch/documents/wcy/content/ranking.pdf>, accessed on 18 September 2004

<sup>8</sup> See Maritime and Port Authority at <http://www.mpa.gov.sg/homepage/achieve.html>

<sup>9</sup> The major oil refineries have the following capacities : Esso (265,000 bbl/d), Mobil Oil Singapore Pty Ltd (300,000 bbl/d), Shell Eastern Petroleum (405,000) bbl/d) and Singapore Refining Co Ltd (285,000 bbl/d).

<sup>10</sup> <http://www.mpa.gov.sg/homepage/achieve.html>, accessed on 18 September 2004

<sup>11</sup> "Singapore ONE – Singapore's Broadband Initiative" 6 August 2003, <http://www.ida.gov.sg/idaweb/factfigure/infopage.jsp?infopagecategory=factsheet.marketing&versionid=7&infopageid=1776>

<sup>12</sup> - "Singapore is world's most globalised nation", The Straits Times April 28, 2005; see also the 2005 *Globalisation Index* at <http://www.atkearney.com/main.taf?p=5,4,1,117>;

system complemented by a Light Rail System (LRT), as well as an excellent network of roads and expressways.

Despite intensive industrial developments, Singapore's air and water quality remain well within the US-EPA and WHO standards.<sup>13</sup> Water is clean and safe to drink from the taps. Refuse is collected daily by licensed contractors and incinerated; the ash is sent to an offshore landfill site. The handling and transportation of hazardous substances and toxic wastes are subject to a strict legal regime. All inland waters support aquatic life and the coastal waters generally meet recreational water standards.<sup>14</sup> A good living environment and excellent medical facilities have helped Singaporeans attain an average life expectancy of 78.9 years.<sup>15</sup>

However, the rapid development and industrialization has resulted in many physical changes in Singapore's landscape. Mangrove swamps, wooded areas and the tropical jungle have been converted for residential, commercial and industrial use.

Land scarcity has necessitated the reclamation of land from the sea, resulting in changes in the coastlines. Land scarcity has also prompted buildings to rise skywards. High-rise offices, hotels and apartment blocks dominate the landscape. Over 90 per cent of its residents live in high-rise apartments. Public housing blocks are rising as high as 50 storeys.<sup>16</sup> Land scarcity has also necessitated new solutions to optimize land space such as the location of the only land-fill site off-shore, on an amalgamation of two small islands;<sup>17</sup> and the construction of a billion-dollar Deep Tunnel Sewerage System. This new wastewater conveyance, treatment and disposal system will eventually replace the existing system consisting of six sewage treatment works, one sludge treatment works and 139 pumping stations located at various parts of Singapore.<sup>18</sup> Its construction will free up valuable land that can be used for other purposes.

Singapore today is a largely urban environment that continues to face the constant tussles between conservation and development. What remains of the old Singapore? Are there laws to protect some areas from the onslaught of development? What are these areas? What are the criteria for their preservation? What are the limitations of such preservation? This paper examines the policies, laws and procedures that protect the natural, social and cultural landscape in Singapore.

## II. Definitions of Landscape

There is no definition of 'landscape' in Singapore's laws. Some assistance may be derived from the European Landscape Convention. This defines 'landscape' to mean "an area, as perceived by people, whose character is the result of

<sup>13</sup> Annual Report 2002-03, National Environment Agency, <http://www.nea.gov.sg/cms/ccird/ar2002-2003/nea-ar-02.pdf> at p. 24.

<sup>14</sup> For an overview of Singapore's environmental laws, see Lye Lin Heng, "Singapore", Chapter 13 in *Environmental Law and Enforcement in the Asia-Pacific Rim*, Terri Mottershead, Ged. Rd, Sweet & Maxwell, 2002

<sup>15</sup> *Statistics Singapore*, <http://www.singstat.gov.sg/keystats/annual/yos/yos111.pdf>

<sup>16</sup> The HDB has started to build apartments that rise up to 50 storeys in Duxton Plain, which will comprise seven 50 storey public housing blocks. <http://www.hdb.gov.sg/isoa029p.nsf/0/340c7454cf31e95e48256df300161c72?OpenDocument>

<sup>17</sup> See Pulau Semakau landfill - <http://www.rsi.com.sg/english/assignment/view/20041103175327/1.html>

<sup>18</sup> See <http://app.nea.gov.sg/cms/hdocs/article.asp?pid=934>

the action and interaction of natural and/or human factors.”<sup>19</sup> It also defines ‘landscape protection’ to mean “actions to conserve and maintain the significant or characteristic features of a landscape, justified by its heritage value derived from its natural configuration and/or from human activity.” The Convention, which came into force on 1 March 2004, emphasizes the need for landscape policy, for landscape planning and for landscape management.<sup>20</sup>

The IUCN’s Commission on Protected Areas defines a protected area as “an area of land and/or sea especially dedicated to the protection and maintenance of biological diversity, and of natural and associated cultural resources, and managed through legal or other effective means.”<sup>21</sup> IUCN categorizes protected areas by management objective and has identified six distinct categories of protected areas, of which Category V relates to “Protected Landscape/Seascape: protected area managed mainly for landscape/seascape protection and recreation.”

A landscape architect in Singapore has defined landscape planning as ‘the art of discovering a site’s natural, social and sensory features, and using this knowledge to conserve or improve the environment for the benefit of mankind.’<sup>22</sup> However, others have viewed it more narrowly as only confined to rural and suburban areas, as distinct from ‘townscape planning’.<sup>23</sup> This restricted definition is, however, inappropriate for Singapore, as it is a largely urban environment. Yet others have noted that “landscapes become an integral part of the exercise of power in the (re)making of nations... and reflect cultural politics at work. Part of the state’s attempt to secure political legitimacy, build idealogical consensus and forge a sense of national identity depends on the imposition of...’norms and forms’ to shape the landscape.”<sup>24</sup>

This paper takes a broad approach to the meaning of landscape and landscape planning, encompassing both natural and man-made features on land as well as on water, which have sociological, cultural, scientific and heritage value, and which apply to the urban as well as the rural environment. It thus necessitates an examination into the conservation of the natural as well as the man-made environment, and in turn, the meaning and purpose of conservation can be very wide.

Section 2 of the Planning Act, 1998, defines ‘conservation’ to mean “the preservation, enhancement or restoration of the character or appearance of, and the interior and exterior of any building in, a conservation area”.<sup>25</sup> The 1990 edition of the Planning Act contained an additional definition of ‘conservation’ – it also means ‘the preservation, enhancement or restoration of (b) the trades, crafts, customs and other traditional activities carried on in a conservation area.’

<sup>19</sup> [http://www.coe.int/t/e/Cultural\\_Co-operation/Environment/Landscape/](http://www.coe.int/t/e/Cultural_Co-operation/Environment/Landscape/)

<sup>20</sup> Signatories to the Convention undertake to encourage public authorities to adopt policies to protect, maintain and improve landscape quality including the need to consider landscapes in public decision making.

<sup>21</sup> <http://www.iucn.org/themes/wcpa/wcpa/protectedareas.htm>

<sup>22</sup> Edmund Waller, *Landscape Planning in Singapore*, Singapore University Press, 2001 at p. 4.

<sup>23</sup> *Reflections on Landscape: The Lives and Work of Six British Landscape Architects*, Harvey S. (ed). 1987, Vt Gower Technical Press, at p. 94, on Hackett. See also, the UK Landscape Planning website at <http://www.landscapeplanning.gre.ac.uk/define.htm>

<sup>24</sup> Lily Kong and Branda S A Yeoh. *The Politics of Landscape in Singapore*, Syracuse University Press 2003, which examines the cultural politics in the construction of the Singapore ‘nation’ through several specific landscapes – ‘death’; religious, housing, toponymic, heritage, and ‘arts’ landscapes.

<sup>25</sup> Cap. 232, 1998.

As much of Singapore's success in managing its environment is due to sound and comprehensive land use planning laws, which segregated industrial land from residential and commercial land, this paper first examines land use planning in Singapore, and then look at landscape protection within this context.

### III. Land-use Planning in Singapore

Land use planning started soon after Singapore was founded by Sir Stamford Raffles of the East India Company in 1819, when he realized its potential as a trading port for England.<sup>26</sup> The early laws relating to buildings were aimed at ensuring adequate ventilation and proper disposal of garbage for reasons of public health. There was no comprehensive planning legislation until 1927, with the establishment of the Singapore Improvement Trust which proposed a General Improvement Plan for Singapore. However, these controls were very limited. The Japanese invasion in the Second World War created severe housing needs, as the city had to be rebuilt. In 1947, the Singapore Housing Committee recommended that a master development plan be developed for the whole island. It can be said that modern land use planning started in 1955 with the completion of the Master Plan, which was introduced in the Planning Bill in 1958.

#### 1. THE MASTER PLAN

The Planning Ordinance was passed in 1959, based closely on the UK Town and Country Planning Act, 1947.<sup>27</sup> It established the 1958 Master Plan<sup>28</sup> which emphasized comprehensive development through physical planning. Land use was controlled by zoning and density/plot ratios. All land was (and still is) zoned for a particular use. Land owners who wish to change the use of their land, or to develop their land had to comply with the requirements of the Master Plan.<sup>29</sup> The planning authority was given extensive powers to control all developments and subdivisions of land. Written permission from the authority had to be obtained before any land could be developed or subdivided. The Ordinance provided the machinery for the Planning Authority to plan, prepare and review the Master Plan every five years.

After a short merger with Malaysia, Singapore became a Republic on 9<sup>th</sup> August 1965. This was the start of a period of remarkable growth and development, transforming Singapore into "one of the most intensively – and successfully

<sup>26</sup> Singapore was founded on 30 January 1819, when Sir Stamford Raffles made an agreement with the Temenggong of Johore for the establishment of a British outpost in Singapore and for exclusive jurisdiction over it.

<sup>27</sup> No. 12 of 1959.

<sup>28</sup> The Master Plan as originally conceived, comprised four component maps, namely, the Central Area Map, Town Map, Island Map and Additional Planning Area Map, accompanied by a Written Statement and a Report of Survey. The maps show the various zones for particular or intended use, while the Written Statement gave guidance by describing the zoning categories and the maximum intensities of development. It was the first comprehensive development plan for Singapore.

<sup>29</sup> The Ordinance was soon amended to allow the imposition of a development charge in 1964, and to impose a two year time limit for the carrying out of any development.

– planned cities in the world.”<sup>30</sup> The new government was faced with the urgent task of creating economic opportunities and employment, as well the need to build housing for the masses. Land use planning was especially important, as land was (and continues to be) very limited, while the population kept steadily increasing. It was essential that the utilization of land resources be carefully planned and executed.<sup>31</sup>

The Master Plan, drawn up during the early years of transition, when Singapore was just emerging from colonial rule, was soon found wanting. Based on traditional planning concepts, it was static and inadequate for a city embarking on dynamic growth through industrial development. The five-yearly reviews merely served to update the Plan by incorporating all *ad hoc* alterations in the interim.<sup>32</sup> A new form of planning was needed – a Plan that would conceptualize future developments and thus enable the authorities to plan for it.

## 2. THE CONCEPT PLANS

### (i) *Concept Plan 1971*

This was initiated with the assistance of the United Nations Development Program (UNDP). It laid the broad guidelines for long range physical development including the building of a new international airport, as well as environmental infrastructure for waste management and pollution control. It also identified development constraints and major land uses that affect the environment, such as areas for highly pollutive and hazardous industries, airport zones, and live-firing areas for military training. It projected land needs for environmental infrastructure such as sewage treatment plants and refuse disposal facilities (dump sites and incinerators), as well as transportation and communication needs. It also identified ecologically sensitive areas for nature conservation; and for the protection of water-catchments.

### (ii) *The 1991 Revised Concept Plan – “A Tropical City of Excellence”*

The 1971 Concept Plan was revised twenty years later. The Revised Concept Plan 1991 focused on sustaining economic growth and providing a good quality of life, with Singapore as a “Tropical City of Excellence, an exotic island and an international investment hub”<sup>33</sup>. It was based on a time frame projected to the Year X, an unspecified year beyond 2010, where the population is anticipated to

<sup>30</sup> Malcolm Grant, *Singapore Planning Law – Commentary on the Planning Act 1989* at p. 7. See also ; see also N Khublall & Belinda Yuen, *Development Control and Planning Law in Singapore, 199*, chapter 1; Tan Sook Yee, *Principles of Singapore Land Law*, Chapter 23 “Planning and Development”, Butterworths 2001.

<sup>31</sup> For an overview of landscape planning during the Colonial period and since Independence, see Edmund Waller, *op cit.* n. 15 above.

<sup>32</sup> Reviews were conducted in 1965, 1970, 1975, 1980, 1985, 1991 and 1997. A thorough review was made in 1997, culminating in the passing of the new Planning Act in 1998 (Act 3 of 1998). It preserved the old provisions that require the Master Plan to be reviewed “at least once in every five years” – see Malcolm Grant’s Commentary on this New Act, above.

<sup>33</sup> *Living the Next Lap*, 1991, Urban Redevelopment Authority; see also Martin Perry, Lily Kong, Brenda Yeoh, *Singapore: A Developmental City-State*, 1997; Lui Thai Ker, “Towards a Tropical City of Excellence”, chapter 2 in *The City & the State – Singapore’s Built Environment Revisited*, Ooi Giok Ling and Kenson Kwok, eds., Institute of Policy Studies, Singapore Oxford University Press, 1997.

reach 4 million. This day came sooner than expected, at the turn of the new millennium; necessitating the Plan's review. The Plan was reviewed with considerable public discussion. While the public approved of more intensive building, they also wanted more greenery and nature areas, and the preservation of a sense of identity. The government announced a nature conservation policy that promised to set aside five percent of the total land area to be preserved as nature sites.<sup>34</sup> Nineteen nature sites were identified, to be monitored by the National Parks Board. However, not all these sites were legally protected.

(iii) *Concept Plan 2001 "Towards a Thriving World-Class City"*

Concept Plan 2001 entitled "Towards a Thriving World Class City in 2001" was drafted after taking into account public feedback.<sup>35</sup> It emphasized a "live-work-play environment, a dynamic city for business, leisure and entertainment", and "the cultivation of a deep sense of identity by creating a distinctive and delightful city where people can fondly call home."<sup>36</sup> It looked at creating a thriving world-class city for the next 40 to 50 years in the 21<sup>st</sup> century, for a projected population of 5.5 million. It promised new homes in familiar places, high-rise city living, more choices for recreation, greater flexibility for businesses, a global business centre, an extensive rail network, and a focus on identity.<sup>37</sup>

A Parks and Waterbodies Plan<sup>38</sup> was drawn up by the Urban Redevelopment Authority (URA) and National Parks (NParks) to guide the development of parks and waterbodies for the next 15 years, after extensive public consultation<sup>39</sup> NParks also commissioned the Singapore Institute of Architects to develop a Streetscape Greenery Master Plan to guide the greening and landscape of Singapore's streets. Development control guidelines have also been relaxed to encourage 'skyrise greenery' including landscaped sky terraces and roof gardens, and landscaped balconies and bridges.

The Identity Plan identified various areas in Singapore that are worthy of conservation., recognizing areas that have 'colour and vibrancy', recognising that "community life, streetscape and activities are unique anchors that contribute to the character, colour and identity of a place...and that the social history of an area is an important component of its sense of place." <sup>40</sup>

### 3. DEVELOPMENT GUIDE PLANS (DGPS)

As the Concept Plans are only strategic plans, more detailed plans are required. These take the form of Development Guide Plans (DGPs) which detail plan-

<sup>34</sup> *Singapore—A Sustainable City*, Ministry of the Environment, 2002 at p. 21.

<sup>35</sup> "URA Releases Concept Plan 2001 After Extensive Consultations", 20 July 2001, <http://www.ura.gov.sg/pr/text/pr01-34.html>

<sup>36</sup> <http://www.ura.gov.sg/conceptplan2001/index.html>

<sup>37</sup> See speech by Mr Bobby Chin, Chairman of the Urban Redevelopment Authority, 8 January 2002, [http://www.bca.gov.sg/newsroom/speech\\_080102.html](http://www.bca.gov.sg/newsroom/speech_080102.html); see also

<http://www.ura.gov.sg/conceptplan2001/process.html>

<sup>38</sup> <http://www.ura.gov.sg/pwbid/>

<sup>39</sup> See Speech by Dr Vivian Balakrishna, "More than 35,000 people visited the exhibition, and we received about 4,500 feedback replies." at <http://www.ura.gov.sg/pr/text/pr03-04.html>; Carol Lim, "Ideas for parks and identity come full circle", *Skyline*, Jan/Feb 2003, 7.

<sup>40</sup> *Ibid* n. 30.

ning and development at the local level. DGPs show the permissible land use and density for every parcel of land in Singapore. They contain detailed development guidelines on land use, including plot ratios, building height, urban design, urban conservation and road networks. Each DGP area is envisaged to have a population of 150,000, served by a town centre.<sup>41</sup> Presently, there are 55 DGPs for the entire Republic, including 11 in the Central Area. Each DGP that is completed is gazetted and replaces the corresponding part of the Master Plan.<sup>42</sup>

Thus, while the Concept Plans lay down the directions for the development of Singapore, the DGPs show the permissible land use for each plot of land, through the use of zoning. Land development is strictly regulated. No person may develop any land without the written permission of the competent authority.<sup>43</sup> Subdivisions of land are also prohibited unless with written approval.

Conservation is now acknowledged as part of the whole planning process, and the Parks and Water Bodies Plan and the Identity Plan earlier mentioned show clearly that the public and the government now realize the importance of landscape conservation. This will now be discussed in greater detail.

### III. Landscape Planning and Protection in Singapore

#### 1. The Natural Landscape – Legal Protection

##### (a) *Nature reserves*

The early years of colonization saw the clearing of forests for plantations. But to the credit of Singapore's founder, Sir Stanford Raffles, who was a keen naturalist, the first botanical garden was established on Government Hill at Fort Canning in 1822, shortly after his arrival in Singapore. This Garden was closed in 1829. A new Botanic Gardens was established in 1859 by an Agri-Horticultural Society, and was later handed over to the government for maintenance. The first forest reserves were created in 1886, following an 1882 survey of the forests and the report by Cantley, then Superintendent of the Botanic Gardens.<sup>44</sup> By 1907, forest reserves covered 11.3 per cent of the total land area, and 11.07 per cent of the island in 1930. However, legal protection was weak and much of the indigenous flora and fauna was lost.<sup>45</sup>

The forests were largely left intact after the Second World War. The post-war years saw growing demand for granite, which was mined from four quarries near the forests. This prompted the passing of the Nature Reserves Ordinance in 1951. A Nature Reserves Board was set up, chaired by the Director of the Botanic Gardens. The Central Catchment Area, which encompasses key reservoirs, was held in trust by the Public Utilities Board.

<sup>41</sup> John Keung "Planning for Sustainable Urban Development: The Singapore Approach", in Yuen, n. 33, above, op. cit. p. 17

<sup>42</sup> See the Master Plan Written Statement 2001 - <http://www.ura.gov.sg/ppd/gazettedmp2003/pdf/Written-Statement%202003.pdf>

<sup>43</sup> S. 12(1) and (2), Planning Act. The Minister has designated the Chief Planner as the competent authority.

<sup>44</sup> Wee Yeow Chin & Richard Corlett, *The City and the Forest – Plant Life in Urban Singapore*, "Historical Background", chapter 1.

<sup>45</sup> Lye Lin Heng, "Wildlife Protection Laws" Singapore Journal of Legal Studies [1991] 287-319;

Rapid development following independence exerted tremendous pressure on Singapore's limited land resources. Parts of the nature reserves were leased for the development of the Singapore Zoological Gardens. Two mangrove reserves were deleted. The ecological integrity of these reserves was further compromised by the construction of the Bukit Timah Expressway in the 1980's, which cut through the Bukit Timah and Central Catchment areas, which were formerly connected by a forest corridor. The expressway separated the two reserves, prohibiting the propagation of plants and animals, reducing the variety of their gene pools.<sup>46</sup>

Today, two national parks - the Botanic Gardens and Fort Canning Park,<sup>47</sup> and four nature reserves - the Bukit Timah Nature Reserve, Central Catchment Nature Reserve, Sungei Buloh Wetland Reserve, and Labrador Nature Reserve, are legally protected under the National Parks Act<sup>48</sup> and its subsidiary laws.<sup>49</sup> The National Parks Board (NParks) is the authority in charge.<sup>50</sup> It should be noted that Sungei Buloh is also an ASEAN Heritage Park, pursuant to the ASEAN Declaration of Heritage Parks signed at Yangon, Myanmar on 18 December, 2003.<sup>51</sup>

*(b) Parks and Trees*

The "Garden City" concept was and remains the heart of Singapore's environmental and development policy.<sup>52</sup> The Parks and Recreation Department was set up in 1976, to develop and maintain a "Green Singapore". The Parks and Trees Act was passed in 1975 "to provide for the development, protection and regulation of public parks and gardens and for the preservation and growing of trees and plants and for matters connected therewith." It established tree conservation areas within which it is prohibited to cut down any tree with a girth exceeding one meter growing on any vacant land or on land designated as a tree conservation area.<sup>53</sup> Written permission must first be sought before any large tree (as defined) can be cut down. The Act also empowers the Commissioner of Parks and Recreation to order an occupier of land in a tree conservation area, to take such measures as may be necessary to maintain or preserve any tree. The penalty in both cases, is a fine of up to \$10,000, which will be increased to \$50,000 under a new law, the Parks & Trees Act, 2005, soon to be passed by Parliament.<sup>54</sup> An occupier may also be required to plant or replant trees.

<sup>46</sup> *Singapore's National Report for the 1992 UN Conference on Environment and Development Preparatory Committee*, Ministry of the Environment, 39-43.

<sup>47</sup> See Tan Wee Kiat, *Naturally Yours*, 1992; Lee Sing Kong and Chua Siang Eng, *More than a Garden City*, Parks & Recreation Board, 1993

<sup>48</sup> Cap. 198A

<sup>49</sup> National Parks Regulations, S 129/97

<sup>50</sup> <http://www.nparks.gov.sg/parks/sbg/par-sbg-his.shtml>

<sup>51</sup> <http://www.aseansec.org/15524.htm>. Under this Declaration, the ten countries of ASEAN agreed that "common cooperation is necessary to conserve and manage ASEAN Heritage Parks for the development and implementation of regional conservation and management action plans as well as regional mechanisms complementary to and supportive of national efforts to implement conservation measures."

<sup>52</sup> Victor Savage, "Singapore's Garden City: Translating Environmental Possibilism", Chapter 10, *The City & the State*, op. cit, n. 32.

<sup>53</sup> Parks and Trees (Preservation of Trees) Order, S327/91; see also the Parks and Trees Rules, S 216/82 amended by S 454/93, S 118/94, S 438/2000 and S 783/04.

<sup>54</sup> The Parks & Trees Bill, 2005 received its second reading in Parliament on 25 January 2005.



Similar laws have been passed to protect other parks owned by the Jurong Town Corporation<sup>55</sup> or by the Sentosa Corporation on the nearby island of Sentosa.<sup>56</sup>

(c) *Heritage Trees and Heritage Roads*

In 2001, NParks initiated the Heritage Roads and Heritage Trees scheme to conserve scenic, tree-lined roads and to prevent mature trees with conservation value from being chopped down. Some 55 roads were identified, but as this initiative was not legally sanctioned, there was little power to compel their preservation. The new proposed law, the Parks and Trees Bill, empowers the gazetting of heritage roads<sup>57</sup> - these roads can be given a “green verge” buffer of up to 10 metres wide at each side and NParks will have access to maintain these green buffers, and regulate works and activities to protect them.<sup>58</sup>

(d) *Conservation of seascape/marine areas*

There are no laws to conserve Singapore’s marine areas despite many calls from non-government organizations to conserve its coral reefs. Jurisdictional issues have not been worked out and it is unclear whether the National Parks Board will take responsibility or the Maritime and Port Authority (MPA) or some other body.

## 2. The Man-made Landscape

(a) *Conservation of the Built Environment*

The focus of the early years was urban renewal and conservation was often overlooked.<sup>59</sup> The celebrations of the 150<sup>th</sup> Anniversary of Singapore in 1969 compelled a re-examination of its roots.<sup>60</sup> At the same time, there was a need to ensure that Singapore remained attractive to tourists. It was realized that the destruction of the historical landscape made Singapore a sterile and less attractive place to tourists. It also deprived younger Singaporeans of their ‘roots’ and this was unwise in ‘nation-building’.

The Institute of Architects and the Historical Association of Singapore held a public meeting to discuss the creation of a civic organization to preserve history buildings. Thus was born the Preservation of Monuments Board in 1971, with the passing of the Preservation of Monuments Act, “to preserve for the benefit of the nation, monuments of historic, traditional, archeological, architectural or artistic interest.”<sup>61</sup> The Board came under the wing of the Urban Redevelopment

<sup>55</sup> Jurong Town Corporation (Parks) Regulations, (S. 48/89).

<sup>56</sup> Sentosa Development Corporation Regulations (S. 454/97)

<sup>57</sup> Five roads have already been identified and gazetted as heritage roads: South Buona Vista, Mount Pleasant, Mandai, Lim Chu Kang and Arcadia Roads. See the Straits Times Interactive, 26 January 2005 See <http://habitatnews.nus.edu.sg/pdf/heritageroads-st26jan2005.pdf>

<sup>58</sup> Speech by Mr Lim Swee Say, Second Minister for National Development on the second reading of the Parks & Trees Bill on 27 January 2005. [http://www.mnd.gov.sg/newsroom/speeches/speeches\\_2005\\_2M\\_250105.htm](http://www.mnd.gov.sg/newsroom/speeches/speeches_2005_2M_250105.htm)

<sup>59</sup> It should be noted that the 1958 Master Plan contained a list of 30 structures proposed for preservation.

<sup>60</sup> “Urban conservation and heritage management’ Chapter 9 in Martin Perry, Lily Kong and Brenda Yeoh, *Singapore – A Developmental City State*, World Cities Series, John Wiley & Sons, 1997, at p. 258.

<sup>61</sup> Cap. 239.

Authority (URA). The URA identifies and recommends buildings of historical, architectural and cultural merits for conservation. It produces manuals and guidelines on conservation (after seeking the views of the private sector), initiates private projects to demonstrate appropriate restoration techniques, and releases conservation buildings to the private sector for restoration. Religious buildings and other buildings that had character or history were gazetted for protection. This included hotels, government buildings as well as schools.<sup>62</sup>

To encourage landowners to conserve their buildings, rent control legislation was revoked, in stages.<sup>63</sup> Other incentives include waiver of development charge and parking requirements, as well as government assistance in the relocation of elderly tenants to public housing.

The mid-1980s saw an emphasis on conservation of whole ‘historic districts’ or ethnic areas’, in order to conserve the city’s ‘roots’.<sup>64</sup> The first project was a row of Peranakan houses along Emerald Hill. This was followed by the conservation of Chinatown, Singapore River, Little India and Kampong Glam and the release of the Master Plan for the Civic and Cultural District. To date, some 41 National monuments<sup>65</sup>, and 71 conservation areas involving some 6,500 conservation buildings have been preserved.<sup>66</sup> Conservation areas include the banks of the Singapore River, where warehouses have been converted to fine dining and shops, while preserving their façade, old Peranakan houses in Joo Chiat and Emerald Hill, Chinatown and Little India. Sadly, the conservation of Malay villages has not been as successful, with the Malay Village in Geylang Serai a poor substitute, and the destruction of the last Malay village in Kampong Fatima to make way for public housing.

Today, there are calls to preserve the island of Pulau Ubin, and the lifestyle of island living. Plans to build public housing to be linked to the main island via the mass rapid system appear to have been put on hold, as the URA has stated that it will be keeping Pulau Ubin and Lim Chu Kang (another rural area) ‘in their natural state for as long as possible.’<sup>67</sup>

*(b) Alteration of the coastlines through reclamation*

Reclamation of land from the sea has been an on-going activity from the time of the British, adding several hectares to Singapore’s tiny land area each year. Today, reclamation has resulted in the amalgamation of seven small islands

<sup>62</sup> Examples are the Raffles Hotel and Goodwood Park Hotel, the National Museum, City Hall, Parliament House, Convent of the Holy Infant Jesus and St Joseph Institution.

<sup>63</sup> “De-control”, chapter 12, Lye Lin Heng, *Landlord and Tenant Law*, Singapore Law Series, 1990, Malaya Law Review & Butterworths.

<sup>64</sup> Section 9 of the Planning Act states:

1) Where in the opinion of the Minister any area is of special architectural, historic, traditional or aesthetic interest, the Minister may approve under section 8 a proposal to amend the Master Plan to designate the area as a conservation area.

(2) A conservation area may comprise —

(a) an area;

(b) a single building; or

(c) a group of buildings.

<sup>65</sup> [http://edanet.ura.gov.sg/edaForm/help/User\\_Guide/MonumentsList.html](http://edanet.ura.gov.sg/edaForm/help/User_Guide/MonumentsList.html)

<sup>66</sup> <http://www.ura.gov.sg/conservation/conservation.htm>

<sup>67</sup> [http://www.ura.gov.sg/skyline/2001/04\\_Jul\\_Aug/presenting\\_the\\_concept\\_plan.pdf](http://www.ura.gov.sg/skyline/2001/04_Jul_Aug/presenting_the_concept_plan.pdf)

to form an integrated island-base for hi-tech industries - Jurong Island<sup>68</sup>. Land reclamation has also resulted in a new off-shore landfill site, Pulau Semakau, with the merging of two small islands.<sup>69</sup> While the construction of these two facilities has caused considerable environmental damage, efforts have been made to contain the harm as much as possible. Mangroves have been replanted along the coastline of the landfill site, and it will soon be open to recreational activities.<sup>70</sup>

However, Singapore's reclamation activities near the Straits of Johore, which separate Singapore from the state of Johore, in Malaysia, have been the subject of complaints from its neighbour, which led to arbitration before the International Tribunal on Law of the Sea. Malaysia was concerned that Singapore's reclamation activities affected its marine environment, as well as the livelihoods of Malaysian fishermen living in the area. This has since been amicably settled with Singapore paying compensation to the Malaysian fishermen and being allowed to continue with its reclamation activities subject to mitigating measures.<sup>71</sup>

*(c) New Developments*

As with any large city, Singapore's landscape is constantly evolving. **As a small city-state** with no natural resources, Singapore has to depend on tourism, high-tech industries, hard work, thrift, ingenuity and creativity. Its citizens and government officers are constantly challenged to bring forth new developments and ideas to attract tourist revenue as well as to enhance the quality of life on the tiny island. Some of the new ideas, which will change the landscape dramatically are as follows:

- Modern metropolis in Downtown Marina Bay

The Marina Bay area was reclaimed from the sea at great expense. It fronts the city centre and is a valuable piece of real estate. The government has set aside \$300 million to put in key infrastructure and facilities at the Bay area. URA has also been appointed as the Development Agency for the area and will spearhead developments of the Downtown at Marina Bay. It will also promote the area through events and market the area to developers and investors worldwide. URA has also initiated a consultancy for the design of the waterfront promenade and the connecting bridge to Marina Centre. When completed in 2008, these developments will create a continuous loop around the entire Marina Bay.<sup>72</sup>

- Rejuvenation of Orchard Road

Orchard Road is the Fifth Avenue of Singapore, a high-end shopping belt of top hotels and shopping centres with good restaurants. The rejuvenation of Orchard Road will ensure it retains its status as a premier shopping district. To facilitate this, a multi-agency taskforce was set up. The URA has met up with the community to seek their feedback and ideas on plans for Orchard Rd. Two new sites at Orchard Road/Paterson Road and Orchard Road/Killiney Road junctions

<sup>68</sup> <http://www.jurongisland.com/>

<sup>69</sup> <http://app.env.gov.sg/press.asp?cid=166&nid=166&id=SAS762>

<sup>70</sup> <http://app.nea.gov.sg/cms/htdocs/article.asp?pid=2509>

<sup>71</sup> <http://www.mfa.gov.sg/internet/>

<sup>72</sup> News Release "URA moves to implement plans for Downtown Marina Bay" 13 March 2004 - <http://www.ura.gov.sg/pr/text/pr04-04.html>

will be marketed and are envisaged to inject new retail concepts to further enhance it as a premier shopping destination.<sup>73</sup> The Orchard Road/Paterson site will provide a new commercial development that will be integrated with the Orchard MRT station to provide a seamless shopping experience for shoppers. In addition, a new public event space will be provided at this strategic location to hold large scale events. There will also be two sites released for shorter-term development of lifestyle establishments to add to the retail diversity and vibrancy of Orchard Road. URA is also reviewing planning and development guidelines for existing developments in the area to encourage property owners to upgrade and enhance their properties. These measures will be announced later.

- Second Botanic Gardens

There are plans to develop a Second Botanic Gardens in the New Downtown at Marina Bay. “The existing Botanic Gardens will focus on botanical collections and research. The Second Botanic Gardens will focus on mass floral displays and creative plant-based edutainment. It will also feature an iconic conservatory of cool tropical as well as temperate plants. This Second Botanic Gardens will serve as a green lung for those who will live, work and play in the new Downtown. It will be an anchor attraction of the Downtown and strengthen Singapore’s Garden City image.”<sup>74</sup>

- Singapore Tropical Garden Show

NParks is also planning to stage a Singapore Tropical Garden Show at the site of the second botanical gardens. Planned as a biennial event, this is envisioned as a premier tropical horticultural show, which will comprise international floral and landscape displays, as well as horticultural and gardening trade exhibits.

- Promotion of Architecture & Urban Design Excellence

MND/URA will promote architectural and urban design excellence. URA has embarked on a series of initiatives to promote architecture and urban design excellence through exhibitions, talks and publications. URA will contribute \$3 million to kick-start a programme to co-sponsor design pro”motion activities with the private sector. Other measures to encourage design excellence in architecture and urban design will be initiated.

- Marina Water Barrage

The Marina Barrage is a tidal and flood control barrier that will be constructed across the mouth of the Marina channel at a cost of S\$226 million. When it is ready by end-2007, it will turn the waters of the Marina basin into an inland reservoir, which can then be used for water sports and performance events, as well as all sorts of water recreation activities. To encourage community involvement, the Public Utilities Board (PUB) has for-

<sup>73</sup> “URA releases two sites at Orchard Road area for sale 29 March 2005 - <http://www.ura.gov.sg/pr/text/pr05-14.html>

<sup>74</sup> “An Exciting, Modern and Attractive Metropolis” Press Release, Ministry of National Development, 13 January 2005 [http://www.mnd.gov.sg/newsroom/newsreleases/news130105\\_Addendum%20-%20Media%20Factsheet.htm](http://www.mnd.gov.sg/newsroom/newsreleases/news130105_Addendum%20-%20Media%20Factsheet.htm)  
See also <http://www.wildsingapore.com/news/20050102/050113-4.htm>

med a team to consult with its “3P partners” — the people, private, public sectors — to elicit advice, ideas and suggestions for all the possible activities and offerings that this new “three-in-one” playground can host. “It is an initiative that will add to Singapore’s water supply, reduce flooding and increase the quality of life.”<sup>75</sup>

- Integrated Resorts with casinos

After a long debate on whether the country should have casinos, the government has made a decision to proceed.<sup>76</sup> There are plans to build two integrated luxurious resorts with casinos. The best developers and operators in this industry have been invited to tender for the two projects. It is anticipated that these projects will substantially alter not only the landscape of Singapore but also the lifestyle of the people.

#### IV. ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENTS AND PUBLIC PARTICIPATION

It must be mentioned that Singapore does not have laws mandating environmental impact assessments. The nearest approximations are contained in sections 26 and 36 of the EPCA, both of which relate to pollution impact studies. Both provisions are quite different from requiring an environmental impact assessment as they focus only on industries or projects with high polluting capacity whereas EIAs require a comprehensive, integrated and detailed study of all potential impacts on the environment, including ecological and sociological impacts. It is also a hallmark of EIA laws that they allow some measure of public participation, whereas sections 26 and 36 do not involve third parties at all.

The lack of EIA laws in Singapore has frequently been criticised.<sup>77</sup> The issue came to the forefront in 1992 when there was a proposal to take part of the Lower Peirce Reservoir, a gazetted nature reserve, to build a public golf course.<sup>78</sup> The authorities conducted an EIA but refused to disclose its findings. This prompted the leading environmental NGO (the Nature Society) to publish its own EIA, which stated emphatically that “Clearance of this forest will effectively mean a promise to the people of Singapore, and to the world community, has been broken.”<sup>79</sup> The project has been shelved for the time being. While the project has been shelved for the time being, it is clear that such issues may well arise in the future. A proposal for a golf course or a holiday resort would not trigger either sections 26 or

<sup>75</sup> [http://www.ps21.gov.sg/challenge/2004\\_12/hot/hot.html](http://www.ps21.gov.sg/challenge/2004_12/hot/hot.html)

<sup>76</sup> <http://asia.news.yahoo.com/features/casino.html>

<sup>77</sup> See Foo, Lye and Koh, “Environmental Protection: The Legal Framework” in *Environment and the City*, Institute of Policy Studies, 1995 at 86-87; Lye Lin Heng “Singapore’s New Environmental Law : The Environmental Pollution Control Act, 1999” [2000] SJLS 1 at pp. 29-32. See also Lye Lin Heng, chapter on Singapore, in *Environmental Law and Enforcement in the Asia-Pacific Rim*, Terri Mottershead, Sweet & Maxwell, 2002at p. 426-427.

<sup>78</sup> Singapore has some 22 golf courses, on an island of 660 square kilometres.

<sup>79</sup> See Nature Society Singapore, *Proposed Golf Course at Lower Peirce Reservoir – An Environmental Impact Assessment*, Nature Society Singapore, 1992 at p. 10. See also Foo, Lye and Koh, “Environmental Protection : The Legal Framework” in *Environment and the City*, Institute of Policy Studies, 1995 at 86-87; Lye Lin Heng, “Singapore’s New Environmental Law : The Environmental Pollution Control Act, 1999” [2000] SJLS 1 at p. 29-32; Lye Lin Heng “Legal Protection of the Natural Environment” *State of the Natural Environment in Singapore*, Clive Briffett and Ho Hua Chew, eds, Nature Society Singapore, June 1999 at p. 83.

36 EPCA. Neither would a reclamation project. This was triggered in 2002, the public tried hard to persuade the authorities not to proceed with the reclamation of Chek Jawa, a pristine off-shore coastal site on the island of Pulau Ubin, home to numerous species of marine plants and animals.<sup>80</sup> At the very last minute, Chek Jawa was ‘saved’ with reclamation put off for the next ten years. But much damage had already been done, with visitors taking away numerous marine species as souvenirs, in the face of imminent reclamation plans. Today, Chek Jawa is a nature site carefully looked after by NParks.

It is unlikely that there will be legislation providing for EIAs, since this had been left out of the main ‘consolidating law’ which had just been passed in the form of the EPCA. But the authorities have facilitated and encouraged greater public participation in the formulation of the land-use plans – in the Concept Plans, the Development Guide Plans, the Green Plans, and most recently, the discussions on the viability of allowing casinos and the forms that this can take. This is in the spirit of Agenda 21.

## V. EVALUATION AND CONCLUSION

Singapore has come a full circle - from the early days of slum clearance, rebuilding, and rehabilitation, to conservation, restoration and enhancement of the natural and man-made landscape. But as with all cities, it cannot afford to remain static. It faces constant challenges and, with the emergence of the great Asian cities of China and India, Singapore will need to remain vibrant, interesting and a worthwhile stop for the tourist dollar. As the first ‘architect’ for Singapore’s development, the first Prime Minister Lee Kuan Yew said recently, in the debate on the casino and integrated resort issue:

“The world has changed. Should Singapore change? Or should Singapore still reject an Integrated Resort because it has a casino? To say ‘no’ after worldwide publicity for a year, Singapore will be sending out the wrong signal, that we want to stay put, to remain the same old Singapore, a neat and tidy place with no chewing gum, no smoking in air conditioned places, no this, no that, - not a fun place. The old model on which I worked was to create a first world city in a third world region - clean, green, efficient, a pleasant, healthy and wholesome society, safe and secure for everyone. These virtues are no longer sufficient. Now we have also to be an economically vibrant and an exciting city to visit, with top class symphony orchestras, concerts, drama, plays, artists and singers and popular entertainment. These are the lifestyles international professionals and executives seek. We want the companies who manage these entertainment troupes to include Singapore on their tour of cities around the world.

Can we make it?

<sup>80</sup> <http://chekjawa.nus.edu.sg/defer.htm>

Yes, if we are open to change and accept new ideas. The Integrated Resort is a small part in this remaking of Singapore. We will build a new downtown, adding lustre, colour to the present CBD, with beautiful parks, an interesting waterfront, outstanding buildings and excellent transportation. We must play host to cultural troupes from Asia and Europe, be a place where artists, musicians, sculptors of South, Southeast and East Asia will come to display and market their works of art.... To remain only as the cleanest, greenest, safest, most efficient and healthiest city in Southeast, the “with it” world will pass Singapore by.

We live in a different and ever changing world. Singapore must become more lively and exciting, a fun place, and at the same time retain its virtues, clean, green, safe and wholesome. We can learn to limit the social fallout. In any case, we cannot prevent the outside world from affecting us....”<sup>81</sup>

Once again, it can be seen that Singapore’s landscape is determined by its leaders, who have guided it from colonialism to independence; from third world to first; and now, on to the next era of integrated resorts and casinos. This process of evolution confronts each state and each city. It is conceivable that Singapore will be more than equal to the challenges that lie ahead.

---

<sup>81</sup> 19 April 2005, in Parliament, <http://app.sprinter.gov.sg/data/pr/2005041902.htm>

# **OPEN SPACE PRESERVATION AND INTERGOVERNMENTAL RELATIONS: INNOVATIVE EFFORTS IN THE US<sup>1</sup>**

*ROBERT H. WILSON*

Professor, LBJ School of Public Affairs  
University of Texas at Austin

## **OPEN SPACE PRESERVATION: THE POLICY ISSUE**

Abundant open space is a defining characteristic of the United States, indelibly affecting the nation's history and cultural identity. Where it was once regarded as an obstacle to Manifest Destiny, a challenge to be overcome, national sentiment concerning open space has changed, especially in the past few decades. The rapid expansion of suburbs onto land once considered the countryside has caused many to question contemporary land use practices in this country. Growth that is poorly planned can place undue pressure on communities, causing infrastructure development costs to soar, traffic and congestion pressures to mount, and a host of other community problems.

Recognizing that open space protection and growth management are areas of strong citizen interest as well as issues that are often in conflict, state, regional, and local governments across the nation have adopted open space preservation techniques to decrease the externalities of haphazard development. Open space preservation initiatives exist to protect the scenic and natural beauty of the landscape in both rural and urban settings by preserving natural landscapes and agricultural lands and by encouraging the creation of parks. Often, open space policies and programs are used in conjunction with growth management initiatives that attempt to address the impacts of unplanned development.

Given the growing interest in open space preservation issues and the widespread adoption of state, regional, and local open space programs, it is important to understand how open space preservation assists communities. Do open space initiatives really matter? What are their accomplishments and what problems do they share? What common events and actions explain how more effective initiatives first appeared? What aspects of open space initiatives lead to greater effectiveness over time? Which level of government – federal, state, or local, or a

---

<sup>1</sup> This paper is an outcome of a policy research project co-directed by Robert H. Wilson, LBJ School of Public Affairs, and Robert Paterson, Community and Regional Planning Program, for the U.S. Congressional Research Service. The report was published as *Local Initiatives in Growth Management and Open Space Preservation: A National Study, Policy Research Project #14*, University of Texas at Austin (2003). The author wishes to acknowledge the assistance of Ms. Devashree Saha, Ph.D. student at the LBJ School, in preparing this paper.



combined effort of all three – ought to be responsible for open space preservation. These are some of the important questions that need to be addressed in order to better understand what leads to more effective policies in this area.

This paper is the product of a two-year study initiated in July 2001 at the request of the U.S. Congressional Research Service (CRS). During the first year of the project, the research team comprising two professors and number of graduate students at the University of Texas at Austin created an inventory of state policies and programs directly related to growth management and open space.<sup>1</sup> Researchers identified state legislation, executive orders, citizen initiatives, and other related measures—mandatory and voluntary—that were enacted since 1990 to promote growth management and preserve open space. The inventory revealed the national scope of such initiatives and helped researchers identify states most actively addressing the issues.

The findings from the 2001-2002 study were the basis for the second year's research project, the production and analysis of case studies from the 11 states most actively addressing open space preservation issues with policies, programs, and projects. To assist in choosing an adequate selection of cases, researchers began their selection of cases by categorizing a list of study candidates according to several criteria: issue addressed, primary approach used, primary intergovernmental relationship, types of project partners, geographic scale of the program, and character of federal government involvement. In addition to these criteria, the initiative's maturation and ability to be transferred to another setting were also important characteristics taken into consideration during the selection process. The selection process resulted in the selection of 14 cases for further review.

The purpose of this paper is to describe policy issues surrounding open space preservation in the United States and delineate basic approaches and initiatives in this area. To better understand the open space preservation debate, the paper begins with a definition of open space. Section II of the paper identifies the various factors leading to open space loss and the costs it imposes on communities nationwide. Section III presents an overview of the 14 case studies in terms of program adoption, tools used for open space preservation, implementation process and program outcomes. Additionally, an attempt is made to define more effective and less effective programs to obtain a greater understanding of the characteristics of a successful open space preservation program. Section IV explores the intergovernmental context of the 14 cases and derives four models of intergovernmental structure. The frequency of occurrence and effectiveness of the different models and of intergovernmental tools are identified and discussed. The paper concludes by presenting the trends found in U.S. open space preservation and factors contributing to program success.

<sup>1</sup> Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, *State Growth Management and Open Space Preservation Policies*, Policy Research Project Series, no. 143 (Austin, Texas, 2002).

## SECTION I: DEFINING OPEN SPACE

Open space can be identified in three general categories: *productive land*, *environmentally significant areas*, and *green space*. Productive land includes farm and agricultural lands and resource lands such as forests. Farmers and ranchers need open space for livestock grazing, crop production, orchards, and nurseries. Environmentally significant areas include wildlife habitats, wetlands, and coastal lands. Such areas protect the natural environment and help to maintain an ecosystem's natural state. Green space encompasses areas both inside and outside urban areas. Inside urban areas, green space includes public open space, such as parks. These parks and lands intended for the public are used for recreation and meeting places where citizens may enjoy nature and forge community ties. Outside urban areas, green space refers to large tracts of undeveloped lands. There is widespread disagreement about what should constitute preserved open space. For example, should land that is not accessible to the public be classified as open space? What about open space being used for an ecologically unsustainable purpose like intensive cattle ranching?

Although a consensus on what constitutes open space has not emerged, the loss of great amounts of viable agricultural lands, unique ecosystems, and parklands are certainly dramatic and may decrease quality of life. Between 1992 and 1997, the U.S. lost 17,500 square miles of rural and agricultural land in the form of open space. Furthermore, the Sierra Club reports that the average rate of overall open space decreases annually by 2.2 million acres. In 2000, there were approximately 145,261.20 square miles of rural land remaining in the United States. Though the development of land affords many economic opportunities, it may contribute to the depletion of sensitive ecosystems and parklands, thereby altering the natural landscape. Once certain elements of the land are changed, it may be difficult to return the land to its original state.

Open space provides many types of value to landowners, private individuals, and society at large. Not only may the preservation of open space retain the agricultural lands and rural character of communities, it may also contribute to the livability of urban communities. Open space may counter the effects of traffic, pollution, and overcrowded cities or serve as a buffer between communities. Open space may also shape metropolitan growth when used in conjunction with growth management programs where an urban area's growth may be contained. Such urban containment programs establish a boundary that separates urban development from rural land, thereby preserving open space. In these programs, urban areas develop with the use of infill and mixed-use development rather than by expanding their suburban areas.

## SECTION II: CAUSES OF OPEN SPACE LOSS AND ITS COST

Urban growth dominated by unbounded, low-density development on the metropolitan fringe has been one of the primary reasons for loss of open space and

sensitive environmental areas. Patterns of urban sprawl are evident in communities throughout the United States. Although different forms of sprawl appear from one locality to the next, it can often be identified by low-density development distant from a city's urban core. Sprawl can take the form of noncontiguous development and isolated, single family homes.<sup>2</sup> The debate over sprawl is driven mostly by concerns that such low-density residential development threatens farmland and open space, increases public service costs, encourages people and wealth to leave central cities and degrades the environment.

Urban sprawl and the resulting loss of open space result from a variety of social and economic factors as well as unintended consequences of public policies. Among the social and economic factors that must be considered are the preference for owning single-family homes with yards, the level of car ownership, and the rising standard of living within the United States. With land prices in outlying areas comparatively inexpensive, and factoring in ease of travel and perceived safety, cities have experienced a dispersal of their population to previously undeveloped areas.

Although economic and social factors contribute to sprawl, federal, state, and local policies must also be considered among the causes of urban sprawl and open space loss. Public policy in areas such as transportation, housing, and land use are perceived to be factors contributing to urban sprawl and open space loss. In a 1999 survey conducted by the Fannie Mae Foundation,<sup>3</sup> urban experts were asked to rank the top ten influences on the American city over the past 50 years. The 1956 Interstate Highway Act and the Federal Housing Administration's (FHA) mortgage financing program were the two top-ranking influences cited. The Housing Act of 1949 was ranked fourth. Both of these programs created federal incentives that substantially influenced development patterns in U.S. cities for decades to come.

Federal transportation policy has led to the expansion of roads and the highway system, opening rural lands and other lower-density areas to development by improving their access to center cities. With less-expensive land prices in lower-density areas, homebuyers are able to buy larger plots of land than they would be able to in higher-density areas. Federal housing policy can influence land use patterns in multiple ways, particularly by encouraging and rewarding single-family homeownership over denser multifamily housing. These single-family homes are often built away from the city's central core, further proliferating sprawl and the destruction of open space.

For example, under the Interstate Highway Act, federal gas tax revenue funded the majority of the investment of new highway construction while localities incurred only a small portion. By contrast, local governments were expected to assume a much higher percentage of any investment in mass transit, which would have allowed cities to grow in a more condensed area.<sup>4</sup> Another example of the

<sup>2</sup> Arthur C. Nelson and James B. Duncan, *Growth Management Principles & Practices* (Chicago: American Planning association, 1995), p. 1-2.

<sup>3</sup> Fannie Mae Foundation, *American Metropolis at Century's End: Past and Future Influences*. Online. Available: <http://www.fanniemaefoundation.org/programs/metropolis1/index.html>. Accessed: March 31, 2002.

<sup>4</sup> Ibid.

indirect effect of federal programs on growth is the FHA-insured mortgages which date from the 1930s. These mortgages encouraged new housing on the suburban fringe and refused to insure mortgages on older houses in most urban neighborhoods, thereby reinforcing residential development outside urban boundaries.

Zoning and land use policy have also been a large contributor to sprawl. Zoning initially emerged in the early part of the twentieth century as a tool to separate land uses. These laws protected urban centers from heavy industry and manufacturing plants. Ultimately these zoning laws reinforced lower densities throughout communities. Today states and localities have inadequately addressed prevalent development issues. In many states old zoning laws still apply, even at a time when the sharp separation of commercial, industrial, and residential uses may no longer be needed. These laws prevent sustainable practices such as mixed-use development and urban infill, and they suppress the revitalization of urban areas.

Comprehensive planning has been inconsistent if not nonexistent in most areas. Typically, land use policy has not adequately addressed carrying capacity and has allowed growth that causes a reduction in public facility service levels.<sup>5</sup> At times it has allowed new public infrastructure to be built in areas where the city does not desire development. Land use policy has often failed to prevent loss of important viable agriculture land and natural resources by not preventing sprawl in valuable areas. These policies, while not the only ones that affect the expansion of sprawl, have been large contributors.

The costs imposed by sprawl are numerous. Green spaces are lost as cities become less compact and expand to undeveloped lands. Because this growth takes place in an unconstrained and uncoordinated way, development is scattered, causing an inefficient use of space and the conversion of more open space than necessary. Agricultural lands are lost as developers build small-acreage homes in rural farming areas, buying viable agricultural land and subdividing the plots. While the impact may not be felt immediately on the entire farming community, as more farmland is purchased, farming becomes less viable in the area. The noise and other farming externalities become a perceived nuisance to the new homeowners, creating conflicting values in the area.<sup>6</sup>

Sprawl has many costs that are not immediately recognizable. Infrastructure costs increase, urban cores decay, and overall quality of life decreases with the spread of sprawl and the loss of open space. These costs should be considered when land use and other policies are being formulated. While communities can benefit from growth, it is important that they effectively manage the way they grow if they desire to prevent the costs of sprawl and open space loss.

<sup>5</sup> Arthur C. Nelson and James B. Duncan, *Growth Management Principles & Practices* (Chicago: American Planning association, 1995), p. 96.

<sup>6</sup> Rutgers, Brookings, Parsons Brinckerhoff, ECONorthwest, *The Costs of Sprawl-Revisited* (Washington, DC: National Academy Press, 1998), p. 75-76.

### SECTION III: EVALUATING PROGRAM EFFECTIVENESS: CROSS-CASE ANALYSIS

Fourteen open space programs were identified as particularly innovative and case studies were undertaken in terms of their approach, tools used, and organizational structures. The analysis in this section answers several important questions, including: (1) What conditions and events help to explain an initiative's successful initiation and sustained implementation over time? (2) What combination of strategies, policy tools, and enforcement mechanisms help us understand why some initiatives are more effective than others? And (3) What are the key lessons learned across all cases studied?

The 14 cases can be clustered into three groupings based on their shared program objectives: *Farmland Preservation*, *Ecosystem Preservation*, and *Greenbelt Preservation* (see Table 1). A common challenge associated with farmland conservation is preserving the historical character of the land without forcing farmers to relinquish their property rights. In recent years many farmers have discovered that the same land that can currently produce only enough revenue through agriculture to sustain a modest existence could instead, if sold to development interests, provide them with substantial wealth. For farmers sympathetic to the appeals made by advocates of open space preservation, this presents a difficult choice. To ensure that their land does not fall to urban use after their death, they could donate their development rights to a nonprofit or government land trust, in addition to requiring some monetary compensation while they continue to farm.

**Table 1: Open Space Categories and their Locations**

Open Space Categories	Case Studies	State
Farmland Preservation	Lancaster County Agricultural Preservation Program*	Pennsylvania
	Maryland Agricultural Land Preservation Foundation*	Maryland
	Montgomery County Farmland Preservation*	Maryland
	Virginia Outdoors Foundation	Virginia
Ecosystem Preservation	The Pinelands Comprehensive Management Plan*	New Jersey
	Tahoe Regional Planning Agency (TRPA)*	California
	Washington State Coastal Zone Management Program	Washington
	Apalachicola River and Bay	Florida
	Lower Delaware River Wild and Scenic River	Pennsylvania
	Upper Mississippi American Heritage River Initiative	Minnesota
Greenbelt Preservation	City of Boulder*	Colorado
	Midpeninsula Regional Open Space District*	California
	Bluegrass Tomorrow*	Kentucky
	Brandywine Conservancy*	Delaware

(\* More effective initiatives)

Greenbelt preservation programs focus on open space in and around a city, allowing a measure of control over development patterns. The protection of open space in and adjacent to urban areas often serves multiple functions, including protecting scenic beauty, providing recreational opportunities, reducing exposure to natural hazards, and environmental protection. As development pressures increase, the clashes of interest between development interests and those who wish to set aside and conserve valued urban green space are often heated. However, broad coalitions of interests have often found common cause in protecting and preserving urban and suburban greenbelts to achieve ecological objectives and also create an urban boundary and preserve recreational and aesthetic assets.

Ecosystem preservation programs feature as their main objective natural system protection. Regional cooperation is paramount to planning and managing entire ecosystems that cross numerous governmental boundaries. These cases encompass multicounty or multistate planning areas. Furthermore, a preservation program must be a sustained effort. It can not be funded for a brief period and abandoned later. In other words, there is usually no definitive point where the ecosystem can be declared protected or preserved, thus creating a challenge for policymakers who must sustain awareness and support year after year.

Each open space initiative has been ranked, 1 through 5, in increasing levels of effectiveness (see Appendix 1 and 2, bottom row). For this study, effectiveness is defined in terms of the success of the program to meet its objectives. This assessment was largely made on a qualitative basis and was not derived from a rigorous formal evaluation. The research team relied on the same information gathered for each case study – published reports, interviews, surveys, academic and professional literature – as the basis for assigning effectiveness. Although the quality of the data available in this report is not sufficient to identify causal relationships between intergovernmental models and tools and program effectiveness, the results presented below seem plausible and warrant further consideration and research. To facilitate the analysis, the 14 case studies are compared as a group using a common set of themes: program initiation; strategies and tools; enforcement mechanisms; and outcomes. The section will then conclude with a summary of the key findings.

## **Initiation and Implementation**

Although the 14 open space programs have diverse objectives, discernable patterns of program adoption emerge among the cases. First, political leadership through the executive and legislative branches of government combined with strong grassroots support often provided the impetus for successful program adoption in a number of open space cases. Strong support from political leaders has been important in the initial establishment of some of the programs. For example, in 1976, Governor Dan strongly advocated the development of Washington State Coastal Zone Management Program. Governor Graham of Florida was also a staunch and devoted champion of Florida's efforts to strengthen the Florida Are-

as of Critical State Concern Program by requiring localities under the designation to incorporate program objectives into their comprehensive plans by requiring consistency between state, regional, and local plans. However, lack of support by Governor Pawlenty for the growth management issues in the Upper Mississippi American Heritage Initiative posed a serious political challenge to the organizations associated with AHRI.

In cases where legislation anticipated broad public concern, federal agencies often initiated discussions for protection. In addition, as in the case of the Pinelands, Tahoe Region, Lower Delaware River, and the Upper Mississippi AHRI, federal representatives are on the commission or board and are integral parts of the decision making process. In fact, some of the more successful cases, the Tahoe Regional Planning Agency and the Pinelands, have had a deeper and more sustained federal involvement in the history of their programs than in the others. In both cases, Congress took a lead role and, not surprisingly, a large amount of federal land falls under the management of these areas.

Second, civic activism and initiative play a vital role in program adoption as well as the long-term sustainability of these programs, allowing them to more adequately withstand shifts in political leadership. All the programs in the greenbelt conservation category have a strong grassroots component. The initial efforts to protect the region's character and natural beauty against sprawl were typically initiated by local residents. Public policies, however, play a key role in the adoption and sustenance of these programs. When rapid growth threatened to ruin the character of their urban and natural environment, Boulder citizens voted in 1967 to use a local option sales tax to purchase open space for greenbelts and thoroughfares as part of their open space preservation program. The Midpeninsula Regional Open Space District's constituency was extremely supportive of the district's action to purchase open space in order to protect the natural beauty of the region.

Third, the efficacy of these programs tends to result from an accumulation of legislation, over several decades, as opposed to a single action emanating from one watershed event. Legislative involvement in protecting Lancaster County's agricultural lands began in 1968, when the state passed laws allowing for agricultural zoning; the Virginia Outdoors Foundation was established in 1964, and the template for preserving farmland in Montgomery County, Maryland, was established in 1964 by the Wedges and Corridors General Plan. Encouraged by greater public awareness and the growing problem of farmland loss, lawmakers strengthened what were weak legislative mandates by increasing funding, bolstering tax incentives, and setting up purchase or transfer of development rights programs. A facilitating factor in the increased sophistication of farmland preservation tools has been the evolving legal literature regarding easements for the purpose of conservation.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Tom Daniels, *Saving Agricultural Land with Conservation Easements in Lancaster County*, in *Protecting the Land: Conservation Easements Past, Present and Future*, eds. Julie Ann Gustanski and Roderick H. Squires (Washington, DC: Island Press, 2000), p. 12-17.

Though the various case studies differ in terms of implementation strategies, most programs rely heavily upon local partnerships and coordination between federal, state, regional, and local governments as key elements of program effectiveness. The structure and size of the organization are also important to effective coordination, grassroots-level education, communication, and overall implementation. For instance, the Tahoe Regional Planning Agency and the Pinelands each maintains a large staff allocated to different committees responsible for implementing the various elements of the program, ensuring effective and efficient implementation and coordination.

Finally, programs depend heavily upon the support of the local population and on an ability to communicate effectively with the citizenry. One important factor in the success of the Lower Delaware River Program is the sophistication of the shared community vision behind the program, which is essential to its continued support. On the other hand, one of the main criticisms of the Tahoe Regional Planning Agency is that it acts in a somewhat clandestine manner, which prevents the public from understanding the agency's mission and functions.

### **Strategies and Tools**

The more successful programs across the 14 cases seem to better coordinate their strategies and use a broader range of policy tools to protect open space than less successful cases. Direct land acquisition in full fee simple has been an attractive planning tool for open space preservation because it gives the purchaser maximum control over the location and future use of the land. Boulder (Colorado) uses this approach to target specific areas for greenbelt protection, the Pinelands to protect wetland and forest resources, and the Brandywine Conservancy to preserve contiguous forest. Direct land acquisition can be quite expensive due to land management costs, sometimes prohibitively so. It is therefore most useful when the land to be preserved is a small tract and specifically defined. Boulder managed to sustain the high cost of acquiring a large greenbelt by using local tax options and leasing the land back for agricultural use, whereas the Pinelands received very generous federal and state grants.

Purchase of Development Rights (PDR), a less than full fee simple approach, is being successfully used in Lancaster County (Pennsylvania), Montgomery County (Maryland), the Midpeninsula Regional Open Space District (California), and the Pinelands (New Jersey). PDR programs work well in situations where the purchases are managed by a central authority or group of authorities working in concert. The PDR programs are found to be a cost-effective means of conserving vast areas of farmland and/or ecologically sensitive areas at a lower cost than full fee simple acquisition. Most PDRs are voluntary exchanges, but some organizations have the authority to purchase development rights against the owner's will through eminent domain proceedings.

Conservation easements, another less than full fee simple approach, involve the donation of development rights from a private to a public entity. It can involve



the de facto forced transfer of development rights via new zoning designation, sometimes with compensation. The record of programs that relied extensively on easement donations is mixed and has often led to debates about the nature of property rights. The Washington CZMA has attempted to limit development rights by means of zoning but the practice was criticized for being ineffective. The zoning designations do not sufficiently limit development but cannot be used more aggressively without the risk of being declared a taking. The Virginia Outdoors Foundation established a successful donation of development rights regime that has achieved substantial, though disorganized, conservation benefits. In short, easement donation programs can be an effective way to place land under conservation protection if funding, political will, or the need for centralized direction is limited. In other instances they will function better as one element of a broader program, such as in the case of the Pinelands.

Across the most effective cases, it has been found that plans and plan making matter. These cases have either comprehensive or specific area plans that provide guidance to the development community and facilitate coordination across sectors, across departments, and across governments. These plans also reflect the formation of broad-based community consensus, since participatory planning has become the national norm. The most successful case in the greenbelt category, the City of Boulder, uses a comprehensive plan and a visioning process to achieve its goals of compact development and open space preservation. Its success can be attributed to its effective Urban Service Boundary, a framework for annexation while simultaneously utilizing sales taxes and bonds to acquire open space, and its overwhelming citizen support. The plan has been revised every five years but has managed to maintain its original vision and strong support from the public.

Finally, most of the open space cases make effective use of community involvement and public education. The Lower Delaware River Program, for example, focused on grassroots-level support for conservation, with education of localities about land use issues and on the general benefits associated with the Wild and Scenic River designation. This effort generated sustained community support which in turn led to the complete implementation of the plan even in the absence of both money and might.

## **Enforcement Mechanisms**

In the open space programs, the local cases, including the City of Boulder, Midpeninsula Regional Open Space District, and Montgomery County Farmland Preservation Program, proved to be very effective. However, effectiveness on the regional scale varies according to the degree of regulatory authority. Some cases with strong regulatory authority, such as the Pinelands and the Tahoe Regional Planning Agency, have higher effectiveness than cases with the lack of regulatory authority such as Apalachicola. The Apalachicola case suffered because it lacked sufficient regulatory authority to manage land use and its zone of influence did not match the ecological boundaries. In addition, the Tahoe Regional Planning

Agency and the Pinelands enjoyed a high degree of national awareness and debate regarding their importance. Both programs benefited from extensive research and study as a basis for preliminary planning and program development.

On-going monitoring and enforcement are critical components of successful programs. In programs involving the purchase or donation of development rights, a potential problem associated with regulation and enforcement stems from the heterogeneity of conservation easements. The restrictions placed on development by the sale and donation of development rights are often customized to the particular needs of the buyer, seller, or donor. A land trust that has processed hundreds of sales or donations may have difficulty tracking the particular circumstances of one. Even if an enforcement agency knows exactly what each owner can and cannot do with their land, verifying compliance can become burdensome if it necessitates traveling to each site, many of which may be located in remote regions. PDR and TDR programs are thus inherently built on trust. It may only take one or two public scandals involving the abuse of the system to discredit an otherwise successful approach to farmland conservation.

## **Outcomes**

Open space programs appear to be highly successful when their programs or context of effort is largely rural in character. The ecosystem protection programs in rural areas have a higher success rate, perhaps due to a simpler regulatory environment and fewer interest groups involved in growth issues. These programs could develop comprehensive plans or management area plans without needing to confront the full array of urban issues.

Strong federal involvement in the form of federal enabling acts, technical support, and funding was fundamental in establishing ecosystem protection programs. However, the biggest ongoing challenge is increasing development pressure. In case of the Apalachicola, zoning ordinances are frequently overridden by variances that undermine the comprehensive plan. In the Pinelands, the desired or targeted growth areas are ill equipped to handle increased density and need infrastructure improvements. The Apalachicola region faces tremendous development pressure, and a fluctuating population due to tourism suggests that a growth management solution will be required to protect the ecosystem.

All four farmland conservation programs score highly on an efficiency scale: the funds which have been provided by the state or the county have for the most part been well used. However, given the rapid rate of farmland loss, an argument can be made that many of these programs are still under funded. The effectiveness of the programs can be measured objectively by measures such as the total number of acres preserved or the percentage of prime agricultural land under easement. More subjective measures include whether the most attractive or most historically significant land has been preserved. All four of the agricultural land preservation programs have an indirect urban growth boundary component which also can be analyzed. In the Montgomery County Wedges and Corridors Plan, the interrela-

tion between agricultural preservation and growth management has been critical to its overall success. The Lancaster government has designated specified growth areas to prevent urban growth from encroaching on farmland. The MALPP has strategically targeted areas where development pressure is greatest. Finally, the Virginia Outdoors Foundation has worked closely with local nonprofits to create easement greenbelts blocking sprawling urban areas.

### **Factors Contributing to Success**

The 14 initiatives in open space preservation vary widely in goals and methods. Nevertheless, several advantageous elements in successful programs seem to transcend context. Successful initiatives are tailored to the needs of the local population and show an awareness of local cultural values.<sup>8</sup> Furthermore, most open space programs are the consequence of the community's need to protect its identity. However, successful programs extend beyond the local community and utilize and coordinate different with levels of government and provide roles for non-governmental actors in the private and nonprofit sector.<sup>9</sup> In addition, they coordinate strategies and tools in complementary fashion to maximize the likelihood of successfully protecting open space.

## **SECTION IV: INFLUENCE OF INTERGOVERNMENTAL RELATIONS**

Open space preservation issues are rarely encompassed, in terms of geography and substantive responsibility, within a single governmental jurisdiction. Unmanaged urban growth, or sprawl, often results in spillover effects—such as new development, traffic congestion, or environmental degradation—from one community into its neighboring jurisdictions. Additionally, a host of single-purpose governments in a given location can bring complexity even to the issue of intergovernmental relations in an area. Although land use is a *de facto* local issue, as land use controls and infrastructure decisions are generally delegated by state governments to municipalities, many local governments appeal to their state or federal government for assistance, as higher levels of government have jurisdiction over and can provide funding for larger geographic areas. The coordination of land use policy among government agencies and the consistency of governing visions among organizations implementing growth management and open space initiatives are therefore essential.

This section first evaluates the intergovernmental relations present in the 14 open space cases by placing each in one of four categories of governmental frameworks: Federal-State-Local, State-Regional-Local, Local, and Nongovernmental. Next, the cases are analyzed according to the type of intergovernmental

<sup>8</sup> Illustrations include the following cases: Brandywine Conservancy, Lancaster County Agricultural Preservation Program, Virginia Outdoors Foundation, and City of Boulder.

<sup>9</sup> Initiatives concerning the New Jersey Pinelands and Boulder, Colorado are key illustrations.

tool used by the implementing agencies and organizations. Conclusions will then be drawn on the effects, if any, of the intergovernmental structure and tools on achieving program objectives.

### **Models of Intergovernmental Relations**

Traditionally, land use planning and land use policy have been the responsibility of state and local governments. Before the 1970s, the federal role in land use planning and management included little beyond managing federal lands such as national parks and military bases and dealing with land issues on a piecemeal basis in policy areas such as housing and highways. Since the 1970s, however, federal laws have increasingly affected policy decisions made by state and local governments. Land use planning and open space preservation have become serious issues addressed at every level of government.

In *New Governance for Rural America*, Radin et al. identify several conceptual models to describe various structures of intergovernmental authority: coordinate authority, overlapping authority, and inclusive authority.<sup>10</sup> In the Inclusive Authority model, the federal government plays a superior role and controls the actions of other levels of government. Where power is not delegated or implied, federal regulations and programs follow this model. The Coordinate Authority model emphasizes the autonomy of a state in relation to the federal government. In this model, the relationship between the federal and state governments assumes that local municipalities are subordinated to state government. State government-led regulations and initiatives follow this model. The Overlapping Authority model is applicable when the areas of autonomy and discretion for any single jurisdiction are limited. Successful implementation of programs requires negotiation and coordination among the levels of government.

These intergovernmental relations authority models have been adapted to represent the more complicated interrelationships of the 14 open space initiatives examined earlier in the paper. The cases are categorized according to the working relationship between the lead governmental or nongovernmental organization and other actors involved in the administration of the program: Federal-State-Local, State-Regional-Local, Local, and Nongovernmental (see Table 2). The models are useful for several reasons. First, they allow a formal comparison of the cases according to the four models of intergovernmental relations so that the advantages and disadvantages of each model can be determined. Second, they can be used to assess the impact or influence of the intergovernmental relationship structure on program effectiveness in general and for specific types of programs.

<sup>10</sup> Beryl A. Radin et al., *New Governance for Rural America: Creating Intergovernmental Partnerships* (Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1996), p. 14.

**Table 2: Classification of Case Studies by Intergovernmental Relations**

Federal-State-Local	State-Regional-Local	Local	Nongovernmental
Lake Tahoe – CA	Lancaster County – PA	Montgomery County – MD	Bluegrass Tomorrow – KY
Apalachicola – FL	Conservation Easements – VA	City of Boulder – CO	Brandywine Conservancy - DE
Pinelands – NJ	Maryland Agricultural Land Preservation Foundation - MD	Midpeninsula Regional Open Space District - CA	
Coastal Zone Management – WA			
Upper Mississippi – MN			
Lower Delaware River - PA			

### Federal-State-Local

Even though the federal government has historically had little direct involvement in local land use planning activities, a number of federal programs and laws have substantial influence on the manner in which state and local governments plan and develop. Federal tax policies, environmental regulations, transportation grants, economic development initiatives, and other programs provide direction or incentives for state, regional, and local governments to follow.<sup>11</sup>

The Federal-State-Local relationship follows the inclusive model of intergovernmental relations. The initiative and direction originate in the federal government, while state, regional, or local governments implement the programs with direct assistance – financial or technical – from the federal government. In addition, the federal government can establish policies that directly affect individuals, without the direct involvement of other governments. For example, individuals may receive federal tax deductions for conservation easements, a major component of open space preservation. The relative increase of federal involvement in the open space preservation cases is not surprising given the federal government's history of creating and implementing open space preservation initiatives. The Bureau of Land Management, the National Park Service, the USDA Forest Service, and the US Fish and Wildlife Service manage six hundred million acres of land, approximately 27 percent of all US land.<sup>12</sup> Among the cases in this paper,

<sup>11</sup> Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, *State Growth Management and Open Space Preservation Policies*, Policy Research Project Series, no. 143 (Austin, Texas, 2002), p. 13-26.

<sup>12</sup> Linda E. Hollis and William Fulton, "Open Space Protection: Conservation Meets Growth Management," The Brookings Institution Center on Urban and Metropolitan Policy (April 2002), p. 10. Online. Available: <http://www.solimar.org/pdfs/hollisfultonopenspace.pdf>. Accessed: June 20, 2003.

the National Park Service and the US Department of Agriculture figured most prominently among those federal agencies with a direct role in open space protection.

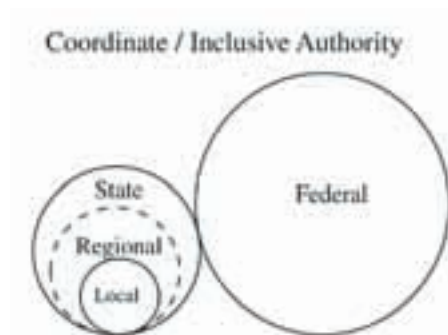
The federal government established the Pinelands National Reserve in New Jersey to protect pristine wilderness in the country's most densely populated state. New Jersey developed the Pinelands Comprehensive Management Plan to manage growth in the reserve and the Pinelands Commission has authority to veto local development plans for lack of compliance with the comprehensive plan. The Washington State Coastal Zone Management Program was initiated after the passage of the federal Coastal Zone Management Act (CZMA) in 1972. Washington works with its shoreline communities to develop plans to manage growth and development along its shorelines while the federal government periodically reviews the state's CZMP and gives an annual grant to fund implementation of the program.

### **State-Regional-Local**

In some cases, state government has taken the initiative to develop and implement growth management or open space programs by creating (1) a broad policy or framework that enables regional and local governments to design programs based on local needs; (2) regulations requiring local and regional government compliance; or (3) a combination of the two. Often, the state government will provide technical and financial assistance to local and regional governments implementing its mandates.

#### **Figure 1: State-Regional-Local**

The State-Regional-Local relationship combines elements of both the coordinate and inclusive authority models (see Figure 1). The initiative and/or coordination for the program occur at the state government level. Programs are implemented through regional and local levels under the guidance of the state government. In this case, the federal government has little or no direct involvement with the implementation of the program.



There are several examples of successful programs with State-Regional-Local intergovernmental relationships. Lancaster County in Pennsylvania has taken great advantage of state government matching funds and has designated urban growth areas and agricultural zones in partnership with the nonprofit group Lancaster Farmland Trust. In Maryland, the Agricultural Land Preservation Foundation program aims to preserve a “critical mass” of agricultural land with the goal to limit urban sprawl.

## Local

Several open space programs examined in this project originated at a municipal or county level. Planning at this level often necessitates cooperation with other levels of government and many receive indirect assistance from the federal government on an ad hoc basis. This applies especially to such issues as natural ecosystems which do not follow political boundaries. It may also happen that programs are coordinated at a regional level across one or more counties, and possibly across multiple states, in conjunction with municipalities. This might involve the formation of a regional council or commission to coordinate efforts of the organizations involved. In addition, these local initiatives generally rely on authority granted by state government. Therefore, a state government presence is implied, even if not highly visible.

Programs categorized as Local are those where a city or county created and implemented the open space program (see Figure 2). The Local model is patterned after the overlapping authority model, which recognizes that cities and counties may work independently on their local initiatives or in varying degrees with state/federal agencies. In 1978 the City of Boulder entered into a legally binding agreement with Boulder County to purchase open space through a local sales tax levy. The program has been tremendously successful in achieving its objective to create a greenbelt of protected open space around the city.

**Figure 2: Local**

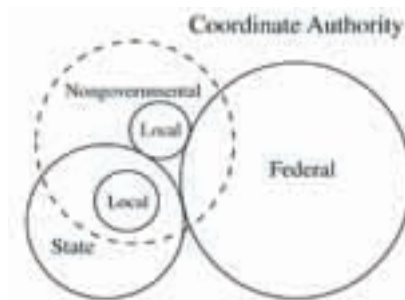


## Nongovernmental

Although nongovernmental organizations (NGOs) lack the authority to enforce policy, they can be effective as a forum where regional planning concerns are voiced. NGOs are not subject to the same political or funding pressures as are governmental agencies. For example, regional governmental entities may be hindered by sovereignty clashes with local governments whereas NGOs engender no threat, making them a particularly appealing prolocutor for regional issues.

The Nongovernmental relationship is patterned after the coordinate authority model (see Figure 3). Here open space initiatives have originated in nonprofit or private organizations. NGOs coordinate their state and federal agencies and may extend their efforts to multiple local and state jurisdictions. As NGOs do not have any governmental authority, they are represented with a dashed line. For example, Kentucky's Bluegrass Tomorrow is a nonprofit organization composed of business, preservation, agricultural, and development interests whose primary purpose is to disseminate planning knowledge to the seven counties in the Lexington, Kentucky, metropolitan region.

**Figure 3: Nongovernmental**



## Instruments of Intergovernmental Relations

In addition to alternative models of intergovernmental relations identified in the previous section, a government has available a wide range of tools in its relationships with other unit's governments.<sup>13</sup> These tools can be classified into four broad categories: (1) structural tools that focus on specific roles and relationships; (2) programmatic tools that refer to the type of resources utilized; (3) research and capacity-building tools that can increase technical and management capabilities; and (4) behavioral tools that include strategies for communication, planning, organizational development, and conflict resolution.

<sup>13</sup> Radin et al., *New Governance for Rural America*, p. 25-35.



The tools used in each of the 14 cases are identified, first in terms of the general initiative (see Appendix 1) and, second, in terms of specific tools involving the federal government (see Appendix 2). The tools used to achieve coordination in a multi-agency environment are both structural and programmatic. At least 11 cases incorporated a structural component for coordination (see Appendix 1); although only 6 involved federal agencies (see Appendix 2). Programmatic tools—grants, partnerships, and collaboration—were adopted in most cases. The most common role of the federal government in this category is provision of grants, found in 10 of the 14 cases, with substantially fewer instances of federal partnerships and collaboration. Among the non-programmatic tools, significant numbers of programs incorporate capacity building, especially information provision and technical assistance. Federal agencies participate at much lower overall levels of capacity building.

### **Intergovernmental Relations and Program Effectiveness: Empirical Evidence**

In addition to determining the frequency with which various intergovernmental models and tools were utilized, their correlation with program effectiveness is also examined. Each open space initiative has been ranked, 1 through 5, in increasing levels of effectiveness (see Appendix 1 and 2, bottom row). These effectiveness ratings are used to calculate the average effectiveness of programs using a particular intergovernmental structure and tool.

Intergovernmental structure appears to have some association with program effectiveness in that different models are associated with different levels of average effectiveness (see Appendix 1). The Federal-State-Local structure was utilized in cases with the lowest average level of effectiveness (3.17). The State-Regional-Local and the Non-governmental models rank the same in terms of effectiveness, averaging 4. In contrast, the Local structure is found to be associated with the highest levels of effectiveness (4.33). These findings, however, may well be explained by the fact that the choice of intergovernmental structure is largely a function of the type and scope of the problem or issue being addressed. In addition, the choice of structure partially determines the degree to which program actors were able to coordinate with varying levels of government, other agencies or departments, private and nonprofit interests, and the general public, which in turn affects program success. Further, the degree to which the implementing agency had incentives and authority to meet its obligations is found to be very important.

Despite a lack of a clear correlation between intergovernmental structure and case effectiveness, most open space initiatives would not exist without some level of intergovernmental cooperation. Often, the issue or problem being addressed requires government involvement on some level. Only governmental bodies have the ability to develop and implement public policy for many of the open space issues found in the study. The choice of intergovernmental structure is also affected by the problem being addressed as well as the local context. This suggests a need for flexibility in both program implementation and federal support.

Projects with a significant nonprofit or private component or strong public-private partnership tend to rate as effective. Private and nonprofit entities do not necessarily receive the same public scrutiny as governmental agencies, nor are they subject to the same political pressures and cyclical budget shortfalls. NGOs can serve as a nexus to coordinate the work of other governmental entities—especially when those entities are territorially defined. Moreover, NGOs can be quite effective in disseminating information and lobbying. In Kentucky, Bluegrass Tomorrow successfully engages in these activities and acts as a hub around which growth management coordination takes place.

With regard to tools and their effectiveness, the average program effectiveness associated with individual tools varied modestly (see Appendix 2). Among the structural tools, deregulation, decentralization, and regulation and oversight are associated with higher effectiveness, with an average of 4.0 each, as are grants, with an average of 3.7 among the programmatic tools. Research assistance is moderately higher on case effectiveness than information provision and technical assistance. Among the behavioral tools, planning processes and benchmarking and group communication are associated with higher effectiveness.

The use of the planning and benchmarking tools would suggest that a certain level of consensus has been reached on program or project goals and objectives, facilitating coordination among agencies. Networked intergovernmental webs embody this approach to intergovernmental relations. They are better equipped to pursue a range of goals and achieve specific performance standards because relationships are permanent, while the ad hoc, issue-based structures require the creation of new relations and modes of operation for each issue.

The pattern of case effectiveness by type of tool in which the federal government was involved is quite different, but the few instances of use for most tools limit the credibility of the findings. In terms of structural tools, not a single instance of deregulation is associated with any case study. Participation of federal agencies also seems associated with a somewhat lower level of effectiveness in coordination and regulation and oversight, compared to their association of effectiveness in the broader initiatives (compare Appendix 1 with 2). Among the programmatic tools, tax incentives are associated with high program effectiveness. Federal role in the provision of information is associated with somewhat higher average case effectiveness while there is no instance of technical assistance and training.

Those cases with local authority coordination tend to be more successful than others, as was discussed previously. There are several reasons why certain intergovernmental tools appear to work better in these cases than in others. First, the intent of local programs is more narrowly focused, necessitating a less ambitious intergovernmental structure. Second, federal programs that have a clear intent and application require a lower degree of cooperation.

Despite the complex organizational environment in which the open space initiatives operate, no strong correlations between the specific structure of intergovernmental relations (or intergovernmental tools utilized) and success has been found. However, there is no denying the fact that most of the issues and problems addressed in the 14 cases required some level of government involvement for

achieving program outputs. Thus, strong intergovernmental coordination is very important to the success of open space programs. These findings coincide with the results of a U.S. General Accounting Office (GAO) survey of nearly 2,000 communities nationwide. The survey found that local governments generally supported changes to improve coordination with the federal government, stating that when “coordination was good...it helped them plan for and manage growth.”<sup>14</sup> Land use policy is inherently the domain of local municipalities; however, the nature of open space preservation increasingly requires a system of regulatory pressures and performance standards at regional, state, and federal levels. Networks of governmental and nongovernmental organizations working cooperatively on these issues are therefore essential.

## CONCLUSIONS

The development and implementation of open space initiatives have become increasingly visible policy issues in many parts of the country. The increase in these efforts by a growing number of state, regional, and local governments reflects a general heightened concern over the quality and livability of the built and natural environments and an attempt to meet the potentially competing demands of accommodating growth and preserving a high quality of life. Many of the initiatives examined in the paper have succeeded in achieving their objectives, providing communities that wish to address open space preservation with models for success. Valuable lessons can be taken from those programs that were unable to effect meaningful change as well.

One indicator for assessing the effectiveness of open space preservation initiatives is the acres of permanently protected areas in the most effective cases. For instance, the City of Boulder’s efforts to preserve open space and promote compact development patterns created a 42,000-acre greenbelt; the Brandywine Conservancy has aided in the protection of over 37,000 acres of open space in southeastern Pennsylvania and northern Delaware; the Pinelands Commission has protected over 145,000 acres of land through purchase using federal and state funds; and the Montgomery County Farmland Preservation has protected 93,000 acres that make up the agricultural reserve. In addition to raw acreage protected, these programs accomplish a number of policy objectives, including protection of fragile ecological systems and water quality, preservation of scenic beauty, agricultural production, and urban containment.

There are some common characteristics shared by several of the most effective cases. Strong leadership – garnering significant levels of public participation – was crucial in the adoption phase of many initiatives and was found to be equally critical in implementation. One significant difference, however, between leadership in the adoption phase and the implementation phase emerged. Effective

<sup>14</sup> United States General Accounting Office, *Community Development: Local Growth Issues – Federal Opportunities and Challenges* (Washington, DC, September 2000), p. 27. Online. Available: <http://www.gao.gov/special.pubs/lgi/>. Accessed: April 10, 2003.

leadership at the time of adoption was not indicative of overall program effectiveness unless that leadership also endured over time. For instance, the tendency for growth management efforts in Florida to be sensitive to political changes was one reason why the Apalachicola River and Bay initiative was found less effective.

Successful cases also exhibited strong levels of public participation in the planning and implementation processes. Political participation incorporates – both directly and indirectly – all stakeholder interests and values, across multiple sectors, that seek to influence policy at all levels of government.<sup>15</sup> Leaders of Bluegrass Tomorrow, the initiative to promote coordinated growth planning for the seven-county Bluegrass Region of Kentucky, spoke to nearly 400 regional groups composed of 8,000 individuals during the adoption and implementation phases. One of the more effective initiatives, Bluegrass Tomorrow counts direct, constant, and communitywide conversations about land use in the region as key to its success.

Two final characteristics possessed by several of the most effective cases relate to scope and maturity. Many of the effective cases have narrowly defined objectives. For example, the three agricultural land preservation programs, which focused exclusively on the protection and perpetuation of farming and its related industries, were ranked the most effective programs. Cases that were relatively mature, regardless of scope of objectives, also seemed to be highly effective. Mature initiatives had the resources and community support to change over time and fine-tune approaches to the specific social context in which they operate. The effectiveness of both the Tahoe Regional Planning Agency and the Washington Coastal Zone Management Project can be attributed to the initiatives' highly institutionalized structure as well as to the accumulative effect of almost four decades of action.

While the cases in this paper are laudable for producing results, no initiative was without shortcomings. The most pervasive unresolved problems were leapfrog development, equity and affordable housing, and problems stemming from economic shifts or change in political leadership. Where regional planning is inadequate or regional coordination is lacking, sprawl development can leapfrog past those jurisdictions pursuing open space preservation. Equity problems were also observed in some of the most effective case studies incorporating high levels of participation. Citizens with lesser financial means appear less able to participate in the problem-solving process and, therefore, program development in many cases lacked valuable input from the community. Fiscal limitations and concerns persisted among the cases studied. In some cases, such as the Lower Delaware River Wild and Scenic River and the Upper Mississippi American Heritage River Initiative, the level of funding was entirely inadequate to meet initial objectives. In both cases, the federal government was commendable in the adoptive phase for providing the initiatives with a framework and technical assistance. However, the low level of funding for implementing the projects rendered these initiatives far less effective.

<sup>15</sup> Michelle Micheletti, *Political Participation Definition* (University of Stockholm). Online. Available: <http://www.statsvet.su.se/websites/mediarummet/globdem/texter/participation.pdf>. Accessed: April 3, 2003.

Open space preservation is a complex issue involving many interests and activities and private, public, and nongovernmental agencies. Open space preservation initiatives may be formed at federal, state, regional, and local levels, and thus implementation requires collaboration between all of these levels of governments as well as with any private or nonprofit partners. Many of the case studies identified the coordination of vertical and horizontal intergovernmental coordination as important to program success. The New Jersey Pinelands established a three-person Office of Regulatory Programs for the purpose of intergovernmental coordination. In Minnesota, 53 riverfront communities and organizations participated in the process to designate the Upper Mississippi an American Heritage River. An example of both successful nongovernmental involvement and intergovernmental organization is in the Lower Delaware River project where the nonprofit Delaware River Greenway Partnership oversees the coordination of all involved entities.

Given that all the open space cases examined in the paper were chosen for their relative success when compared to a broader pool of initiatives, it is not surprising that most cases have at least an adequate level of collaboration. The initiatives generally occur in networks of agencies and organizations, rather than the traditional hierarchical system of intergovernmental relations, a phenomenon observed in other contemporary policy areas. Federal agencies were found to be effective partners in such networks. Yet the more effective programs were defined by a strong regional and local commitment.

Appendix 1: Intergovernmental Relationship Tools

	CA Lake Tahoe	CA Marinship	CO Boulder	HRPA Boulder	FL Apalachee	KY Beyond Fourteen	MD-MALPE	MD Montgomery County	MS Tiger Strategy	MI Furbush	PA Lower Merion Hires	PA Lancaster County	VA Conservation Easement	WA Coastal Zone	Frequent	Average Effectiveness
<b>Inter-governmental Relationship</b>	X				X		X	X	X	X	X	X	X	X	6	3.17
1. Mutual state-local															3	4.00
2. State-regional-local															3	4.33
3. Local		X	X	X		X									11	4.00
4. Non-governmental															2	4.00
<b>Intergovernmental Tools</b>																
1) Structural															3	3.67
a. Functional Reorganization	X				X	X	X	X	X	X	X		X	X	10	3.25
b. Collaboration	X	X		X	X	X	X	X	X	X					1	4.00
c. Regulation						X	X	X							2	4.00
d. Decentralization							X	X		X		X		X	6	4.00
e. Legislation and oversight	X		X		X		X	X				X		X	8	4.00
2) Programmatic																
a. Grants	X	X			X	X	X	X		X	X	X	X	X	10	3.75
b. Partnerships	X		X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	10	3.54
c. Collaborations	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	12	3.58
3) Capacity Building																
a. Research			X	X	X	X				X	X	X			7	4.00
b. Provision of information	X		X	X	X	X			X	X	X	X	X	X	9	3.56
c. Technical assistance, Training	X		X	X	X	X			X	X	X	X			7	3.86
d. Staff assistance			X	X	X				X	X	X	X			6	3.58
4) Mutual aid																
a. Conflict management		X		X	X	X				X					5	3.80
b. Individual communication		X	X	X	X	X				X		X			6	3.75
c. Group communication	X	X	X	X	X	X				X		X			6	4.17
d. Organizational development					X					X	X	X			3	3.67
e. Planning processes and technology	X		X		X		X	X		X		X			7	4.14
5) Miscellaneous (15)	4	4	3	4	1	4	4	4	2	4	1	3	1	1	1	3.71

Source: Beyl, A., Ruffin, et al., *New Governance of Rural America: Creating Intergovernmental Partnerships* (Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1996), p. 23-24.

Appendix 2: Federal Relationship Tools

Federal Tools	CA Lake Tahoe	CA Marinists	CD Boulder	DE/PA Boulder	FL Apalachicola	KY Bourgeois Tourism	MD MARY	MD Montgomery County	MI Tiger Mountain	SI Patches	PA Lower Merion River	PA Lancaster County	VA Conservation Easements	WA Coastal Zone	Frequent	Average Efficiency
1) Structural																
a. Reorganization/News Program	X		X		X				X	X	X			X	7	3.43
b. Coordination	X		X		X				X	X				X	6	3.58
c. Litigation															0	0.00
d. Division and decentralization			X												1	5.00
e. Regulatory and zoning	X				X					X				X	4	3.50
2) Programmatic																
a. Grants	X	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	10	3.00
b. Tax incentives		X	X	X				X				X			5	4.00
c. Partnerships	X		X	X	X		X	X		X					6	4.00
d. Collaboration	X		X		X				X	X	X			X	7	3.43
3) Research and Capacity Building																
a. Research										X					1	4.00
b. Revision of information	X		X							X					3	4.25
c. Technical Assistance/Training															0	0.00
d. Staff Assistance	X														1	4.00
4) Behavioral																
a. Conflict management															1	5.00
b. Inter-organizational communication	X		X												2	4.50
c. Group communication	X		X							X					3	4.25
d. Organizational development			X							X					2	4.50
e. Planning processes and benchmarking			X							X				X	3	4.00
Efficiency (1-5)	4	4	5	4	3	4	4	4	4	4	3	3	3	3	3	

Source: Beyl A, Radin et al., *New Governance of Rural America: Creating Intergovernmental Partnerships* (Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1996), p. 21-25.

# O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO SISNAMA: COMPETÊNCIA E CONTROLE

ANDREAS J. KRELL

Professor Adjunto de Direito Ambiental e Constitucional da Univ. Federal de Alagoas; Coordenador do Mestrado em Direito da UFAL; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Faculdade de Direito do Recife (UFPE); Pesquisador bolsista do CNPq e Consultor da CAPES

## 1. INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende desenvolver algumas idéias relacionadas à utilização efetiva do instrumento do licenciamento ambiental por parte dos órgãos administrativos dos diferentes níveis da Federação Brasileira. Atualmente, existem muitas dúvidas sobre as competências dos estados e dos municípios na área da proteção ambiental.

O já antigo Sistema Nacional do Meio Ambiente não conseguiu ordenar, de forma inequívoca, as atribuições e os deveres referentes à emissão de licenças para projetos e atividades capazes de provocar impactos ambientais. Muitas das normas jurídicas existentes nesse âmbito vão em desencontro com os dispositivos da própria Constituição de 1988. A chave para um correto entendimento das competências para o licenciamento ambiental é uma reflexão mais aprofundada sobre a estrutura formal e as falhas comuns dos “sistemas nacionais” erguidos em várias áreas da Administração Pública do Brasil.

## 2. FORMAÇÃO DE “SISTEMAS” NACIONAIS E ESTADUAIS DE ADMINISTRAÇÃO

O princípio constitucional da autonomia administrativa dos municípios e estados federados brasileiros faz com que não pode ser imposto às Administrações municipais um “comportamento ativo”, como a criação de secretarias e conselhos, a elaboração de planos, a criação de cargos, a contratação de servidores, a prestação de determinados serviços ou atividades (v.g., licenciamento e fiscalização) ou o atendimento a certos padrões de qualidade etc. Segundo o sistema brasileiro, leis de níveis federativos superiores não estão, juridicamente, autorizadas a “dar ordens administrativas” aos órgãos dos entes estatais inferiores.<sup>1</sup>

Na verdade, a estrutura de muitos dos chamados “Sistemas Nacionais” (de Educação, de Trânsito, de Saneamento, do Meio Ambiente, de Armas, etc.) não corresponde aos ditames da divisão administrativa entre os entes da Federação

<sup>1</sup> A situação também não muda com a conhecida distinção entre a lei *federal*, que valeria somente no âmbito da Administração da União, e a lei *nacional*, cujo interesse seria compartilhado por todos os entes federativos; por sinal, essa diferenciação sequer possui respaldo na ordem jurídica positiva do Brasil; cf. AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo: RT, 2002, p. 416s.



brasileira. Essas estruturas jurídicas, muitas vezes, não passam de esboços ou *esqueletos* que precisam ser preenchidos através de convênios administrativos livremente celebrados entre a União, os estados e os municípios.<sup>2</sup>

Os órgãos federais e estaduais, no entanto, normalmente não desenvolvem as iniciativas necessárias para a celebração de tais acordos com os municípios, para que estes executem e controlem as normas superiores (leis, decretos e resoluções de conselhos nacionais e estaduais).

A Constituição Federal de 1988 apenas se refere à competência da União para instituir um Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 21, XIX) e o Sistema Único de Saúde (SUS, art. 200). Todavia, a Carta não menciona que no âmbito desses sistemas a União poderia prescrever regras sobre as competências e as formas de organização administrativa dos órgãos estaduais e municipais deles participantes. Tudo indica que continua valendo a regra de que qualquer uma das três esferas federativas pode executar as suas próprias leis (sistema de “execução imediata”)<sup>3</sup> e, também, determinar a organização e o funcionamento interno dos seus corpos administrativos.

Com a criação de mais sistemas administrativos, os governos federal e estaduais estão reconhecendo a importância do papel dos municípios na prestação dos serviços públicos. No entanto, muitos dos referidos sistemas apresentam estruturas claramente tecnocráticas e não levam em conta as dificuldades práticas na execução das normas *in loco* por parte das prefeituras.

Ao mesmo tempo, possuem caráter *centralizador* por não respeitar suficientemente as competências legislativas e administrativas dos municípios, oriundas da sua autonomia consagrada no próprio texto constitucional, que não pode ser reduzida por parte do legislador ordinário. Por isso, muitos políticos locais consideram-se incompetentes para a solução de vários problemas e tentam desviar a responsabilidade - também diante da população - para os órgãos administrativos do estado ou da União.

Evidentemente, os órgãos políticos do município, na elaboração e edição das suas normas, devem assegurar que os dispositivos locais não entrem em choque com a legislação superior. A execução concreta das leis pelas prefeituras municipais, contudo, não pode ser influenciada pelo estado ou a União. Mesmo em casos de manifesta desatenção à legislação pelas Administrações locais, as esferas superiores somente podem tomar medidas através dos seus próprios órgãos. Todavia, de maneira alguma, estes possuem o direito de, através de sua legislação, “mandar” nos municípios ou obrigá-los a fazer algo, podendo uma tal obrigação somente emanar da própria Constituição Federal.<sup>4</sup>

### 3. A CONFIGURAÇÃO LEGAL DEFICIENTE DO SISNAMA

No ano de 1981 entrou em vigor a famosa Lei Federal n.º 6.938 que criou o ambicioso projeto de uma ampla Política Nacional do Meio Ambiente, a ser

<sup>2</sup> Cf. KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 93ss.

<sup>3</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 482.

<sup>4</sup> Nesse sentido: Mukai, Toshio. *Atuação administrativa e legislativa dos poderes públicos em matéria ambiental*, Interesse Público, n.º 15, Porto Alegre, jul./dez., 2002, p. 119.

executada mediante um Sistema Nacional, o qual abrangesse o país inteiro. A promulgação desta lei partiu da correta premissa de que qualquer política ambiental terá maior probabilidade de resolver os problemas locais concretos se puder contar com o apoio da União e dos estados - que dispõem dos meios técnicos e financeiros necessários para tanto - sem, todavia, deixar de incluir diretamente os municípios, visto que todos os problemas ambientais surgem localmente.

O estabelecimento de um sistema de proteção ambiental que tenta unir todos os três níveis estatais baseou-se também no raciocínio de que, num país de porte continental como o Brasil, o controle efetivo da execução de políticas ambientais não deve ser demasiadamente centralizador. Esperavam-se resultados melhores da fiscalização descentralizada da aplicação das leis ambientais até os municípios, porque foi constatado que apenas no âmbito local é possível obter uma imagem precisa das partes concretas do meio ambiente local, as quais merecem ser protegidas, e a maneira adequada de fazê-lo. Além disso, somente as ações das prefeituras locais podem ser diretamente submetidas ao controle da população.<sup>5</sup>

A Lei n.º 6.938/81 erigiu formalmente o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) ao qual, desde então, passaram a referir-se muitas outras leis ambientais federais e estaduais.<sup>6</sup> Segundo o Decreto Federal n.º 99.274/90, a integração dos órgãos setoriais (estaduais) e dos órgãos locais ao SISNAMA “poderá” ser objeto de convênios celebrados entre o SEMAM e o respectivo órgão (art. 13). Ora, parece-nos que tal dispositivo não esclarece suficientemente que a celebração de convênios ainda constitui, juridicamente, o pressuposto *obrigatório* e imprescindível de uma integração ao SISNAMA.

Em São Paulo, a Lei estadual n.º 24.932 de 1986, seguindo o exemplo federal, criou o Sistema Estadual de Meio Ambiente. Esta lei, refletindo corretamente a situação jurídica, vinculou a integração dos órgãos ambientais municipais à celebração *voluntária* de convênios entre as prefeituras e a Secretaria Estadual do Meio Ambiente (art. 17).<sup>7</sup> Por isso, vários juristas já têm considerado a concepção do SISNAMA como inconstitucional, visto que ele obriga os municípios a obedecer a leis superiores (v.g., o art. 6, § 2, da Lei n.º 6.938/81) e dá ordens sobre o exercício do poder de polícia municipal na área do seu “peculiar interesse local”, ainda que os entes locais possuam competências normativas exclusivas em vários campos da proteção ambiental.<sup>8</sup>

Por falta de obrigatoriedade jurídica da participação ativa dos seus pretendidos “órgãos” seccionais e locais, os mencionados sistemas nacionais ou estaduais funcionam

<sup>5</sup> FUNDAÇÃO SEADE (Sistema Estadual de Análise de Dados). Lei 6.938/81 - sugestões para a regulamentação (Documento n.º 1.485-112), São Paulo, 1982, p. 24.

<sup>6</sup> O SISNAMA compreende o Conselho de Governo como órgão *supremo*, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) como órgão *consultivo e deliberativo*, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) como órgão *central* e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) como órgão *executivo* (art. 6 da Lei 6.938/81). As partes da Administração que tratam de questões do meio ambiente no âmbito federal são denominadas órgãos *setoriais* e, na esfera estadual, *órgãos seccionais*. Ao lado destes, há as repartições e instituições ambientais dos municípios, chamadas de *órgãos locais* do sistema (art. 6, VII).

<sup>7</sup> A Constituição do Paraná prescreve a instituição de um *sistema* para a implementação da política ambiental estadual constituído pelos órgãos do estado, dos municípios e do Ministério Público (art. 207, § 1, I).

<sup>8</sup> Mukai, Toshio. Direito Urbano-Ambiental Brasileiro, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 173; Ramos, Elival da Silva. A autonomia municipal e os problemas ecológicos, Revista de Direito Público, n.º 70, São Paulo, 1984, p. 280.

somente mediante o uso de meios *indutivos*, isto é, a oferta de ajuda material através de programas e fundos, sob a condição de que os governos interessados tomem as providências administrativas concebidas nas leis superiores (v.g.: criação de secretarias e conselhos, elaboração de planos e projetos, alcance de certas metas etc.). Esta participação, no entanto, não possui caráter vinculativo ou permanente (como acontece em outros países), podendo os integrantes abandonar os referidos organismos administrativos a qualquer momento, o que contribui para a sua instabilidade.

A recente Lei da Natureza (n.º 9.605/98) se refere novamente a essa estrutura, quando estabelece, no seu art. 70, § 1, que “são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização (...)”.

Na verdade, toda a estrutura desse sistema, até hoje, representa uma mera moldura que precisa ser preenchida através de convênios livremente celebrados entre a União, os estados e os municípios. Podemos afirmar que não há possibilidade jurídica da instalação *obrigatória* do SISNAMA. Como dantes, continua valendo a regra de que qualquer uma das três esferas estatais pode executar as suas próprias leis e também determinar a organização e o funcionamento interno dos seus corpos administrativos.

#### 4. CRÍTICAS AO FUNCIONAMENTO EFETIVO DO SISNAMA

As *falhas na implementação* das normas jurídicas, problema tradicional e gravíssimo no Brasil,<sup>9</sup> estão a se manifestar com severidade também na implementação deficiente da legislação ambiental recente de todos os níveis estatais. É evidente que, num país de porte continental, a fiscalização descentralizada da aplicação das leis ambientais promete resultados melhores, visto que apenas no âmbito regional e local é possível obter uma imagem precisa das partes concretas do meio ambiente local, as quais merecem ser protegidas, e a maneira adequada de fazê-lo. Além disso, somente as ações das prefeituras locais são diretamente submetidas ao controle da população.

Com a criação do SISNAMA, o legislador federal, pela primeira vez, reconheceu a importância do papel dos estados e dos municípios na proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. Em 1981, este fato significava, sem dúvida, um progresso. Mesmo assim, o sistema era viciado por uma estrutura claramente tecnocrática ao ignorar as dificuldades práticas na execução das normas ambientais.

Muitos autores já apontaram o SISNAMA também como demasiadamente centralizador por não respeitar as competências legislativas dos municípios oriundas da sua autonomia constitucional. Afirmam que o sistema, contrariando sua intenção declarada, causou a quase total exclusão dos entes locais da proteção e do gerenciamento do seu meio ambiente.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Cf. KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental, 2004, p. 105ss.

<sup>10</sup> Cf. FERNANDES, Edésio. Proteção jurídica do meio ambiente, Revista de Direito Público, n.º 79, São Paulo, jul./set. 1986, p. 161; BARACHO, José Alfredo de O. In: Assembléia Nacional Constituinte, Sugestão n.º 2.927; RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 280.

Como já foi mencionado, o SISNAMA procura também integrar os órgãos regionais e locais na execução das regras estabelecidas pelo CONAMA. A fiscalização e o controle da aplicação das normas e padrões de qualidade ambiental devem ser executados pelo IBAMA apenas *supletivamente* em relação aos órgãos estaduais e municipais (art. 11 § 1 da Lei n.º 6.938/81).<sup>11</sup> No entanto, representantes do próprio IBAMA criticam que, até hoje, não houve uma definição mais clara dos papéis dos órgãos estaduais e municipais dentro do SISNAMA.<sup>12</sup>

A própria expressão “sistema nacional” leva a crer que exista uma certa homogeneidade na atuação desse organismo, o que, na realidade, nunca tem acontecido, visto que não houve uma atuação expressiva, por parte da União, para integrar os níveis governamentais inferiores na implementação de sua políticas na área da proteção ambiental.<sup>13</sup>

Os 26 estados federados e os cerca de 5.600 municípios do Brasil praticamente possuem todos a mesma forma de organização administrativa *simétrica* e estão sujeitos aos mesmos instrumentos jurídicos. Por isso, também na área de proteção ambiental até agora houve pouco espaço nos municípios para uma experimentação que lhes possibilite o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de novos tipos de estruturação institucional mais adequados para cada local.<sup>14</sup>

Na prática, as prefeituras municipais continuam deixando a fiscalização e o licenciamento da grande maioria dos projetos relevantes para o meio ambiente aos cuidados dos órgãos estaduais, porque somente estes dispõem dos meios técnicos necessários. No passado, muitos prefeitos acreditavam que a fiscalização de normas ambientais era exclusiva obrigação das esferas superiores e que as suas cidades não tinham condições materiais de permitir-se o luxo de uma maior proteção ecológica.<sup>15</sup> Por isso, ainda são raros os casos em que uma secretaria municipal tenha contestado uma licença estadual. Normalmente, quando o solicitante consegue a licença estadual, é automaticamente concedido também o alvará local.

Da mesma forma, dificilmente uma Administração municipal efetua uma fiscalização própria *in loco*, lavrando multas de infração ou embargando uma atividade ilegal ou considerada prejudicial ao meio ambiente. Entendemos, no entanto, que as prefeituras deveriam tomar uma atitude mais firme na defesa ecológica e atuar no controle dos estabelecimentos menores, tais como postos de gasolina, matadouros, serrarias ou fossas sanitárias, visto que, nesses casos, muito se pode conseguir em prol do meio ambiente local através de medidas simples e relativamente baratas.

<sup>11</sup> Esse dispositivo, em 1990, foi literalmente reiterado pelo art. 21, § 1, do Decreto Federal n.º 99.274.

<sup>12</sup> Cf. SILVA, Vicente Gomes da. Dificuldades jurídicas do Ministério do Meio Ambiente (MMA) e do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), in: HERMANS, M. Artemisia Arraes (Coord.). Direito Ambiental: o desafio brasileiro e a nova dimensão global, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 500ss.

<sup>13</sup> O Anexo do Decreto federal n.º 4.339/2002, que formula os princípios e diretrizes gerais da Política Nacional de Biodiversidade, estabelece como objetivo específico “recuperar a capacidade dos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA para executar sua missão em relação ao licenciamento e à fiscalização da biodiversidade” (16.1.1.). (Destaque nosso.)

<sup>14</sup> Cf. CARVALHO, Paulo Neves de. Procedimentos administrativos e organismos públicos ambientais, in: *Anais do III Simpósio Nacional de Direito do Meio Ambiente*, São Paulo, 1982, p. 28ss.

<sup>15</sup> Sobre a realidade administrativa na área ambiental no Nordeste brasileiro *vide* Krell, Andreas J. Condições jurídicas e administrativas da municipalização da proteção ambiental: o Projeto Costa Dourada, *Revista Direitos&Deveres*, n. 6, Maceió: EDUFAL, 2001, p. 8-52.

Durante muito tempo, as esferas estatais superiores quase não influenciaram o desempenho dos municípios na execução dos seus encargos locais relacionadas à proteção ambiental. Os órgãos ambientais dos estados, no passado, tenderam a evitar a tomada de medidas punitivas contra os municípios reconhecendo as suas limitações de atuação causadas pela situação financeira precária e a vinculação da gestão orçamentária dos prefeitos, que dependem em grande parte das câmaras, fatores que em muitos casos impossibilitam um maior desempenho em defesa das condições ecológicas.

A falta de uma definição prévia e mais precisa das funções de cada nível de componentes do SISNAMA faz com que importantes esforços sejam executados em níveis inadequados e não produzam os efeitos desejados. O avanço da legislação ambiental sem uma correspondente estruturação da Administração pública tem gerido um “vácuo institucional”, o que dificulta também a identificação pela sociedade civil do órgão responsável em cada caso.<sup>16</sup>

## 5. O EXERCÍCIO DESARTICULADO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NOS DIFERENTES NÍVEIS GOVERNAMENTAIS

Ao lado do estabelecimento de padrões de emissão e do zoneamento ecológico, o instrumento mais importante da Política Nacional do Meio Ambiente é a outorga de *licenças* ambientais.<sup>17</sup>

Em 1975, o Decreto Federal n.º 1.413, pela primeira vez, mencionou expressamente o poder dos estados e municípios para criar os seus próprios sistemas de licenciamento para a localização e o funcionamento de indústrias potencialmente causadoras de degradação ambiental. No entanto, o licenciamento das plantas industriais consideradas “de interesse do desenvolvimento e da segurança nacional” foi reservado à União. Na verdade, esse dispositivo foi também um convite do Governo Federal, dirigido aos níveis estatais inferiores, para que estes - no limite de suas competências - criassem os seus próprios regulamentos de controle de tais empresas e cuidassem, com maior intensidade, da prevenção e do saneamento da poluição industrial e da degradação ambiental.<sup>18</sup>

Depois de alguns estados brasileiros, já nos anos 70 do século passado, terem promulgado normas pertinentes e criarem *sistemas* parecidos, a Lei n.º 6.938/81 determinou novamente, no seu art. 10, que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Cf. Andreoli, Cleverson V. Principais resultados da política ambiental brasileira, Revista de Administração Pública, n.º 4, Rio de Janeiro: FGV, 1992, p. 19ss.; Longo, Alceu Natal. A responsabilidade dos municípios nos problemas ambientais, in: Anais do I Encontro Regional sobre Ecodesenvolvimento do Sul Catarinense, Criciúma, 1980, p. 66.

<sup>17</sup> Cf. CIMA (Comissão Interministerial para a Preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento). *Subsídios técnicos para Elaboração do Relatório Nacional do Brasil para a CNUMAD*, Brasília, 1991, p. 48.

<sup>18</sup> Veja art. 5 c/c art. 4 do Decreto 76.389/75; ANDREOLI, Cleverson V. *Op. cit.*, 1992, p. 15.

<sup>19</sup> Esta norma foi regulamentada pelo Decreto n.º 99.274/90, que estabeleceu como degraus do processo de licenciamento a licença *prévia* (LP), a licença de *instalação* (LI) e a licença de *operação* (LO). São declarados competentes para a emissão desses atos administrativos os órgãos estaduais integrantes do SISNAMA, sem detrimento de outras licenças legais necessárias (arts. 17ss.).

Vale ressaltar que somente aos órgãos dos estados (e, supletivamente, ao IBAMA) foi atribuída a competência de *fixar restrições* para as atividades poluidoras (art. 18). O texto normativo, nesse contexto, não faz referência aos municípios. Discriminando os três tipos de licença, o art. 19, no entanto, começa com a afirmação de que “o poder público vai emití-las”, o que, certamente, inclui também os órgãos municipais. Este fato surpreende, visto que o artigo anterior simplesmente não menciona a administração local.<sup>20</sup> Esta falta de clareza pode ser explicada pelo fato de que o referido decreto, por não ter o poder de alterar a distribuição de competências prescrita pela Constituição Federal, não podia efetuar uma atribuição mais concreta das competências para a outorga de licenças ambientais.

Saliente-se, ainda, que toda a construção normativa do SISNAMA tem como principal defeito fundar-se na idéia errônea - comum, aliás, a muitas leis brasileiras - de que uma lei federal possa criar, de cima para baixo, um sistema completo que defina de maneira nítida e exata os campos de ação dos diferentes níveis de governo. No Brasil, como já foi mencionado, uma tal tentativa nunca teve e continua a não ter respaldo legal.

Várias prefeituras, contudo, já estão elaborando um procedimento próprio de licenciamento, já que boa parte das novas Leis Orgânicas municipais consideram a concessão de licenças ambientais um instrumento básico da política ecológica municipal e não há dúvida de que o poder de polícia local faculta aos municípios realizar esse tipo de controle.

O licenciamento ambiental no Brasil sempre foi *cumulativo*, isto é, todas as obras, instalações ou atividades capazes de afetar negativamente a qualidade do meio ambiente podem ser licenciadas, ao mesmo tempo, por órgãos estaduais e municipais, às vezes também por órgãos federais. Mesmo que o respectivo órgão estadual licencie um empreendimento, a prefeitura municipal pode avaliar os impactos do mesmo projeto e, se chegar à conclusão de que ele seja danoso ao meio ambiente ou à sua população, prevalecerá a decisão negativa da prefeitura.<sup>21</sup>

Ao mesmo tempo, o fato de que uma prefeitura licencie uma obra não exclui o controle dos órgãos ambientais superiores, sendo que as leis ambientais estaduais normalmente permitem um controle de quase *todas* as atividades que possam causar impactos ambientais. Destarte, onde um órgão ambiental estadual (v.g. por razões políticas) exigir licenciar também um empreendimento de mero impacto local, poderá restar esvaziada a competência municipal, visto que o Estado se tornaria uma *instância revisora* dos atos da prefeitura.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> A sistemática deficiente inerente à legislação ambiental brasileira se manifesta também pelo fato de que vários decretos simplesmente repetem os textos legais aos quais eles se referem. Muitas vezes tais decretos chegam mesmo a alterar o teor da lei, o que torna confuso o sentido dessas normas jurídicas que, formalmente, devem servir somente para a “fiel execução da lei” (art. 74, IV, CF).

<sup>21</sup> Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 192 (com referência a: TJRJ - 5. Câm. Civ. - Ap. Civ. n. 759/90/RJ - Rel. Des. H. de Mendonça Manes); JUCHEM, Peno Ari. Algumas possibilidades e perspectivas para a avaliação de impactos ambientais em nível municipal, *Revista de Administração Municipal*, Rio de Janeiro: IBAM, n.º 204, jul./set. 1992, p. 81.

<sup>22</sup> Cf. MACHADO, Paulo A. Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 378.

Por isso, não convém falar, por enquanto, de um “sistema nacional” na área do licenciamento ambiental.<sup>23</sup> Antunes alega com razão que o sistema do “tríplice licenciamento implica que, em não raras oportunidades, a sobreposição e a contradição de norma gere um clima de insegurança quanto ao licenciamento e de instabilidade jurídica”, e que “a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação”.<sup>24</sup>

Muitas Leis Orgânicas municipais determinam que qualquer atividade potencialmente causadora de impacto ambiental precisa ser autorizada pelos órgãos municipais. Já que no Brasil, a União e os estados, do ponto de vista jurídico-formal, não possuem o direito de ordenar, fiscalizar ou revogar um licenciamento municipal,<sup>25</sup> qualquer prefeitura poderia, teoricamente, atuar com seus próprios órgãos e também sobrepujar as exigências quando ela considerar insuficientes as medidas tomadas pelas administrações das esferas superiores.<sup>26</sup>

Dallari assinalou as conseqüências desta situação jurídica como “proteção ambiental cumulativa”, o que, segundo ele, significa um grande avanço na preservação dos recursos naturais, visto que, dessa forma, pode-se neutralizar a corrupção e as influências inoficiais que acontecem nas outras esferas de estado.<sup>27</sup> Todavia, na prática, há poucos governos locais com capacidade técnica e vontade política para estabelecer um sistema próprio de licenciamento ambiental; por isso, os municípios normalmente concedem o seu alvará para atividades licenciadas por parte do órgão estadual ambiental.

Deve ser ressaltado também que, no Brasil, o princípio da *subsidiariedade* ainda não está sendo respeitado de maneira suficiente na atuação de licenciamento ou fiscalização de atividades potencialmente degradadoras do ambiente.<sup>28</sup> Segundo este princípio, as entidades estatais superiores somente devem assumir as tarefas que os entes menores não podem cumprir de maneira eficiente. Isto significa que apenas aquelas funções e serviços que o próprio município não consegue exercer sozinho de maneira satisfatória devem ser cumpridos pelo Estado.

No processo do redimensionamento do licenciamento ambiental entre órgãos estaduais e Secretarias do Meio Ambiente de algumas capitais brasileiras, alegou-se a necessidade da concordância formal – através de convênio – do governo es-

<sup>23</sup> O STJ anulou, em 1997, Acórdão do TJPR que concedeu mandado de segurança, pedido pelo município de Pato Branco, que se dirigiu contra a interdição de uma obra (licenciada pela prefeitura) por parte do órgão ambiental do Paraná. Entendeu o Rel. Min. H. Gomes de Barros que a decisão recorrida, “ao dizer que a obra leva em conta os cuidados exigidos para a preservação do meio ambiente, efetuou juízo de valor, afastando a competência do SISNAMA” e “maltratou o art. 10 da Lei 6.938/81” (STJ - REsp 114.549/PR - 1. Turma - j. 2.10.1997).

<sup>24</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 1998, p. 100. “Se se admitisse que os órgãos públicos de diferentes esferas federativas pudessem, a seu talante, embargar, paralisar, e contestar atividades que se encontram autorizadas regularmente pelos demais integrantes do SISNAMA, no uso normal e legal de suas atribuições, o sistema se tornaria completamente inviável” (*op. cit.*, p. 101).

<sup>25</sup> CIMA. *Subsídios técnicos para Elaboração do Relatório Nacional do Brasil para a CNUMAD*, 1991, p. 42.

<sup>26</sup> Paulo A. Leme MACHADO observa a respeito: “Dessa forma, o Município não poderá conceder licença (ambiental), quando houve a negativa estadual, mas poderá negá-la, mesmo tendo havido o ato concessório do estado” (*Direito Ambiental Brasileiro*, 1991, p. 113).

<sup>27</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Política municipal do meio ambiente, *Revista CEPAM*, Ano II, n.º 1, São Paulo, jan./mar. 1991, p. 11.

<sup>28</sup> Vide DIAS, Daniella Santos. *Desenvolvimento Urbano – Princípios Constitucionais. Implicações Socioambientais. Desenvolvimento Sustentável. Qualidade do Meio Ambiente. Competências Concorrentes*, Curitiba: Juruá, 2002, p. 214ss.; FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 316ss.

tadual para que as prefeituras pudessem assumir a tarefa de editar licenças nessa área, visto que a Lei n.º 6.938/81 (art. 10) teria “delegado” essa competência aos estados federados. Essas medidas, muitas vezes, são política ou financeiramente interessantes para o órgão estadual (cobrança de valores altos de taxas ou multas), o que os leva a insistir na sua competência.<sup>29</sup>

Todavia, a União somente podia ter delegado funções da sua própria competência, mas não da dos outros entes estatais. Essa competência emana diretamente da Carta Federal e não pode ser restrita ou “remanejada” por lei ordinária, seja ela federal ou estadual. Os referidos convênios, contudo, podem servir para evitar ações superpostas dos diferentes níveis federativos. Quando não houver acordo, os dois níveis estatais podem exigir sua própria licença.

Outro problema resultante da possibilidade de diferentes licenciamentos ambientais superpostos é a questão da cobrança de diferentes taxas pelo exercício do poder de polícia (cf. art. 145, II, CF). Será o empreendedor, licenciado pelo estado e pelo município, obrigado a pagar mais do que uma taxa? Segundo os princípios do Direito Tributário, é vedada a tributação *bis in idem*, isto é, o poder estatal não pode cobrar mais do que um tributo na base do mesmo fato gerador.

Sendo a instituição e cobrança de taxas simples decorrência da competência para o exercício da atividade a que se vinculem, a questão deve ser examinada no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo, a que cabe a definição das atribuições de cada uma das pessoas jurídicas de Direito Público.<sup>30</sup> Ainda prevalece no Brasil uma competência múltipla para o licenciamento ambiental, até que seja editada a lei complementar referenciada pelo art. 23, § único, CF.<sup>31</sup>

No entanto, uma solução adequada pode ser obtida através da aplicação do já referido princípio da *subsidiariedade*. Deve-se verificar, portanto, se, no caso concreto, a prefeitura conseguiu estabelecer e estruturar um processo administrativo adequado para efetuar um licenciamento ambiental eficiente. Se a resposta for positiva, o particular é obrigado a pagar somente a taxa cobrada pelo município.

## 6. VIRTUDES E DEFEITOS DA RESOLUÇÃO N.º 237/97 DO CONAMA

Em face dos problemas descritos, a Resolução n.º 237 do CONAMA, de 1997, tentou estabelecer um sistema racional de subdivisão das atribuições nas atividades de licenciamento ambiental entre as três esferas governamentais e evitar a duplicidade de procedimentos, tendo em vista que há determinados tipos de empreendimentos ou atividades que mais do que um órgão ambiental quer licenciar (v.g.: festas de “carnaval fora de época”), enquanto há outros que “ninguém se habilita”, por serem politicamente ou financeiramente pouco interessantes.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> “Hoje os Estados não permitem, não abrem mão do licenciamento, infelizmente porque é esse aí o grande filé da política ambiental. E passam os ossos para os Municípios”; MARQUES, José Roque Nunes. Competência, independência e complementaridade constitucional das esferas cível, criminal e administrativa, in: HERMANS, M. Artemisia Arraes (Coord.). *Direito Ambiental: o desafio brasileiro e a nova dimensão global*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 368.

<sup>30</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 320.

<sup>31</sup> Vide KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 100ss.

<sup>32</sup> FINK, Daniel Roberto; ALONSO Jr., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 43.



Esse diploma normativo, no entanto, não é capaz de alterar a repartição constitucional das competências administrativas, nem consegue obrigar os órgãos estaduais ou municipais a nada e, por isso, deve ser considerado, pelo menos parcialmente, inconstitucional.<sup>33</sup> Não convencem as tentativas de construir um “nível único” de licenciamento ambiental a partir do conceito da “predominância do interesse”.<sup>34</sup>

Não faz sentido uma norma (lei, decreto ou resolução) federal ou estadual prescrever aos estados ou municípios que estes somente devem licenciar empreendimentos e atividades de impacto ambiental *local* ou *regional* (cf. art. 6.º, Res. n.º 237/97 CONAMA). Da mesma forma, comete um equívoco o novo Código Ambiental do Rio Grande do Sul (Lei estadual n.º 11.520/00), quando atribui a órgão administrativo estadual a determinação de quais os empreendimentos que podem ser licenciados pelos municípios gaúchos.<sup>35</sup> Não cabe nem à União nem ao estado federado definir as competências dos entes locais.<sup>36</sup> Essas competências, no Brasil, derivam diretamente da Carta Federal.<sup>37</sup> O objetivo de um licenciamento ambiental “em um único nível de competência” (art. 7, Res. n.º 237/97) somente pode ser alcançado através da celebração de convênios.

O município possui competência de licenciar qualquer empreendimento ou atividade no seu território (até - se tiver - uma usina nuclear!), independentemente de se o mesmo será desenvolvido em áreas pertencentes ou sob controle especial da União ou do estado (v.g.: terrenos de marinha). Qualquer atividade industrial, comercial ou de construção civil - entre outras - desenvolvida no território do município afeta imediatamente o seu interesse local. E o fato de que os impactos de uma atividade (efluentes, emanações etc.) ultrapassem os limites do seu território, não afasta de forma alguma a competência municipal para licenciar o empreendimento ou a atividade.

Deve ficar claro, no entanto, que não se nega de forma alguma a utilidade econômica e administrativa da celebração de convênios entre os diferentes níveis

<sup>33</sup> VAN ACKER, Francisco Thomaz. Breves considerações sobre a Resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n.º 8, São Paulo: RT, out./dez. 1997, p. 165ss.; ANDRADE, Filipe A. Vieira de. Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade. *Revista de Direito Ambiental*, n.º 13, São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 105ss. *Vide também*: PRESTES, Vanêssa Buzelato. Instrumentos legais e normativos de competência municipal em matéria ambiental. *Interesse Público*, n.º 9, Sapucaia do Sul - RS, 1999, p. 124; MACHADO, Paulo A. Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 2003, p. 100.

<sup>34</sup> Cf. DAUDT D'OLIVEIRA, Rafael Lima. O licenciamento ambiental municipal e o autolicensing. *Revista de Interesses Difusos*, Vol. 27, São Paulo: ADCOAS, set./out. 2004, p. 3846ss.; GAVIÃO FILHO, Anísio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119ss.

<sup>35</sup> “Art. 69 - Caberá aos municípios o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades consideradas como de impacto local, bem como aquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio. Parágrafo único - O órgão ambiental competente proporá, em razão da natureza, característica e complexidade, a lista de tipologias dos empreendimentos ou atividades consideradas como de impacto local, ou quais deverão ser aprovados pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente.”

<sup>36</sup> A Resolução Normativa n.º 54/2001 do Conselho Estadual de Proteção Ambiental de Alagoas (CEPRAM) criou dispositivos de constitucionalidade duvidosa quando prescreve que os municípios devam possuir um Conselho Municipal de Proteção Ambiental, uma estrutura logística e um quadro de profissionais capacitados, bem como uma legislação ambiental local suficiente (I); além disso, a norma veda aos municípios o licenciamento de empreendimentos, obras ou atividades em áreas sob a tutela estadual ou federal (III) e diz que o descumprimento dessas regras ensejará na “perda da habilitação” do município para efetuar o licenciamento ambiental, a ser declarada pelo órgão ambiental estadual. Cf. LIMA, Polyanna Accioly de. *Legislação ambiental e sustentabilidade: análise da efetividade dos instrumentos de gestão do Código Municipal do Meio Ambiente de Maceió*, Diss. de Mestrado, PRODEMA-UFAL, Maceió, 2003, p. 91ss.

<sup>37</sup> MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 57.

governamentais para sintonizar a atuação dos seus órgãos ambientais, no espírito“ da Resolução n.º 237/97 do CONAMA. Todavia, este redimensionamento não pode ser imposto de cima para baixo, através de leis ou resoluções. Onde normas estaduais estabelecem que os municípios, devem se credenciar“ junto ao órgão estadual para poderem exercer o licenciamento ambiental, isto significa - juridicamente - que o estado *exorta* os entes locais a tomar essa atitude e se obriga a não realizar licenciamento próprio dos respectivos empreendimentos autorizados pela prefeitura.

A tradição da autonomia administrativa sempre dominante no Brasil nunca permitiu uma restrição das tarefas e dos serviços municipais pela legislação estadual ou federal. Uma reformulação dessas competências administrativas comuns seria possível somente através da citada lei complementar, que deve regulamentar o art. 23, § único, CF.<sup>38</sup> Na falta dessa lei, são comuns os conflitos institucionais entre os diferentes órgãos ambientais, gerando ineficiência na consecução das políticas ambientais dos diferentes entes estatais, o que acaba beneficiando os poluidores e causadores de degradações do ambiente.<sup>39</sup>

Da mesma forma, a União não pode impedir que os estados e municípios licenciem projetos e atividades no seu território, sob a alegação de que o licenciamento somente caberia ao órgão federal, invocando simplesmente as normas da Resolução n.º 237/97.<sup>40</sup>

Um projeto de lei complementar,<sup>41</sup> que fixa normas para a cooperação entre União, estados e municípios para a competência comum na área ambiental, nos termos do art. 23, VI e VII e § único, CF, prevê que compete aos órgãos municipais do SISNAMA “efetuar o licenciamento ambiental, em substituição ao órgão estadual do SISNAMA, no caso de empreendimento ou atividade cujo impacto ambiental circunscreva-se ao território do município, se assim for previsto por convênio com o órgão estadual”. Esse dispositivo – se for aprovado - realmente alteraria a distribuição de competências na área do licenciamento ambiental, visto que, atualmente, o município sempre possui a competência de licenciar qualquer atividade no seu território.

No entanto, não faz muito sentido a exigência de convênio para o licenciamento local para atividades cujos impactos se limitam ao território municipal, onde o município tradicionalmente já é competente para atuar. A celebração de convênio com órgãos ambientais estaduais se faria necessária justamente onde as prefeituras licenciam atividades com impactos regionais (supralocais), visto que esta área também atinge o interesse do ente federativo superior.

<sup>38</sup> Cf. Machado, Paulo A. Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 2003, p. 260.

<sup>39</sup> Carneiro, Ricardo. Direito Ambiental: uma abordagem econômica, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 142s.

<sup>40</sup> Assim, o art. 4, inciso I, da Resolução n. 237/97 CONAMA, declara a competência do IBAMA para licenciar empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em *unidades de conservação* do domínio da União. No caso da APA federal *Costa dos Corais* em Alagoas, os órgãos federais, em 2003, alegaram a *exclusividade* do seu licenciamento nessa área, o que inviabilizaria o controle preventivo por parte dos órgãos estaduais, qualificado como “permanente intervenção federal em todo o litoral Norte de Alagoas” (cf. *O Jornal*, Maceió, 24.11.2003, p. A3). A Procuradoria Geral do Estado, acertadamente, rejeitou essa posição, com referência ao sistema de competências comuns do art. 23 CF.

<sup>41</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. PLP 12/2003 (art. 10, IV), autoria: Dep. Sarney Filho; disponível no *site* da Câmara dos Deputados ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)).

Outra questão interessante envolve a possibilidade de um município negar a licença ambiental com base em normas principiológicas. Em princípio, os municípios brasileiros têm o direito de limitar o estabelecimento de plantas industriais e outros empreendimentos no seu território mediante a promulgação dos respectivos regulamentos legais, não podendo haver uma *imposição* federal ou estadual contra a vontade dos órgãos políticos locais.<sup>42</sup>

Entretanto, questiona-se se uma prefeitura possa indeferir um requerimento somente por razões de “política ambiental local”, mesmo quando todos os pressupostos legais urbanísticos e técnicos - inclusive os do próprio município - foram formalmente cumpridos. Uma tal margem de discricionariedade remanescente poderia entrar em colisão com os direitos à propriedade privada e à livre iniciativa empresarial, garantidos pela Constituição Federal, nos seus arts. 5º, XXII, e 170 *caput*, II).

Para Figueiredo, uma tal decisão - formalmente *contra legem* -, quando bem justificada e explicitada, não infringiria necessariamente o princípio da legalidade de que, segundo a autora, deve partir dos princípios constitucionais, e não só da legislação infraconstitucional.<sup>43</sup> A questão também ganha importância nos casos em que o município, desde o início, planeje proibir o exercício de determinadas atividades perigosas no seu território, através da sua lei de zoneamento urbano ou da sua própria Lei Orgânica.

A favor de um “direito de rejeição” dos municípios na área ambiental, também pode ser alegado o fato de que muitas das novas Leis Orgânicas locais, e até algumas constituições estaduais,<sup>44</sup> vieram a estabelecer *plebiscitos* obrigatórios do eleitorado local sobre a realização de projetos potencialmente perigosos ao meio ambiente. Continua duvidoso, contudo, se um tal direito de rejeição por razões ecológicas será, na prática, reivindicado pelas comunidades, visto que a maioria dos protagonistas da política municipal brasileira ainda dão preferência ao desenvolvimento não sustentável, através de uma industrialização rápida e, por isso, pouco planejada.

## 7. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Parte importante do processo de licenciamento ambiental é o *estudo de impacto ambiental* (EIA), previsto pela Carta Federal, no seu art. 225 § 1º, IV, que deve ser elaborado previamente por uma equipe especial para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa degradação* do meio ambiente, o que significa que o próprio texto constitucional emprega um conceito jurídico indeterminado por excelência.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo: RT, 1981, p. 166.

<sup>43</sup> E finaliza a autora: “Entretanto, inclino-me a concluir que a denegação da licença seria possível. É claro que com cautelas”, cf. Figueiredo, Lúcia Valle. Licenças urbanísticas, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 31, São Paulo, 1989, p. 123s.; vide também sua obra *Disciplina urbanística da propriedade*, São Paulo: RT, 1980, p. 58.

<sup>44</sup> *Espírito Santo*, art. 187, § 5, Constituição Estadual (CE); *Amazonas*, arts. 234, § 3 e 235, VI, 1, CE; *Pará*, art. 225, § 3, CE.

A decisão da Administração - se exige ou não o EIA - é discricionária, pois envolve o exercício de um juízo técnico-valorativo a respeito da questão: se a possível degradação causada pela atividade é *significativa* ou não. No entanto, esta decisão deve ser norteada pela Resolução n.º 01/86 do CONAMA, que prevê uma lista exemplificativa de obras e empreendimentos para os quais *se presume* que o seu potencial impacto seja significativo. Ao mesmo tempo, o órgão ambiental pode determinar a realização de um EIA para qualquer obra ou atividade, pública ou particular. O fato de que esta não conste do referido rol faz com que aumente a margem discricionária de decisão administrativa.<sup>45</sup>

Não se pode dizer, no entanto, que a exigência do EIA sempre seja um ato plenamente “vinculado”, visto que o enquadramento dos fatos reais na hipótese da norma em questão constitui um ato de interpretação/aplicação do Direito. Assim, é possível que uma atividade, apesar de fazer parte do rol da Resolução n.º 01/86, no caso concreto, não seja capaz de causar significativos impactos, como, v.g., pequenas obras hidráulicas de irrigação ou a abertura de canais menores de drenagem (art. 2, VII, Res. 01/86).<sup>46</sup> Como sempre, haverá aqui casos situados na zona de certeza *positiva*, na zona de certeza *negativa* e aqueles duvidosos, na zona de *penumbra* (“candidatos neutros”), que permitem mais do que uma solução correta.<sup>47</sup>

Naturalmente, aumenta o dever de motivação da decisão administrativa nos casos em que se pretende contrariar a *presunção* do referido dispositivo. Verificando que o impacto a se esperar do projeto não é significativo, o órgão ambiental definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento (cf. art. 3, § único da Res. n.º 237/97 CONAMA).

Tendo em vista o número cada vez maior das dispensas do EIA,<sup>48</sup> deve-se lembrar que essa decisão administrativa pode ser controlada através da ação civil pública, visto que a derrogação indevida desse instrumento significa, normalmente, o primeiro passo para a concretização de um *dano* ambiental. E, apesar de envolver um juízo discricionário (técnico, valorativo, de prognose), o ato pode ser plenamente sindicado pelo juiz, que deve considerar os valores constitucionais de proteção do meio ambiente.

Ao contrário, na sindicância judicial da exigência do EIA, provocada pelo proponente, o Judiciário deve se limitar a analisar a *sustentabilidade* das razões que motivaram o ato administrativo e a observância da finalidade, moralidade, razoabilidade etc.

<sup>45</sup> Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Édis. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*, São Paulo: RT, 1993, p. 31s.

<sup>46</sup> Outros exemplos de exceção apresenta BUGALHO, Nelson R. *Estudo prévio de impacto ambiental*, 1999, p. 32.

<sup>47</sup> Vide KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41ss.

<sup>48</sup> Especialmente com a edição da Res. n.º 237 CONAMA, que se refere a um leque de outros *estudos ambientais*, os proponentes de projetos com potencial altamente degradador, para economizar tempo e dinheiro e diminuir o risco da sua desaprovação, adotaram a estratégia de “empurrar” *relatórios ambientais (preliminares)*, *planos e projetos de controle ambiental*, *diagnósticos ambientais*, *análises preliminares de risco* (cf. art. 1º, III), entre outros, sem que tenha sido definido o conteúdo mínimo e a metodologia desses estudos “simplificados”.

Somente depois da decisão sobre a necessidade do EIA, a Administração exercerá a sua discricionariedade a respeito da aprovação do licenciamento. No caso da exigência do EIA, serão aguardados os seus resultados, resumidos no seu respectivo Relatório (RIMA). No entanto, o órgão ambiental não está plenamente vinculado a seu resultado,<sup>49</sup> podendo negar a licença apesar da recomendação positiva do RIMA. Todavia, caso ele queira autorizar uma atividade cujo EIA terminou desaconselhando a sua realização, a autoridade administrativa será obrigada a expor, exaustivamente, as suas razões para, se for necessário, ordenar a elaboração de outro estudo.

## 8. PERSPECTIVAS

O licenciamento ambiental no Brasil necessita, urgentemente, de uma redefinição legal para que sejam subdivididos, com mais nitidez, as atribuições e responsabilidades de cada ente federativo. Esta definição somente pode ser efetuada através da lei complementar de que fala o art. 23, § único, CF. O próprio SISNAMA, criado em 1981, ainda não sofreu uma estruturação substancial e não fornece um arcabouço jurídico suficiente para garantir uma efetiva descentralização das tarefas ligadas ao licenciamento ambiental. Este continua “cumulativo” e, ao mesmo tempo, desarticulado, prevalecendo a falta de recursos humanos e materiais adequados, especialmente nos municípios, os quais, muitas vezes, dispõem de “códigos ambientais” de boa qualidade, mas não conseguem manter uma estrutura técnico-administrativa a altura das prescrições legais.

Os próximos anos vão mostrar se o Estado brasileiro vai conseguir estabelecer uma nova racionalidade nas relações intergovernamentais, para viabilizar uma gestão associada e mais efetiva dos serviços públicos, através de convênios, consórcios e outros arranjos institucionais racionais (art. 241 CF). O sucesso do instrumento do licenciamento ambiental depende, necessariamente, do êxito dessa reforma federativa mais ampla.

<sup>49</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Édis. *Estudo prévio de impacto ambiental*, 1993, p. 68. Diferentemente, Paulo de Bessa ANTUNES (*Direito Ambiental*, 1998, p. 199s.) alega que a decisão administrativa sobre o licenciamento estaria vinculada ao resultado do EIA.

# AUTO-EXECUTORIEDADE E IMPOSIÇÃO DA LEI AMBIENTAL

ARLINDO DAIBERT NETO

Mestre em Direito e  
Procurador do Município do Rio de Janeiro

## 1. DIREITO AMBIENTAL PARA QUÊ?

Longe de pretender colocar em dúvida a importância do valor jurídico tutelado, a pergunta se presta a provocar reflexão sobre a finalidade, os meios e o alcance do instrumento tutelar.

Sim, *para quê* um Direito Ambiental? *Como* deverá ele servir a seu propósito? *Quando* terá razoavelmente servido a esse propósito?

De acordo com o celebrado art. 225, *caput*, de nossa Constituição Federal, está claro que a defesa meramente patrimonial ou burocrática do ambiente não é coisa que baste para a satisfação do que impõe o sistema legal orgânico<sup>1</sup>.

Aquela norma constituinte pede mais: requer que se assegure a cada brasileiro um ambiente *ecologicamente equilibrado*.

Em decorrência, pode-se afirmar que o propósito do Direito Ambiental no Brasil é ser instrumento eficaz para manter ou recuperar *coercitivamente* esse equilíbrio ecológico do ambiente, de modo a assegurar a todos, como essencial, não apenas o direito à vida<sup>2</sup>, mas o de que essa vida seja saudável e de qualidade<sup>3</sup>, da forma que a Constituição Brasileira impõe.

Por outro lado, a persecução de tal objetivo, com os olhos postos no princípio da equidade intergeracional, foi atribuído pela Carta Republicana não somente ao estado, como faceta organizada da sociedade, mas também a cada indivíduo que a integre, como coletividade.

Nessa linha, o Direito Ambiental servirá adequadamente a seu propósito elementar se e quando prover aos titulares constitucionalmente apontados ferramental eficiente para garantir o desfrute daquele direito e para cumprir os deveres de defesa e de preservação que lhe são correlatos.

Mas, e como saber quando o Direito Ambiental terá cumprido o papel que a Constituição lhe reserva?

Para responder a essa indagação, é preciso primeiramente que se conheça o que deve ser considerado um ambiente ecologicamente equilibrado, de sorte a

<sup>1</sup> A crítica aqui vai à visão legal que antes entre nós prevalecia – e que ainda hoje é replicada por boa parte da doutrina –, enunciada pelo inciso I, do art. 1º, da Lei 6.938/81, e que considerava “o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”, apenas. A redação do *caput*, do art. 225, da CF, portanto, é muito mais feliz, talvez por ser bem menos antropocêntrica, na medida em que afasta aquela visão equivocada e patrimonialista do meio, necessariamente limitante, optando por privilegiar com acerto uma perspectiva sistêmica, ao fazer com que a titularidade pública recaia sobre o direito ao equilíbrio ecológico do meio e não sobre o ambiente em si.

<sup>2</sup> C.F., art. 5º, *caput*.

<sup>3</sup> C.F., art. 225, *caput*, c/c §2º, art. 5º.

que se possa então aferir o que eventualmente a ele represente ameaça potencial ou lesão efetiva.

Enfim, qual o ponto de equilíbrio ecológico do ambiente? O de um determinado ecossistema, no momento em que a Constituição foi promulgada, independentemente do seu grau de degradação? Ou o estado em que esse mesmo ecossistema se encontraria caso jamais tivesse sido sujeito à ação do homem? Talvez alguma coisa entre os dois extremos? *How clean is clean*<sup>4</sup>?

Perceba-se que não se cuida aqui de mero exercício de retórica ou de incursão socrática tentada.

Estabelecer-se com clareza o parâmetro de conservação ambiental a ser perseguido deve ser o ponto de partida para que se crie qualquer limitação à atividade humana, ao menos das que venham a ser impostas em nome da proteção ao meio.

De outra perspectiva, perceba-se que, se de um lado, dispôs a Constituição no *caput*, do art. 225, sobre deveres de defesa e de proteção tocarem tanto por tanto ao Poder Público e à coletividade, de outro, no §1º, estabeleceu somente para o estado um elenco enumerado - ainda que aberto - de incumbências - deveres, por conseguinte - capazes de “assegurar a efetividade” da parcela-direito da cláusula constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado.

E é fazendo a leitura atenta desse elenco de incumbências que perceberemos que foi ali que o constituinte estruturou a pauta de princípios constitucionais para o ambiente, que devem informar o intérprete na tarefa de situar a linha de base que separa a ação humana legítima, da degradante do meio:

- preservação da essencialidade e da interatividade dos processos ecológicos (inciso I, primeira parte), baseadas na função ambiental de cada espécie (inciso VII, primeira parte);
- sustentabilidade ecológica (inciso I, segunda parte);
- diversidade biológica de espécies e numa mesma espécie (incisos II e III);
- prevenção (inciso IV);
- precaução (inciso V);
- consciência ambiental (inciso VI);
- ética ambiental (inciso VII, segunda parte)<sup>5</sup>.

É evidente, porém, que esses princípios são meramente informativos na tarefa de estabelecer o ponto de equilíbrio ecológico. Não apontam qualquer método aferidor.

De resto, nem seria de se esperar mais de uma constituição. Caberia mesmo à legislação infraconstitucional, dessa maneira, dar o referencial pragmático que permitisse a exata identificação do ponto de equilíbrio ecológico do ambiente, em qualquer situação.

<sup>4</sup> Literalmente “Quão limpo é limpo?”, jargão utilizado pelo movimento ambientalista internacional para buscar respostas para perguntas similares a que tento aqui enfrentar.

<sup>5</sup> Ou ética da terra (*land ethics*), como pioneiramente a pensou Aldo Leopold, em seu *Sand County Almanac*.

<sup>6</sup> Lei 6.938/81.

Observando-se a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)<sup>6</sup>, no entanto, percebe-se que a situação se repete. Vale dizer, não se colhe dali muito mais do que uma série de novos princípios e conceitos para o encaminhamento da questão ambiental - apesar de todos serem muito úteis.

Não obstante, essa norma jurídica colabora, sim, com uma pista na busca da linha de base do ambientalmente equilibrado – e, por conseguinte, da baliza para a ação pública-privada que vise a defendê-lo e preservá-lo.

É que a PNMA ao menos cogita do “*estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental*”, como uma de suas metas<sup>7</sup> e como um de seus instrumentos<sup>8</sup>.

Por conseguinte, um esquema interpretativo que realize a justaposição das disposições constitucionais e infraconstitucionais até aqui citadas permitiria concluir o seguinte: o ponto de equilíbrio ecológico do ambiente será aquele situado dentro de padrão ou critério definido no ordenamento.

Todavia, o ambiente é multidimensional. Como esclarece o próprio PNMA, há diferentes recursos ambientais a proteger na biosfera, na atmosfera, na litosfera e na hidrosfera<sup>9</sup>, cada um com suas peculiaridades.

Ademais, ainda quando estejamos diante de um mesmo tipo de recurso ambiental, não encontraremos uniformidade. Um critério de qualidade para a água de um estuário pode ser inaceitável para a cabeceira do rio. Um parâmetro ambiental para preservação de uma espécie pode se provar absolutamente inútil ou mesmo desastroso para outra.

Critérios e padrões diferentes devem necessariamente resultar de distintas abordagens sobre o que implique equilíbrio ecológico para cada categoria ou subcategoria peculiar de recurso ambiental, para cada tipo de ecossistema, para cada espécie e recurso dentro dele, etc., além de considerar as interações dos distintos ecossistemas entre si.

Finalmente, é essencial que critérios e padrões sejam alcançados como o produto de debate público, em que a ciência fale, a opinião pública interfira e os diferentes titulares de interesse possam expressar seus pontos de vista e participar do respectivo processo decisório.

Responder, portanto, quando terá o Direito Ambiental cumprido seu curso, equivale a investigar em cada caso se se combateu o bom combate de manutenção do ambiente dentro de seu constitucionalmente desejado equilíbrio ecológico, o que está sujeito à nitidez e consistência de critérios e parâmetros.

Mas, para chegarmos aí, o fato é que dependemos menos do que nos alvitrou a Constituição, do que de compreendermos propriamente em toda a sua extensão, complexidade e magnitude, a tarefa que ela nos tocou – e atuar de acordo; do que façamos em nosso cotidiano; de nossa articulação como corpo social estruturado sob forma de um estado; do grau de clareza e de completude da rede de comandos que deste fizemos emanar; da certeza de que tais comandos serão cumpridos e

<sup>7</sup> Art. 4º, III, Lei 6.938/81.

<sup>8</sup> Art. 9º, I, Lei cit.

<sup>9</sup> Art. 3º, V, Lei cit.



de que, se não forem, esse mesmo estado estará apto a impor a sua pronta observância.

Em síntese, para que o Direito Ambiental vingue, precisa-se de boa lei, como se precisa de ordem.

## 2. LEI

Desde quando a nova Constituição foi promulgada para a República em 1988, a vaidade jurídica brasileira se encorpa a cada recordação das passagens dedicadas ao tema ambiental, muito especialmente por conta do art. 225.

Também nossa legislação infraconstitucional é muito celebrada, tanto por sua razoável longevidade, num campo assim tão recente na História do Direito, quanto por suas qualidades. Afinal, quem nunca ouviu dizer que a legislação brasileira para o ambiente é “uma das melhores do mundo”?

De alguma leitura de Direito Ambiental interno e comparado, em especial no que se refere às tentativas dos Estados Unidos nesse campo, aflige-me invariavelmente o sentimento marcado da insuficiência do tempo que dedico a esse estudo ante a vastidão de seu objeto. Mas, fica-me sempre também o bastante que desperte desconfiança diante de tanta certeza ufanista.

Enfim, por que parâmetro se afere essa excelência do nosso sistema jurídico ambiental? Pelo grau de efetiva instrumentalidade de seus comandos abstratos, medida conforme tenha sido provada sua suficiência na prática para que os titulares de interesses alcancem resultados concretos? Pela clareza na descrição dos objetivos que o sistema deve atingir? Ou pelo real estado do valor jurídico pretendido tutelar (no caso, o ambiente) durante seu período de vigência?

Em termos de instrumentalidade e clareza de objetivos, veja-se novamente nossa PNMA. O que nela de verdade existe para além dos seus valiosíssimos princípios gerais, que defina com nitidez as ações a serem perseguidas, as metas a alcançar, prazos? E quanto aos balizamentos para a fixação dos critérios e parâmetros de referência para essa jornada? Estabeleceu realmente a Lei 6.938/81 uma política pública ambiental palpável para o país?

Valendo-me como referência do sistema estadunidense, pondero que seria argumentável que o *National Environmental Policy Act* (NEPA) – ao menos em sua redação original de 1969 - tampouco teria estabelecido objetivos nítidos. A resposta simples ao argumento seria de que um erro não justificaria o outro – ainda mais quando cometido tanto tempo depois. No entanto, a realidade é que como política em sentido estrito, ou seja, como mapa para a ação pública visando a alcançar um interesse da mesma natureza, a promulgação do *NEPA* teve um inegável e crucial mérito: trazer a discussão dos custos e benéficos ambientais para o mesmo plano de outros temas na agenda social. Ao simplesmente fazer isso, o *NEPA* implantou um marco real: o do momento a partir de quando os efeitos sobre o ambiente passaram a integrar o rol de fatores a serem considerados em

<sup>10</sup> V. NEPA §101, especialmente (b) e (c). V. tb. *Calvert Cliff's Coordinating Committee v. United States AREC*, 449 F.2d 1109 (D.C.Cir.1971).

todas as ações desenvolvidas por qualquer das agências do governo federal daquele país<sup>10</sup>.

Em verdade, uma análise histórica comparada da execução das duas políticas serviria para apontar a distância entre os efeitos das duas políticas na prática institucional dos dois países. Prova incontestável disso está em que, se hoje ali o debate acirrado sobre leis e regulamentos administrativos que disciplinam em minúcias as regras do jogo ecológico aplicáveis a cada recurso ambiental acontece francamente – para o bem ou para o mal<sup>11</sup> –, no Brasil a realidade é totalmente outra.

Aqui, nunca se teve um Congresso tão afastado dessa temática – para alívio de muitos, ante a ecologicamente apavorante composição das forças políticas que o dominam na atualidade –, um Ministério do Meio Ambiente mais acuado – a despeito da jóia de raro brilho hoje a orná-lo em sua direção – e uma sociedade mais apática<sup>12</sup>.

Mas, registre-se que, se não é de agora que nos faz falta uma política pública ambiental efetiva em nosso país, por outro lado os EUA estariam muito longe de ser qualquer referência em matéria de conduta ambientalmente correta<sup>13</sup>, bem se sabe – como de resto também não seria o Brasil, aliás. Entretanto, se lá esse quadro se verifica *apesar* do debate em torno da questão ambiental, sobretudo da legislação aplicável, aqui ele se constata em meio ao vácuo normativo e à indiferença generalizada.

Para piorar, continua aí, firme, a linha puramente principiológica adotada pela PNMA, muito ao gosto do legislador nacional, que não foi alterada pela Constituição de 1988. Tampouco deveria tê-lo sido, pois que tal figurino não se ajustaria à natureza da norma, mas bem que seria de se esperar que as regras infraconstitucionais o fizessem.

Vale dizer que, em nosso estágio presente, temas fundamentais para a efetiva proteção do ambiente ou bem não foram de forma alguma cuidados pelo legislador, ou dele receberam o mesmo tratamento generalista que impregna a PNMA.

<sup>11</sup> Acompanhe-se agora, por exemplo, a discussão a respeito da *Tort Reform*, projeto de mudança dos limites para fixação de reparações civis em causas envolvendo temas ambientais (contaminação por asbestos, p.ex.), além de outras ligadas à defesa do consumidor, bem como deslocando a competência para julgamento desses casos das cortes estaduais para as federais, o que os críticos mais suaves prevêem como algo desastroso (v. os seguintes artigos do New York Times: de 2.2.2005, *Class Action Law Suits* – editorial -; de 7.1.2005, *Bush Urges Congress to Tackle Issue of Rise in Asbestos Lawsuits* – editorial -, de 8.2.2005, *Fight on Amendment Crucial Bill Overhauling Lawsuits* – editorial -; dentre muitos outros).

<sup>12</sup> No Brasil, estamos ainda na fase em que o debate ambiental é essencialmente refém de dois tipos de discurso. Um, dos “desenvolvimentistas”, para quem ambiente é simples *commodity* que deve ser utilizada a valer na expansão do agronegócio – somos ainda um país agrário, numa época de tecnologia de ponta, de alto valor agregado – ou da indústria – acima de tudo daquelas que os países desenvolvidos não aceitam, por precisarem degradar (socializar custos) para produzir (e internalizar lucros). O outro, o dos monopolistas da verdade sobre a “questão social”. Para estes, o ambiente deve ser usado de maneira indiscriminada para saldar o passivo da sociedade brasileira junto aos historicamente menos favorecidos – daí os assentamentos de sem-terra em áreas de floresta ou de sem-teto em unidades de conservação. Ambos os discursos pecam por uma simplificação cruel, já que o que propõem é que a geração atual saque a descoberto da natureza, utilizando o capital ecológico que pertence às gerações futuras para saldar dívidas criadas pela insensibilidade do passado e cevadas pela inação do presente. Como nem a natureza (apesar da tocante discussão em *Sierra Club v. Morton*, sobre a desejável legitimidade até das pedras para as *citizen's suits* – 405 U.S. 727), nem as gerações futuras possuem muitos advogados ou lobistas hoje, trata-se de uma luta bastante desigual.

<sup>13</sup> Para uma análise crítica da “política ambiental” do Governo do Presidente George W. Bush, veja-se *Crimes Against Nature* (HarperCollins, 2004), livro recentemente publicado pelo ambientalista estadunidense Kennedy Jr., Robert F., contendo relato pormenorizado a respeito. Para uma visão oposta, muito ao gosto de nossos “desenvolvimentistas”, veja-se Huber, Peter, *Hard Green – Saving the Environment from the Environmentalists* (Basic Books, 1999).

Em termos de ensaio de uma atenção legislativa mais abrangente a um recurso ambiental, veja-se, por exemplo, a legislação brasileira para as águas.

Passada mais de uma década de expectativa por uma disciplina eficaz – leia-se, que instituisse mecanismos que propiciassem uma efetiva tutela desse recurso – o que se dizer de uma lei<sup>14</sup> que sequer conseguiu afastar<sup>15</sup> o sentimento de que, em nosso país, a solução para a poluição continua sendo a diluição<sup>16</sup>.

Que dizer da ordem legal – em sentido estrito - aplicável às substâncias tóxicas<sup>17</sup>? É suficiente que o legislador nacional tenha disciplinado apenas a questão dos agrotóxicos<sup>18</sup>?

E quanto aos aspectos deixados totalmente à minguada de uma ordenação legal (insista-se, em sentido estrito)? O que dizer de falta de leis sobre poluição do ar<sup>19</sup>, política de resíduos sólidos<sup>20</sup>, responsabilidade por contaminação de solos<sup>21</sup>, licenciamento ambiental<sup>22</sup>, prevenção de riscos ambientais<sup>23</sup> – sobretudo industriais –, proteção das espécies ameaçadas<sup>24</sup>, proteção de terras úmidas<sup>25</sup>, uso e conservação de energia<sup>26</sup>?

De parâmetros e critérios objetivos para aferição da qualidade do ambiente, nem falemos.

Com efeito, tanto as muitas lacunas da legislação ambiental brasileira como a opção preferencial do legislador por editar leis contendo meras declarações de princípio têm conduzido a resultados curiosos, sobretudo se comparamos o qua-

<sup>14</sup> Refiro-me especificamente à Lei 9.433/97, que “Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, etc...”

<sup>15</sup> Nesse ponto, muito mais ambicionou o Executivo, com a Resolução CONAMA 357/2005. Sem que aqui vá qualquer crítica a esse órgão, notável é perceber como o processo para aprovar uma resolução dessa abrangência pode ter sido tão pouco discutido em nosso meio jurídico especializado.

<sup>16</sup> A expressão “*dilution is not the solution to pollution*” foi utilizada por um membro do Senado dos EUA na época das emendas de revisão do *Clean Water Act* (literalmente “Ato da Água Limpa”), aprovadas em 1972, como bordão para defender a necessidade de se exigir o tratamento prévio dos despejos, em vez de se permitir que lá se fizesse como usamos fazer agora por aqui: despejar esgoto e efluentes *in natura* para que a sempre dadivosa natureza se encarregue deles sozinha. De acordo com o raciocínio que apoiou aquelas emendas, os efluentes só poderiam ser despejados em águas dos EUA quando os níveis de poluentes neles encontrados atingissem concentrações específicas, em cada espécie, estimadas tanto em função de sua quantidade na saída da fonte pontual de descarga, como daquela suportada pelo curso d’água que receberia a mesma descarga, conforme sua capacidade de assimilação, calculada de acordo com a vazão sazonal, o uso previsto para a água, a existência de outras fontes poluidoras nas proximidades, etc. Em contrapartida, veja-se, no Brasil, o art. 12, III, da Lei 9.433/97, especialmente a passagem “tratados ou não”.

<sup>17</sup> Nesse particular, com todos os seus eventuais defeitos, o Código Florestal é o certamente o diploma de maior clareza quanto aos objetivos e mecanismos efetivos de proteção. Daí porque seja o mais aplicado e, por conseguinte, um dos temas mais litigados em nossos tribunais.

<sup>18</sup> Lei 7.802/89. Em contraste, observe-se nosso objeto de comparação (os EUA) e sua disciplina dual para pesticidas (*Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act*, 7 U.S.C.A. §§136 a 136y) e para substâncias tóxicas em geral (*Toxic Substances Control Act - TSCA*, 15 U.S.C.A. §§ 2601 a 2692).

<sup>19</sup> Nos EUA, v. o CAA, ou *Clean Air Act* (literalmente Ato do Ar Limpo – 42 U.S.C.A. §§7401 a 7671q).

<sup>20</sup> Nos EUA, v. o RCRA (*Resource Conservation and Recovery Act*, – 42 U.S.C.A. §§6901 a 6992k).

<sup>21</sup> Nos EUA, v. CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* – 42 U.S.C.A. §§9601 a 9675).

<sup>22</sup> Nos EUA, v. o próprio NEPA.

<sup>23</sup> Nos EUA, as previsões sobre a prevenção de riscos ambientais estão distribuídas nos distintos estatutos para a proteção de cada recurso ambiental.

<sup>24</sup> Nos EUA, v. *Endangered Species Act* – 16 U.S.C.A. §§1531 a 1544.

<sup>25</sup> Nos EUA, v. as provisões próprias a respeito no CWA §404.

<sup>26</sup> Apesar do magnífico passo dado com a edição recente da lei 11.097/2005 e sua mais do que louvável tentativa de inserção gradual do biodiesel como alternativa para “esverdear” a matriz energética do país. Nos EUA, ver, sem entusiasmo, o *Energy Conservation and Production Act* – 42 U.S.C.A. §§6801 a 6892.

dro com o que sucede em outros ramos jurídicos, em que a tradição raramente permite conviver com vazios e muito menos com tamanha generalidade.

A primeira decorrência perceptível desse vácuo de especificidade legal é a de que vivemos no Brasil uma espécie de *common law*<sup>27</sup>, ao menos em matéria Ambiental. Isso porque, mesmo à míngua de um ordenamento que lhe seja provido pelo legislador<sup>28</sup>, ainda assim o juiz é obrigado a dizer qual o direito na espécie<sup>29</sup>, pese aqui não precise observar precedentes<sup>30</sup>.

Um segundo efeito está na profusão dos regulamentos, em sua maioria de natureza autônoma, assim entendidos aqueles que existem por si e não para disciplinar a aplicação de uma lei que o anteceda.

À falta de disciplina legal que em outras searas é pródigo de oferecer-lhe o Legislativo e movido por boa dose de ousadia, o governo federal, com destaque para as resoluções do CONAMA, vem buscando suprir essa lacuna da maneira que lhe parece possível<sup>31</sup>, numa ação jurídica arriscada<sup>32</sup> que já lhe valeu boas querelas nas cortes federais e ao menos uma achega por parte do Supremo Tribunal<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Fenômeno oposto ocorre nos EUA, já que lá, como visto nas notas anteriores, a *statutory law* (ou direito escrito) dá cada vez mais sabor de *civil law* à prática jurídica ambiental nas cortes estaduais e federais de Washington à Flórida.

<sup>28</sup> E se valendo de uma interpretação ampliada do art. 4º, da Lei de Introdução do Código Civil, combinado com o art. 126, do CPC.

<sup>29</sup> V. a esse respeito, dentre outros, dois julgados emblemáticos: primeiro, o RESP 57297, onde o STJ concordou com a condenação da PETROBRÁS a pagar à CETESB pelos custos que já haviam sido despendidos por esta última na recuperação ambiental de área degradada pela primeira: uma decisão que representa um passo significativo rumo à possibilidade de ser instituído entre nós um sistema como o do *Superfund*, dos EUA. Segundo, o julgado pioneiro no Brasil sobre o tema do dano moral difuso, proferido pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, na Apelação Cível n. 2001.001.14586, em que atuei como representante do Município do Rio de Janeiro. Neste caso se obteve a reparação moral em dinheiro à sociedade pela ofensa de seu direito à inteireza do patrimônio ambiental degradado. A reparação considerou o período em que a coletividade ficaria privada da inteireza do bem, estimado como aquele necessário para que houvesse a recuperação completa de uma área de bosque afetada por desmatamento, mesmo após o replantio das 2.800 mudas necessárias a repor um número muito inferior de árvores cortadas.

<sup>30</sup> Ao menos não enquanto não estiver em pleno funcionamento o sistema das súmulas vinculantes instituído pela Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu disposição nesse sentido no §2º, do art. 102, da Constituição Federal. De qualquer maneira, é um equívoco imaginar que todo precedente jurisprudencial nos Estados Unidos é vinculante, um engano que facilmente se percebe dos inúmeros julgados divergentes a respeito de um mesmo tema que, por exemplo, as cortes de apelação federal de diferentes circuitos produzem com frequência. A divisão dos precedentes jurisprudenciais nos EUA em *binding* (vinculantes ou obrigatórios) e *persuasive* (literalmente persuasivos, logo, não obrigatórios) evidencia que a essência do *common law* não está na obrigatoriedade geral dos precedentes – até porque, a rigor, inexistente qualquer disposição de lei escrita ou constitucional que diga isso –, ao contrário do que se costuma pensar no Brasil. A essência desse sistema está, isto sim, (a) na desnecessidade de que haja uma lei escrita para guiar o juiz na distribuição de justiça; (b) na aplicação do princípio *stare decisis*. Ainda em oposição ao mito corrente no Brasil, esse princípio – que está vazado em latim, não em inglês – quer dizer literalmente permanecer com o que foi decidido. Sua premissa é de que “quando um ponto ou princípio de direito tiver sido uma vez oficialmente decidido ou resolvido pelo pronunciamento da corte competente em um caso em que ela esteja necessária e diretamente envolvida, ele não será mais considerado sujeito a exame ou a um novo pronunciamento pelo mesmo tribunal, ou por aqueles que estão obrigados a seguir suas decisões, salvo por razões de urgência ou em casos excepcionais” (grifei - traduzido livremente de William M. Lile e outros, *Brief Making and the Use of Law Books*, p. 321, 3ª. ed., 1914). Trata-se de um simples princípio de ética jurisdicional, para que uma corte e os juízes que a ela se vinculem atuem de maneira consistente com a unicidade e univocidade que se esperam do poder estatal, atentos ao dever de coerência com seus jurisdicionados. Aliás, diante da simplicidade do princípio e dos nobres valores públicos que o informam, é de se questionar aqueles que se opõem à exigência de que os precedentes de uma corte sejam por ela próprios seguidos, quando alegam que isso ofenderia a democracia por supostamente tolher a liberdade dos magistrados: não estariam eles próprios defendendo um sistema de “direito aleatório” no Brasil, onde muita vez o destino de uma causa depende do horário do lanche de um dos integrantes de uma turma julgadora?

<sup>31</sup> Veja-se, além da já citada Resolução CONAMA n. 357/2005, para águas, outras tais como, exemplificativamente, as relativas a licenciamento ambiental (Resoluções CONAMA ns. 1/86, 6/86, 9/87, 237/97, 279/2001), a resíduos tóxicos ou perigosos (Resoluções CONAMA ns. 257/99, 283/201 e 334) e à destinação final de certos resíduos sólidos (Resoluções CONAMA ns. 258/99 e 307/2002).

<sup>32</sup> Apesar do disposto no art. 8º, da Lei 6.938/81 e de pessoalmente, do ponto de vista jurídico e em tese, estar em total acordo com a juridicidade formal dessas medidas.

<sup>33</sup> V. ADI 1823 MC, com liminar deferida contra a Portaria 113/97, do IBAMA.

Mas, a verdade no que tange ao último aspecto é que nosso “*common law*” ambiental guarda outra semelhança com o praticado sem aspas nos EUA.

Lá, o Judiciário aplica à análise da validade dos regulamentos editados pelo Executivo a chamada *Chevron rule*<sup>34</sup>. Basicamente, essa linha de interpretação, com alguns temperamentos e adaptações que a evolução jurisprudencial veio realizando, foi construída pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do famoso caso *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>35</sup>. Por ela, a Corte, diante de um regulamento autônomo, realiza um teste em duas etapas: (a) verifica se a lei é ambígua ou não aborda o tema em discussão; (b) avalia se a interpretação que o Executivo empresta ao ordenamento é razoável. Assim, caso a Corte entenda que a intenção do legislador resulta clara da lei sustentará esse intento em prejuízo da interpretação discrepante eventualmente esposada pelo ato regulamentar. No que tange ao quesito razoabilidade do teste, a própria Corte esclareceu naquele mesmo julgamento seu parâmetro: “[p]eso considerável deve ser atribuído à interpretação do órgão executivo para o esquema legal que lhe cabe administrar”<sup>36</sup>.

E a semelhança está em que, no campo do Direito Ambiental ao menos, tem sido essa, ordinariamente, a conduta de nossos tribunais<sup>37</sup>: privilegiar a expertise e a interpretação que faça o administrador do princípio inteligível<sup>38</sup> resultante das disposições genéricas disponibilizadas pelo ordenamento, mediante a edição de regulamentos autônomos<sup>39</sup>.

Mesmo com o esforço do Judiciário em ora suprir omissões, ora sem muito alarde aceitar que o Executivo o faça, daí vai uma longa distância até que se possa reconhecer que aquele Poder tem de fato servido como alternativa eficiente para a imposição da norma ambiental no varejo, já que o argumento não resiste à mais perfunctória análise. Em matéria de ambiente, litigamos pouco e mal.

Diante de um quadro desses, o nosso Direito do Ambiente, considerado como um todo e em seus resultados, pode ser mesmo tido como “um dos melhores do mundo”?

Tome-se como referencial qualquer espaço no tempo: os últimos dez, vinte, cinquenta ou quinhentos anos e se perceberá sem esforço que o ambiente, com ou sei Direito e Constituição, está em muito pior estado hoje do que jamais antes esteve. Após um severo diagnóstico do extremamente preocupante quadro da eco-

<sup>34</sup> Ou *Chevron deference*.

<sup>35</sup> 467 US 837.

<sup>36</sup> 467 US 837, p. 844.

<sup>37</sup> Vp.ex. RESP 194617, RESP 32103 e Ag.Rg. na SS 1304, no STJ. Em outro sentido, v. tb. no STJ Ag. Rg. na SS 1296 (contudo, em sentido contrário ao entendimento deste último acórdão, em tese, v. vasta jurisprudência do STF na linha dos R. Ext. 203.954, 202.313 e 312.511, dentre outros).

<sup>38</sup> Cito aqui a construção realizada pela Suprema Corte dos EUA para temperar a doutrina original da indelegabilidade, em *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928). Segundo a Corte naquele julgamento, o Congresso pode delegar seus poderes ao Executivo quando “estabeleça por ato legislativo um princípio inteligível ao qual a pessoa ou órgão autorizado ... seja obrigado a observar” 276 U.S. 409. É verdade que esse entendimento sofreu muitas outras influências, principalmente na época do New Deal. Mas, vale aqui a precedência, pelo seu simbolismo em face do discreto caso brasileiro.

<sup>39</sup> O tema chama ainda mais a atenção quando se percebe que, fora do Direito Ambiental, a *Chevron rule*, em meu sentir, apontaria para uma das mais significativas diferenças entre o papel que as cortes estadunidenses concebem em sede de controle jurisdicional dos atos administrativos, em contraste com o extremo “revisonismo” por que os tribunais brasileiros em sua maioria se pautam diante desses mesmos atos. Pese doutrina e jurisprudência clássicas apontarem para elementos tais como presunção de legalidade do ato administrativo ou impossibilidade de revisão do mérito deste pelo juiz, raro não é que o Judiciário inverta aquela presunção e praticamente se converta no administrador na formulação dos juízos de conveniência e oportunidade.

logia nos dias atuais - e isso não é um julgamento, senão simples constatação de um desastre cujos números só fazem crescer<sup>40</sup> -, o que se dizer da qualidade do nosso sistema jurídico ambiental, seja essa qualidade real ou fictícia?

Despojada do que possa conter de cético, no entanto, essa observação, ao menos em tese, nada subtrairia da pretensa qualidade intrínseca da legislação ambiental brasileira disponível.

Admita-se, então, para argumentar, que nosso Direito Ambiental seja mesmo tudo o que dele se propala. Ainda assim – e com mais razão -, persistiria a dúvida: por que um país com leis supostamente tão boas não consegue progressos práticos à altura, em matéria de proteção efetiva do ambiente por elas pretendido tutelar?

Está provado, por tudo até aqui visto, em qualquer cenário ou caso, que um problema até se cria, mas não se resolve apenas com tribunais ou leis. É preciso também que as ações individuais se situem num elevado padrão ético, sobretudo de exigência de qualidade do ambiente e de conduta ambiental, gerando um ciclo virtuoso – e de saudável intolerância com qualquer desconsideração do valor ecológico prevalente - de ações da coletividade e do poder público, como espera a Constituição. Vale dizer, o fundamental é que exista engajamento social e responsabilidade cidadã para que se exija do próximo e da administração coerência e atitude consistentes com o interesse público. Em última análise, é preciso que cada um assuma a responsabilidade de fazer sua parte.

Diante disso, nenhum dos entes federativos ou qualquer de seus órgãos tem como se dar ao luxo de se demitir de sua autoridade. O exercício do poder e a aplicação severa da lei nem sempre são atividades populares ou agradáveis, mas sem dúvida são imprescindíveis.

Numa ordem constitucional como a nossa, em que expressamente se comete competência administrativa aos três planos da federação para atuar na defesa do ambiente<sup>41</sup>, é impreterível que os poderes executivos de todas essas esferas atuem com vigor no trato da matéria ambiental, sem que possam abdicar de suas prerrogativas.

Para tanto, é essencial que se reapresente à Administração do país o seu poder de polícia e o instituto da auto-executoriedade que lhe corresponde.

### **3. ORDEM**

O Brasil tem, com efeito, uma história funesta em termos de democracia.

Fomos descobertos 108 anos antes de a primeira colônia ter sido com sucesso fundada pelos ingleses naquilo que viria a se tornar os EUA, mas nossa independência só saiu 50 anos depois da deles. Enquanto os EUA de colônia viraram logo uma república e essa república se fez constitucional desde 1787, dois anos

<sup>40</sup> V., p.ex., *O Estado de São Paulo* (on line) de 7.5.2005, “Desmatamento Parou de Crescer”, com dados alarmantes sobre o assunto, ao contrário da impressão de normalidade que tenta passar a declaração do Secretário de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente que dá título à matéria, <http://www.estadao.com.br/ciencia/noticias/2005/mai/05/59.htm>

<sup>41</sup> Art. 23, VI.

depois disso ainda matávamos Tiradentes e de república só ouviríamos falar um século mais tarde. Nosso primeiro presidente civil veio somente cinco anos após a proclamação de uma república que o povo não pedia, feita pelo pavio curto de um militar. De 1922 a 1926, Artur Bernardes governaria sob estado de sítio. Em 1930 teríamos uma Revolução que desaguaria num golpe e impediria eleições por 15 anos. De 1945 a 1964 tivemos uma guerra mundial, um presidente suicida seguido por três sucessores em conflito, outro que renunciou seis meses após ter recebido a maior votação direta já vista na história e mais um que foi deposto por um golpe que levaria a uma ditadura militar que duraria 21 anos. Isso, numa contagem otimista, considerando que o presidente civil eleito por um colégio eleitoral espúrio para governar a partir de 1985 morreu tragicamente de uma doença até hoje insondável, sendo sucedido por um dos próceres do regime militar, que pretensamente se encerrara, e que ainda prorrogou seu mandato por mais um ano além do inicialmente previsto. Em 1989, por fim, elegemos o primeiro presidente após o golpe, pelo voto direto. Ele sofreu impeachment em 1992, sendo sucedido por um vice de mau humor proverbial. Em 1994, elegemos um novo presidente para um mandato de quatro anos, sem direito à reeleição, embora em 1998 o tenhamos reelegido, pois uma emenda autorizadora dessa manobra foi por ele patrocinada no Congresso no curso de seu mandato. Em 2000 elegemos um ex-metalúrgico de esquerda, o que só nos serviu para provar a máxima de que não há nada mais conservador do que um liberal no poder.

Contada assim, nesse longo parágrafo – embora telegráfico, se considerada a sucessão de eventos que o envolve – a história da relação da sociedade brasileira com a idéia de poder executivo está longe de ser das mais edificantes. Feito o balanço, após quinhentos anos, nosso país não deve ter vivido num regime com um Executivo representativo e escolhido democraticamente, sem bico de pena ou voto censitário, por mais do que quatro décadas, se considerarmos com largueza todos os raros períodos em que isso aconteceu. Não é de se admirar, pois, que hoje se tema tanto a ação administrativa. É preciso exorcizar muitos fantasmas.

A despeito disso, assim como se costumava dizer que o perigo da ditadura estava mais no guarda da esquina do que no ditador de plantão, creio que hoje a sorte do cumprimento da lei, principalmente daquela voltada ao ambiente, segue de certa maneira a mesma lógica: depois da obediência civil voluntária, ninguém melhor do que o guarda da esquina para se empenhar em fazer valer a lei. Mas, o que houve com ele em matéria ambiental?

Bem, poderíamos lembrar da polícia florestal ou das delegacias especializadas e de seu inestimável valor para a repressão aos crimes contra o ambiente. No entanto, por mais que a elas se aplique – e muito – a idéia-força da autoridade constituída em ação, o enfoque que aqui se pretende dar é de polícia, sim, mas administrativa.

O que ora se busca é a seguinte reflexão: o que houve com a autoridade administrativa civil de que falam os livros de Direito Administrativo? O que passou com o velho, bom e legítimo poder de polícia? Que fim levou a auto-executoriedade? Onde foi parar a imposição da lei pelo Administrador?

Fique bem claro que aqui não se compraz com a suavidade da estratégia administrativa que se limita ao manuseio do talonário de autos de infração, por mais expressivos que sejam os valores de algumas multas, principalmente após a edição da Lei 9.605/88 – e nisso, enfim, *legem habemus*, embora o mesmo entusiasmo não seja possível demonstrar para com os inexpressivos patamares das penas criminais. Tampouco sensibiliza o efeito quando muito momentaneamente contemplativo que desperta um edital de interdição na porta de um estabelecimento. O resultado de tantas multas inúteis e interdições pífiás está estampado na ousadia revigorada dos agressores do ambiente, nos dramáticos efeitos que essa letargia administrativa vem produzindo na qualidade de vida da sociedade e nas prateleiras dos juízos repletas de executivos fiscais – em que o devedor muitas vezes sequer é localizado para citação – e de litígios cuja solução fica para as calendas.

Diante da ordem do art. 23, VI, da Constituição Federal, para que os três núcleos de poder público federal protejam o ambiente e combatam a poluição em qualquer de suas formas – comando esse reforçado pelo §1º, do art. 225 -, convenhamos, é de se esperar da autoridade constituída – na acepção pura do termo -, mais do que simples exigibilidade, a executoriedade de seus comandos<sup>42</sup>.

Na prática ambiental junto às administrações, porém, percebe-se claramente que essa – digamos – timidez que entorpece a ação dos executivos se deve antes à ignorância da autoridade pública em relação a seus poderes ou a seu despreparo para exercê-los, do que propriamente a uma omissão voluntária no cumprimento de seu dever – embora isto também ocorra.

Por outro lado, quando calhamos de encontrar um agente público que se imbua do espírito e da determinação necessários para dar efetividade a uma norma ambiental sob o pálio do poder de polícia que lhe foi conferido pelo ordenamento, não raro o vemos ser conduzido para a prisão pelas forças de segurança do estado, em lugar do ofensor: vai acusado de abuso de autoridade. Ou então, é comum outras vezes ser a ação administrativa suspensa por liminar concedida em mandado de segurança onde o pedido se funda exclusivamente ou na alegada necessidade de ordem judicial prévia “autorizando” a ação administrativa, ou na suposta violação ao princípio da legalidade, porque inexistiria lei que autorizasse essa ou aquela providência protetiva do meio - e um decreto seria insuficiente para respaldá-la. Não raro também é presenciar as duas coisas acontecerem simultaneamente, com o poder público sendo ainda processado por danos ao “patrimônio” adquirido pelo ofensor às custas da agressão que perpetrou contra o ambiente, além dos morais, é claro.

Esse quadro, bem se percebe, é, sim, primeiramente fruto do despreparo de nossos administradores, associado ao acanhamento da própria orientação jurídica que recebem. Sucede que, somado em muitas ocasiões ao desconhecimento das autoridades policiais e judiciárias, tem ele transformado o Judiciário em órgão de controle prévio da atuação pública executiva, que de direito e por dever teria

<sup>42</sup> V. sobre a diferenciação entre exigibilidade e executoriedade Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 13ª ed., Atlas, 2000, p. 113.



que ser própria e incondicionada. Isso, por outro ângulo, é muito conveniente à demagogia, já que se transfere ao Judiciário os ônus de administrar o problema e de ser eventualmente quem patrocina medidas impopulares.

Vai daí que nunca é demais lembrar que não há tripartição do poder do estado. Esse poder é uno e emana da mesma fonte. Sua divisão em três funções (judicial, normativa e executiva) não torna qualquer delas exclusiva, materialmente falando, do órgão que formalmente a desempenhe de maneira preponderante, nem de qualquer sorte a subordina às demais<sup>43</sup>.

É um crasso erro – ou pura matreirice –, portanto, supor que apenas o Judiciário pode determinar ao particular o cumprimento de uma lei, dando a esta interpretação própria e execução conforme numa situação de conflito. Isso porque, como esclareceu Seabra Fagundes, “*A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina e define situações jurídicas individuais*”<sup>44</sup>.

Por isso, faz parte do arsenal de atuação do Executivo o poder de polícia, que se consubstancia num “... conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”<sup>45</sup>. Ao usá-las, essa mesma Administração “... não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade”<sup>46</sup>. Isso se justifica ante a constatação de que “[t]odos se submetem com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais”<sup>47</sup>.

Além disso, é própria da Administração, como corolário de seu poder de polícia, a “*faculdade de ... julgar e executar diretamente a sua decisão, por seus próprios meios, sem intervenção do Poder Judiciário*”<sup>48</sup>. Trata-se da auto-executoriedade de que são dotados os atos administrativos, que ensejam “... imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”<sup>49</sup>.

Citando o jurista argentino Rafael Bielsa, explicita finalmente Hely Meirelles<sup>50</sup>:

*“O que se faz necessário é distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, dos que lhe são próprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder; como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos. Mas as prestações tipicamente administrativas, principalmente as decorrentes da utilização do*

<sup>43</sup> V. Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., Malheiros, 1990, p. 61

<sup>44</sup> *In O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., Saraiva, 1984, p. 10.

<sup>45</sup> Tácito, Caio; *O Poder de Polícia e seus Limites*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 27, p. 1

<sup>46</sup> Id., ibid.

<sup>47</sup> Id., ibid.

<sup>48</sup> V. Meirelles, Hely Lopes et al., in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 3ª ed., Forense, 1998, p. 89.

<sup>49</sup> Idem, p. 142.

<sup>50</sup> Idem, p. 143

*poder de polícia, podem ser exigidas e executadas imediata e diretamente pela Administração, sem necessidade de mandado judicial*<sup>51</sup>

É dizer, diante da lesão ou ameaça de lesão ao equilíbrio ecológico do ambiente, que o administrador tem o poder-dever de atuar imediatamente, dentro da lei, adotando todas as medidas ao seu alcance na proporção do que seja necessário ao afastamento da ameaça à ordem ou à correção da causa da lesão ao interesse público<sup>52</sup>.

Esse atuar enérgico, que com freqüência vai encontrar respaldo na lei federal em vigor<sup>53</sup>, independe de reprodução em lei específica, em sentido estrito, do ente cuja ação eventualmente se discuta. A rigor, mesmo que a legislação nacional não respaldasse as distintas modalidades de intervenção administrativa (interdição, apreensão, demolição, etc.), bastaria que um decreto da autoridade máxima da pessoa jurídica de direito público interno em questão disciplinasse as medidas passíveis de serem adotadas por seus agentes para sanar a lesão ou evitar a consolidação da ameaça ao ambiente. Isso se justificaria por completo já que a autoridade, neste caso, deriva diretamente da Constituição.

Neste particular, a despeito da posição anterior do Supremo Tribunal em não aceitá-los absolutamente<sup>54</sup>, diga-se que a resistência aos regulamentos autônomos vem ali de alguma forma cedendo, principalmente depois da Emenda Constitucional 32/2001, que alterou o art. 84, VI, da Carta Republicana<sup>55</sup>. Há naquela corte, a esse propósito, dois casos dignos de nota.

O primeiro, diz da edição de um Decreto autônomo pelo Governo do Distrito Federal, por meio de que se tentou regulamentar a realização de manifestações em locais públicos<sup>56</sup>. Sem qualquer referência a estar regulamentando uma lei e confessadamente autônomo, o referido decreto não apenas ensejou o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade<sup>57</sup>, como não mereceu qualquer censura por sua característica autônoma<sup>58</sup>.

Entretanto, mais interessante ainda foi o caso em que nossa Corte Suprema, mesmo antes da edição da Emenda Constitucional 32/2001, reconheceu a juridicidade de um decreto do Governador do Estado de São Paulo que não regulamentava lei infraconstitucional alguma, mas que puramente por si disciplinava a ação do governo num determinado assunto. Partindo da premissa de que certa disposição

<sup>51</sup> Entendimento respaldado pelo RESP 655806.

<sup>52</sup> Sufragando a auto-executoriedade na atuação administrativa baseada no poder de polícia, v. também no STJ: MC 4193, RESP 230307, especialmente o ROMS 8294.

<sup>53</sup> Especialmente no art. 72, da Lei 9.605/98.

<sup>54</sup> V., dentre outros tantos acórdãos, o da ADI-MC, onde o Min. Francisco Rezek asseverara, com a concordância geral da Corte, que “[d]ecretos existem para assegurar a fiel execução das leis (art. 84, IV da CF/88). Estão assim vinculados a determinado diploma legal. Sua função é facilitar a execução da lei, torná-la praticável e, principalmente, facilitar ao aparelho administrativo sua fiel observância”. No mesmo julgamento, o Min. Carlos Veloso ainda acrescentaria: “[j]rata-se de decreto autônomo, que a ordem brasileira desconhece”.

<sup>55</sup> V. no STF ADI 2564.

<sup>56</sup> Refiro-me à ADI 1969.

<sup>57</sup> Algo que só se admite nos casos de decretos autônomos explícitos, não de regulamentos de lei, por se entender que neste último caso se daria em tese ilegalidade apenas e não confronto com a Constituição (v., p.ex., ADI 1670 e ADI 996).

<sup>58</sup> Embora a inconstitucionalidade tenha no final das contas sido reconhecida, por outros argumentos materiais.

constitucional, a que dava conseqüência aquele ato, era de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, sem demandar a sua implementação lei formal, nossa Suprema Corte susteve a norma autônoma do executivo que àquela diretamente se reportava<sup>59</sup>. Atente-se que, além disso, na hipótese, entendeu-se expressamente que o decreto encontrava “*no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação*”.

Poder-se-ia também indicar o julgamento do REExt. 203954, que seguiu a trilha da SS 621 naquele Tribunal, para dispensar a necessidade de lei formal que respaldasse a edição de ato regulamentar autônomo pela administração. Sublinhe-se que neste caso o ato normativo autônomo sequer emanara da autoridade máxima do ente federado, senão de órgão hierarquicamente inferior.

Esses precedentes jurisprudenciais deixam patenteada mesmo a desnecessidade de lei formal a respaldar um decreto que venha simplesmente a disciplinar uma atuação administrativa que a Constituição<sup>60</sup> comete com nitidez aos três tipos de entes federativos.

Por outro lado, permita-se que aqui comedidamente se aponte o que se reputa uma imprecisão da linha jurisprudencial que vem sendo adotada em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de poder de polícia e de atuação lastreada em auto-executoriedade. Cuido aqui do reparo feito pela Corte Superior à apreensão de objetos ilícitos, na hipótese a ela submetida no RESP 275549.

No julgamento, apesar de reconhecer a ilicitude tanto dos próprios objetos, como da ação que os produzira, o Tribunal argumentou que apreendê-los a agência executiva importava no impor uma “sanção” não prevista na lei formal, mas apenas no ato da Administração que a regulamentou. Entendeu-se ali que a limitação do “*exercício de direito individual*” deveria se dar com observância ao princípio da legalidade, o que não ocorria naquele caso, segundo sustentou o acórdão.

Com o acatamento devido, diga-se que tal compreensão, à toda evidência, representa um momento profundamente infeliz para o próprio princípio da supremacia da lei em nosso território.

Inicie-se por frisar que uma conduta ilegal não tem nada a ver com o exercício de um direito, nem pode resultar em que o estado termine por fazer qualquer coisa que limite o exercício de algo que sequer esteja próximo da categoria dos direitos. Se o que o particular pratica é uma ilegalidade, isso é a antítese do que seja direito. Não se pode jamais entender que o administrado tenha direito a infringir a lei ou que a ação do poder público que coíbe a ilegalidade importe em qualquer tipo de limitação a esse que nada mais seria do que, no máximo, um não-direito. Como disse o próprio STJ em outra ocasião, simplesmente “*[n]ão se pode interpretar como de boa-fé uma atividade ilícita*”<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Refiro-me à ADI 1590.

<sup>60</sup> Cf. “Se é certo ... que o exercício válido de competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, [a] ... vedação ...extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República” (REExt 203954, Min. Celso de Mello)

<sup>61</sup> V. RESP 401287. Mesmo sentido: RES 245758.

Alem disso, o aresto faz a meu ver errônea aplicação do decidido pela ADI 1823 junto ao STF. Nessa causa, embora se tenha insurgido a Corte Suprema contra a aplicação de sanções não previstas por lei, estava-se deveras diante de *sanções* instituídas pelo ato regulamentar. Pior: sanções que decorreriam do não cumprimento de obrigações tributárias instituídas pelo mesmo ato regulamentar e não por lei em sentido formal. Em outras palavras, pretendia-se curvar uma atividade lícita a um comando administrativo (de natureza tributária), absolutamente ilegal, sob determinadas penas idem.

No caso apreciado no STJ, contudo, o equívoco principia por classificar a apreensão de objeto ilícito como sanção. Sobre o tema, traga-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que uma sanção contém em si a idéia de responsabilização do violador, ao passo que a ação de polícia administrativa – como no exemplo da apreensão – “*se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais*”<sup>62</sup>, sem o propósito de punição.

Absolutamente distintas, portanto, as circunstâncias e, por conseguinte, seus efeitos e regimes jurídicos.

Como reforço da pertinência do exercício do poder de polícia pelo Executivo e da auto-executoriedade de seus atos também em matéria ambiental, faço referência ainda ao entendimento e à prática do Município do Rio de Janeiro<sup>63</sup>, que vem sendo de enorme valia para ações contra ofensas aos ambientes natural e urbano, apesar de o fator cultural contrário a essa linha de atuação, tanto na justiça e na polícia, como na própria administração, ainda possuir um peso indesejado.

Trago ainda como respaldo da propriedade da pronta ação de polícia administrativa a segunda parte, do Enunciado n. II, que restou aprovado no I Congresso dos Procuradores das Capitais Brasileiras<sup>64</sup>, do seguinte teor:

*“A auto-executoriedade do Município permite a execução de todos os atos coativos de correção das irregularidades ambientais e urbanísticas, como interdição, demolição<sup>65</sup> e todas as penalidades legalmente previstas, notadamente em áreas de proteção de mananciais e áreas de risco.”<sup>66</sup>*

Ordem pública não é nome feio, pese o mau uso do termo em passado ditatorial não tão remoto ter trazido danos a conceito dos mais caros à democracia.

A prevalência indiscutível do interesse coletivo sobre o particular, princípio cuja aplicabilidade se potencializa diante da sempre difícil correção completa dos impactos destruidores produzidos pelos ilícitos ambientais, eleva a necessidade de prevenção na matéria a um patamar ainda maior de imprescindibilidade, o que

<sup>62</sup> In *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª ed, Malheiros, 1991, p. 250.

<sup>63</sup> V. a esse respeito os seguintes pareceres da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro: PG/PUB/003/2000-ZT, PG/PUB/024/2001-VF, PG/PPD/014/2001-MSMM, PG/PUB/017/2002-ZT e PG/PUB/016/2003-ZT.

<sup>64</sup> Realizado no Rio de Janeiro, em Junho de 2004.

<sup>65</sup> V. RESP 265253, RMS 11688, RMS 10352. Ag.Rg. no AG 144600, RESP 48001.

<sup>66</sup> Em reforço ao Enunciado, veja-se o RESP 448216: “As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, *sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária* por todo o País, encerrando uma verdadeira *contraditio in terminis* a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas. Forçoso concluir que o a Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da sociedade, porquanto a regularização decorre do interesse público e este é indisponível.” (grifou-se).

se deve realizar na prática mediante uma atuação administrativa cautelar, segura, eficaz e anterior a qualquer eventual demanda em juízo.

Destaco mais que a observância do princípio da auto-executoriedade, por conta do exercício saudável do poder de polícia – i.e., da autoridade legitimamente investida na Administração pela ordem constitucional, nos limites desta – tem ainda reflexos pedagógicos da maior importância, pois colabora de maneira eficiente no combate à sensação geral de impunidade e de inocuidade da norma ambiental, muito mais, pelo menos, do que qualquer ação judicial desnecessária, sempre carente de interesse de agir (por conta da ausência de necessidade da intervenção do juiz), que o ente público pudesse intentar *pro forma*.

Dá-se o caso, aliás, de se concitar o Judiciário Brasileiro a que atue como incentivador da autoridade executiva no uso dos poderes que lhe são conferidos pelo ordenamento. Para tal fim, por menos usual que se afigure a afirmativa que se segue, é preciso que os juízes também se mantenham fiéis a esse mesmo ordenamento e à sistemática que lhe é própria, seja prestigiando o ato de polícia executado dentro da lei, seja rejeitando as ações judiciais em que a Administração não careça da intervenção de um magistrado para alcançar o cumprimento da norma jurídica violada pelo particular.

A judicialização dos conflitos não deve ser nem a melhor maneira para o cidadão solucionar problemas ecológicos junto ao Estado, nem muito menos a solitária forma deste expressar seu poder na imposição da lei ambiental.

Importante também é dotar os agentes da administração de meios adequados ao desempenho de suas funções, inclusive para que possam proceder à restauração imediata do equilíbrio alterado, efetivando prontamente as medidas necessárias a remediar os impactos ambientais causados ao meio pela ofensa, ainda que os custos respectivos tenham que ser suportados por um fundo público especialmente criado para cada fim<sup>67</sup> e que a reparação por esses e outros danos seja só posteriormente havida do ofensor, aí sim, em juízo<sup>68</sup>.

Concluo dizendo que, evidentemente, a importância do emprego regular do poder de polícia, mediante a auto-executoriedade dos atos administrativos de proteção do ambiente não descarta, nem impede, o uso de outros instrumentos de controle extrajudicial, como tributação ambiental e mecanismos de mercado, ou mesmo de persuasão e de educação, capazes de em tese contribuir para a obtenção do resultado pretendido: o equilíbrio ecológico do ambiente.

Apesar de se falar com frequência da necessidade de uma nova ética ambiental, o importante de toda maneira é perceber que é preciso muito mais: é imprescindível que se exercite uma ampla linha de ação social e administrativa, consistente com essa nova ética, capaz de dar resposta ágil, firme e à altura aos desafios decorrentes da audácia dos que por ela não se pautarem.

<sup>67</sup> E não de caráter geral, como os hoje lastreados no art. 13, da Lei 7.347/85.

<sup>68</sup> Observo aqui a importância e utilidade da instituição de fundos específicos para investimentos nessas atividades, como se fez nos EUA no caso do *Superfund* – hoje sucateado - e do CWA. No Brasil, apesar da insuficiência como estratégia de combate imediato à poluição das águas, o regime de outorgas demonstra que a internalização de externalidades negativas é verdadeiramente capaz de contribuir para reduzir os impactos ao ambiente em médio prazo, como comprova a recente construção da primeira estação de tratamento de efluentes na cidade de Jacareí, com recursos oriundos da cobrança pelo uso de águas da bacia do Paraíba do Sul.

# DANO À PAISAGEM NO DIREITO AMBIENTAL PORTUGUÊS

BRANCA MARTINS DA CRUZ

Directora do ILDA - Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente  
Professora da Universidade Lusíada do Porto  
Doutorada pela Universidade de Nice-Sophia-Antipolis

## 1. INTRODUÇÃO

Falar sobre a protecção da paisagem exige que previamente se estabeleçam distinções. Embora possamos convir que já não existe *paisagem natural* na acepção pura da expressão, pois o Homem imprimiu na Natureza a sua impressão digital, alterando em todo o planeta a paisagem originária e impregnando-a da sua presença, ao ponto do legislador português ter considerado a paisagem como *componente ambiental humano*<sup>1</sup> - juntamente com o *património natural e construído*<sup>2</sup> e a *poluição*<sup>3</sup> -, tal como, de resto, o faz a recente *Convenção Europeia da Paisagem*<sup>4</sup>, a designação *paisagem natural* impõe-se e permite-nos, nomeadamente, distingui-la da paisagem cultural ou da paisagem construída.

Quanto ao próprio conceito de paisagem, no seu entendimento jus-ambiental, ele aparece-nos indissociável dos valores humanos e, mais concretamente, de valores estéticos e culturais. Apesar da paisagem ser integrada por bens ambientais e/ou ecológicos, temos alguma dificuldade em a conceber como um bem jurídico de natureza estritamente ambiental, como um bem ecológico puro, mesmo tratando-se da paisagem natural. À ideia de paisagem estão sempre ligadas, de uma ou de outra forma, concepções estéticas e a estética é um conceito intelectual, humano e, na maioria das vezes, de forte enraizamento cultural. Mesmo quando o dano à paisagem é simultaneamente um dano ecológico puro, como no caso de uma floresta devastada pelo fogo, este é facilmente dissociável do dano paisagístico, que consiste essencialmente num dano estético. Uma coisa, são, neste caso, os danos causados na fauna (que perdeu o seu habitat), na flora (que desapareceu ou mesmo se extinguiu) ou no solo (que perdeu os seus nutrientes, afectando irremediavelmente e por muito tempo a subsistência dos ecossistemas dele dependentes) e outra diferente, é o dano provocado na paisagem, enquanto valor ambiental au-

<sup>1</sup> Cfr. o n.º 3, al. a), do art. 17.º da Lei de Bases do Ambiente, Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, onde se pode ler: “Nos termos da presente lei, são componentes ambientais humanos: a) a paisagem;”.

<sup>2</sup> *Ibidem*, al. b).

<sup>3</sup> *Ibidem*, al. c).

<sup>4</sup> Convenção do Conselho da Europa e adoptada em Florença, em 20.10.2000. Cfr. art. 1.º, a) : “*Paisagem* designa uma parte do território, tal como é apreendida pelas populações, cujo carácter resulta da acção e da interacção de factores naturais e humanos”. V. igualmente o art. 5.º, a), onde se exige de cada Parte que se comprometa a : “Reconhecer juridicamente a paisagem como *uma componente essencial do ambiente humano (...)*”. Sublinhados nossos.

tónimo. Este último dano traduzirá afinal o impacte ou choque visual que aqueles outros danos provocam em cada ser humano e na sociedade em geral. Isto não impede, porém, que à paisagem sejam reconhecidas diferentes funções, que se podem cumular, e que entre elas identifiquemos precisamente funções ecológicas.

Das várias subespécies que o termo paisagem comporta, a paisagem urbana é seguramente aquela em que a Natureza foi mais desfigurada pela mão do Homem<sup>5</sup>, justificando mesmo o desenvolvimento de um sub-ramo do Direito do Ambiente, que é o Direito do Urbanismo. Ao lado deste, importa igualmente mencionar o Direito do Ordenamento do Território, cuja importância na protecção da paisagem, agora entendida sob todas as suas formas, é inquestionável, bastando, para o comprovar, atentar no crescente volume da legislação e dos regulamentos que a ele respeitam. A incidência destes dois ramos de Direito na protecção da paisagem constitui mesmo uma exigência da *Convenção Europeia da Paisagem*, cujo art. 5º, al. d) estabelece que cada Parte se compromete a: “*Integrar a paisagem nas suas políticas de ordenamento do território e de urbanismo*”<sup>6</sup>.

Todavia, tendo-nos comprometido a falar sobre os danos causados à paisagem, centraremos a nossa comunicação sobretudo na paisagem natural, tendo como principal objectivo determinar o nível actual de protecção jurídica de que goza, quer no que respeita à prevenção de danos, quer no que tange à reparação daqueles que não foram evitados.

Começaremos por uma referência não exaustiva às normas legais que, na legislação ambiental portuguesa, têm a paisagem por objecto. Prosseguiremos com uma breve alusão aos diferentes danos passíveis de prejudicarem a paisagem, para terminarmos com os mecanismos legais disponíveis para fazer face às lesões de que a paisagem pode ser vítima.

## 2. REFERÊNCIAS LEGAIS À PAISAGEM

Não podemos considerar que exista em Portugal um verdadeiro *Direito da Paisagem*, pois a protecção da paisagem aparece-nos quase invariavelmente associada à protecção mais ampla da Natureza, ou do ambiente urbano, na maioria dos casos decorrendo da consagração legal de áreas protegidas<sup>7</sup>, tais como *parques nacionais*<sup>8</sup>, *reservas naturais*<sup>9</sup>, *parques naturais*<sup>10</sup>, *monumentos naturais*<sup>11</sup>, *paisagem protegida*<sup>12</sup>, *reservas e parques marinhos*<sup>13</sup> e *reservas integrais*<sup>14</sup>, mas

<sup>5</sup> No sentido de considerar que “a paisagem é sempre qualquer coisa de «construído» e nunca qualquer coisa de «pré-existente»”, cfr. PEREIRA REIS, João, *Leis de Bases do Ambiente – Anotada e Comentada*, Coimbra, 1992, pp. 26.

<sup>6</sup> Devendo comprometer-se igualmente a integrá-la “nas suas políticas cultural, ambiental, agrícola, social e económica, bem como em quaisquer outras políticas com eventual impacte directo ou indirecto na paisagem”. Sublinhado nosso.

<sup>7</sup> Intitulada “*Rede Nacional de Áreas Protegidas*” e constante do D.L. 19/93, de 23 de Janeiro. Cfr. arts. 2º e 5º a 11º.

<sup>8</sup> *Ibidem*, v. arts. 2º, al. a) e 5º.

<sup>9</sup> *Ib.*, art. 2º, al. b) e 6º.

<sup>10</sup> *Ib.*, art. 2º, al. c) 7º.

<sup>11</sup> *Ib.*, art. 2º, al. d) e 8º. No nº 5 deste artº 2º prevê-se ainda a classificação de “áreas protegidas de estatuto privado, designadas «sítio de interesse biológico»”. V. igualmente o art. 10º.

<sup>12</sup> *Ib.*, art. 9º.

<sup>13</sup> *Ib.*, art. 10º-A.

<sup>14</sup> *Ib.*, art. 11º.

igualmente da criação de áreas de *reserva ecológica nacional* (REN)<sup>15</sup> e de *reserva agrícola nacional* (RAN)<sup>16</sup>, ou da elaboração e implementação dos POOC (*planos de ordenamento da orla costeira*)<sup>17</sup>.

Pode igualmente mencionar-se a legislação atinente à protecção das áreas florestais, designadamente a Lei de Bases da Política Florestal, Lei nº 33/96, de 17 de Agosto, bem como legislação mais recente destinada a combater o flagelo dos incêndios florestais<sup>18</sup>, que todos os anos atinge Portugal, destruindo milhares de hectares de floresta e dando lugar a uma paisagem desoladora<sup>19</sup>. Visto tratar-se de um dos danos mais comuns e mais devastadores que podem atentar contra a paisagem natural, sobretudo nos países do Sul da Europa, como Portugal, a Espanha, a França, a Itália ou a Grécia, guardaremos para mais tarde a sua abordagem, quando nos ocuparmos dos danos à paisagem e das respostas de que o sistema jurídico dispõe para lhes fazer face.

Idêntica referência deverá fazer-se à vasta legislação relativa aos resíduos, tendo em conta que para a degradação da paisagem contribui em grande medida o depósito de lixo e de diferentes tipos de resíduos na natureza, causando danos ecológicos e estéticos de monta, que crescem aos prejuízos de ordem cultural, social e económica, quase sempre onerosos e difíceis de reparar.

Reportando-nos aos antecedentes relativos à protecção da paisagem em Portugal, poderemos encontrar no preâmbulo ao Decreto-Lei nº 19/93, de 23 de Janeiro de 1993, sobre as áreas protegidas, um resumo histórico conciso. Assim, no referido *Preâmbulo* poderá, nomeadamente, ler-se: “*Com a Lei nº 9/70, de 19 de Junho, que introduziu na nossa ordem jurídica as noções de parque nacional e reserva, teve início o acompanhamento da evolução internacional de protecção da Natureza, através da classificação das áreas mais representativas do património natural.*”

*Ao abrigo dessa lei criou-se o Parque Nacional da Peneda-Gerês e várias reservas foram instituídas.*

*O ponto de vista de protecção da Natureza veio, entretanto, a beneficiar de um apreciável alargamento com o surgir do Decreto-Lei nº 616/76, de 27 de Julho, pois àquele se juntou então, como factor de influência na classificação das áreas a proteger, o seu valor estético e cultural.*

<sup>15</sup> Cfr. Decreto-Lei nº 93/90, de 19 de Março, alterado pelos D.L. nºs 3 16/90, de 13 de Outubro; 213/92, de 12 de Outubro; 79/95, de 20 de Abril e 213/2002, de 1 de Outubro.

<sup>16</sup> Cfr. Decreto-Lei nº 196/89, de 14 de Julho, alterado pelos D.L. nºs 274/92, de 12 de Dezembro e 278/95, de 25 de Outubro.

<sup>17</sup> Cfr. Decreto-Lei nº 309/93, de 2 de Setembro, alterado pelos D.L. nºs 218/94, de 20 de Agosto; 151/95, de 24 de Junho e 113/97, de 10 de Maio.

<sup>18</sup> A matéria relativa aos incêndios florestais foi recentemente reunida no Decreto-Lei nº 156/04, de 30 de Junho. Este D.L. surgiu na sequência do *Livro Branco dos Incêndios Florestais ocorridos no Verão de 2003*, Ministério da Administração Interna, Gabinete do Ministro, Outubro 2003, no qual se faz uma análise profunda da problemática dos incêndios florestais em Portugal que, naquele ano de 2003, constituíram uma verdadeira catástrofe nacional, pelas suas quantidade, dimensões e consequências ambientais e humanas.

<sup>19</sup> Só neste ano de 2005, ainda o Verão não chegou e a Primavera vai apenas no meio, já se verificaram 1.100 incêndios florestais, contra os cerca de 500 que ocorreram em igual período do ano passado. O longo período de seca que assola Portugal desde o último Outono e as temperaturas quentes que se anunciam para o próximo Verão fazem já temer o pior dos cenários.



*Com a publicação da Lei nº 11/87, de 7 de Abril – Lei de Bases do Ambiente -, a par da manutenção das áreas protegidas de âmbito nacional, consagram-se no nosso sistema jurídico os conceitos de área protegida de âmbito nacional e local, consoante os interesses que procuram salvaguardar, o que releva na iniciativa da classificação, regulamentação e gestão das mesmas.”*

Mas, a protecção legal da paisagem portuguesa começa logo na Constituição da República (CRP). Depois de, no art. 9º, afirmar que são “tarefas fundamentais do Estado : (...) e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defendendo a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território”, o art. 66º, nº 2 estabelece que : “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos : (...) b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista (...) a valorização da paisagem. (...) c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios (...)”.

Quanto à LBA <sup>20</sup>, são inúmeras as referências, directas ou indirectas, que faz à paisagem <sup>21</sup>, merecendo-nos especial destaque o próprio conceito legal de *Paisagem*, constante do art. 5º, nº 2, al. c), que é definido nos seguintes termos : “*Paisagem é a unidade geográfica, ecológica e estética resultante da acção do homem e da reacção da Natureza, sendo primitiva quando a acção daquele é mínima e natural quando a acção humana é determinante, sem deixar de se verificar o equilíbrio biológico, a estabilidade física e a dinâmica ecológica.*”.

Por último, não poderíamos deixar de nos reportar à criação de uma rede ecológica, ao nível da União Europeia, denominada *Rede Natura 2000*, no âmbito da qual existem *zonas de protecção especial (ZPE)*, *zonas especiais de conservação (ZEC)* e *sítios de importância comunitária (SIC)*. Embora não seja especificamente dirigida à protecção da paisagem, mas antes à conservação dos *habitats*, na sequência de duas Directivas Comunitárias, a Directiva Aves (Directiva 79/409/CEE, de 2 de Abril de 1979) e a Directiva Habitats (Directiva 92/43/CEE, de 21 de Maio de 1992), a efectiva implementação desta rede ecológica acabará por contribuir grandemente para a defesa e protecção da paisagem natural. Em Portugal, existe já alguma legislação destinada à referida implementação, da qual poderemos destacar os Decretos-Leis nºs 140/99, de 24 de Abril e 384-B/99, de 23 de Setembro, recentemente alterados pelo Decreto-Lei nº 49/2005, de 24 de Fevereiro, bem como as resoluções do Conselho de Ministros nºs 76/2000, de 5 de Julho e 66/2001, de 6 de Junho.

Deste sintético panorama legislativo deriva uma evidente dispersão da matéria relativa à paisagem, que vê assim gorada qualquer aspiração de autonomia

<sup>20</sup> Lei de Bases do Ambiente, Lei nº 11 /87, de 7 de Abril.

<sup>21</sup> Cfr., v.g., os arts. 4º, als. b), e) e k); 5º, nº 1, al. d) e nº 2, al. c); 18º, que tem precisamente por epígrafe “*Paisagem*”; 19º, relativo à “*Gestão da Paisagem*”; 20º, respeitante ao “*Património natural e construído*”; 27º, fixando os “*Instrumentos da política de ambiente*” e do qual relevamos especialmente as als. c), f), g) e h) e o art. 29º, em particular os seus nºs 1 e 5. Sem qualquer carácter de exaustão, poderíamos ainda referir as normas atinentes aos estudos de impacte ambiental (arts. 30º a 32º) ou as que dizem respeito ao licenciamento, como, por exemplo, o art. 33º, nº 1.

no seio da legislação ambiental. A sua protecção legal decorre pois de um emaranhado normativo, tecido nas entranhas dos diferentes domínios da teia ambiental, mormente dos Direitos do Urbanismo e do Ordenamento do Território, mas igualmente no da protecção ecológica pura, como a da Biodiversidade ou a dos Habitats Naturais ou, de forma mais genérica, da protecção da Natureza, *tout court*.

Ora, desta protecção transversal e não autónoma da paisagem fácil é deduzir as dificuldades acrescidas que daí advirão, no que tange aos danos causados à paisagem. Adivinha-se, assim, sem esforço, a ausência de qualquer regime específico para a prevenção, a reparação ou a repressão de tais lesões, como veremos no ponto seguinte. Todavia, alguns sinais, tendentes a uma desejável autonomia sistemática da matéria dentro do Direito do ambiente, começam a aparecer e, dentre eles, permitimo-nos destacar a existência de uma *Convenção Europeia da Paisagem*, cujo objecto é exclusivamente a protecção da paisagem, como componente ambiental autónoma, que “*representa uma componente fundamental do património cultural e natural europeu*”<sup>22</sup> e que “*desempenha importantes funções de interesse público nos campos cultural, ecológico, ambiental e social (...)*”<sup>23</sup>.

### 3. DANOS À PAISAGEM

Após um pequeno passeio guiado pela vasta legislação onde se podem conter normas que, de alguma forma, directa ou indirectamente, visam proteger a paisagem ou, pelos menos, contribuem para a sua preservação, importa agora debruçarmo-nos sobre os diferentes tipos de danos que podem atentar contra ela, degradando-a de forma inaceitável, em qualquer das suas várias funções (estética, ecológica, cultural, etc...). É o que faremos em seguida (III – 1), para depois (III – 2.) nos interessarmos pelos diferentes modos de reacção legal, disponibilizados pelo ordenamento jurídico, e que visam prevenir ou reprimir os comportamentos lesivos da paisagem ou ainda reparar os danos que de tais comportamentos resultam, garantindo a protecção deste bem jurídico ambiental.

#### 3.1 Danos a considerar

Já o dissemos, são de diferentes tipos os danos de que a paisagem pode ser vítima. Um incêndio que devasta a floresta atinge-a no coração, degradando-a nas suas funções ecológicas, mas causa-lhe igualmente um dano estético de difícil reparação. Ele pode ainda aniquilar comunidades humanas que dependiam do equilíbrio ecológico da área destruída. A paisagem poderá então dizer-se também afectada nos planos cultural, social e económico. É frequentemente o que sucede com as vastas queimas e queimadas levadas a cabo na floresta tropical, designadamente na Região amazónica, onde comunidades indígenas perdem os seus *habitats*, condenando mui-

<sup>22</sup> Cfr. o quarto parágrafo do preâmbulo da Convenção (cit.).

<sup>23</sup> *Ib.*, terceiro parágrafo.

tas vezes as suas riquezas cultural, social e etnográfica à extinção e desfigurando de forma irremediável a rica paisagem natural e cultural destas Regiões.

Do mesmo modo, um depósito de sucata automóvel numa área protegida, em que a beleza da paisagem florestal é abruptamente interrompida pela presença de centenas de carcaças de automóveis corroídas pela ferrugem, constitui um dano inadmissível de que infelizmente não falecem os exemplos em Portugal, apesar da legislação existente sobre a matéria <sup>24</sup>.

Mas, também a construção de um arranha-céus ao arrepio do enquadramento paisagístico que o local da implantação do edifício exigia, quer se trate de paisagem florestal, rural ou urbana, constitui um atentado. Esta inadmissível ofensa estética poderá ainda ser agravada por outras consequências nefastas, atingindo igualmente as vertentes ecológica ou cultural da paisagem. Na mesma linha, a construção de uma estrada, auto-estrada, unidade industrial ou de qualquer outra infra-estrutura congénere pode ter um impacto negativo na paisagem, causando-lhe danos mais ou menos graves. É por isso que a avaliação do impacte ambiental ou a adopção dos procedimentos tendentes ao licenciamento<sup>25</sup> e autorização da construção, da infra-estrutura ou da actividade em causa se mostram imprescindíveis e desempenham uma função preventiva insubstituível.

O art. 18º, nº 1, da LBA enumera uma série de situações e actividades que deverão ser condicionadas pela “*administração central, regional e local*”, com vista “*à defesa da paisagem*” e consistem na “*implementação de construções, infra-estruturas viárias, novos aglomerados urbanos ou outras construções que, pela sua dimensão, volume, silhueta, cor ou localização, provoquem um impacte violento na paisagem preexistente, bem como a exploração de minas e pedreiras, evacuação e acumulação de resíduos e materiais usados e o corte maciço de arvoredo*”. Ao condicionar as situações e actividades previstas, o legislador português acaba por estabelecer uma tipificação de outros tantos danos susceptíveis de afectar a paisagem. Contudo, à questão de saber se tal tipificação poderá qualificar-se de taxativa, afigura-se-nos que deveremos responder negativamente. Contribuindo significativamente para a elaboração do inventário de todos os possíveis danos à paisagem, esta enumeração legal não deverá considerar-se exaustiva, mas meramente exemplificativa. Na verdade, o art. 18º reporta-se apenas a situações ou actividades que, embora condicionadas e desde que devidamente autorizadas ou licenciadas, são, todavia, lícitas. Além de, mesmo quanto a estas, a enumeração legal não ser taxativa, ficam naturalmente fora da norma as acções ilícitas, ou mesmo criminosas, de que são exemplo os crimes de fogo posto, responsáveis por uma parte considerável dos incêndios florestais.

Enfim, as formas que a degradação paisagística pode assumir variam, mas o mesmo dano pode ferir a paisagem nas suas diferentes vertentes e funções, como

<sup>24</sup> Cfr. o Decreto-Lei nº 26/98, de 28 de Agosto, que estabelece o regime jurídico do licenciamento da instalação e ampliação de depósitos de sucata. V. igualmente o Decreto-Lei nº 196/2003, de 23 de Agosto, que transpõe para a legislação portuguesa a Directiva comunitária nº 2000/53/CE, de 18 de Setembro, relativa aos veículos em fim de vida.

<sup>25</sup> Actualmente, o “tradicional” licenciamento industrial (actual Decreto-Lei nº 69/2003, de 10 de Abril) deve obrigatoriamente ser precedido do necessário licenciamento ambiental, imposto pelo Decreto-Lei nº 194/2000, de 21 de Agosto.

acabámos de ver. Por outro lado, deve ainda ser realçado que tais danos, que são normalmente fruto de comportamentos humanos ilícitos – e, não raro, mesmo criminosos –, também poderão ter a sua génese em factos naturais, sem intervenção directa do homem. E isto, mesmo se a actividade remota e continuada dos seres humanos sobre o ambiente exerceu maior ou menor influência no desencadeamento dos fenómenos naturais ou no agravamento das suas consequências, como tudo indica ser o caso das alterações climáticas que afectam o planeta, causando verdadeiras tragédias ecológicas e humanas a que, nos tempos mais recentes, vimos assistindo impotentes.

Ora, é óbvio que mesmo estes danos, a que poderemos chamar *naturais* - porque provocados pela própria natureza - deverão ser objecto de reparação, através da restauração natural, sempre que tal se mostre exequível. É claro que, relativamente a tais danos não fará sentido falar de repressão, mas já a sua prevenção poderá ser encarada como uma hipótese, quiçá, ao alcance da Ciência e da Técnica. Registe-se, aliás, que, tratando-se de catástrofes humanas provocadas por certos fenómenos naturais, muitas vezes, a prevenção dos danos humanos que deles resultam basta-se com uma correcta ordenação do território e/ou do adequado planeamento urbano, evitando, por exemplo, a construção e a habitação em zonas de risco (de desabamento, inundações, soterramento, etc....), ou recuperando as áreas degradadas (bairros urbanos degradados, solos impermeabilizados, etc....).

Mas, estamos já na fronteira com a problemática objecto do ponto seguinte : a abordagem dos mecanismos legais a que podemos deitar mão para assegurar uma melhor protecção da paisagem, de modo a evitar a produção dos danos que podem ser prevenidos; a reparação daqueles que *furaram* as malhas da prevenção e a correspondente repressão dos infractores.

## 3.2 Prevenção, reparação e repressão dos danos

### 3.2.1 Prevenção

A prevenção constitui objectivo prioritário, quando se trata do ambiente. A prevenção é mesmo um dos princípios fundamentais do Direito do ambiente <sup>26</sup>, consagrado no art. 3º, al. a), da LBA <sup>27</sup> e a sua aplicação aos danos na paisagem afigura-se da maior importância. Lembre-se que muitos destes danos são irreversíveis ou de difícil reversão, como será o caso de um incêndio florestal, de uma construção ou de uma infra-estrutura agressoras da paisagem <sup>28</sup>.

<sup>26</sup> “Um direito ancorado no princípio da prevenção (...)”, nas palavras de GOMES CANOTILHO, *Relações Jurídicas Poliginais, Ponderação Ecológica e Controlo Judicial Preventivo*, in, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº 1, Junho de 1994, pp. 55-93. Cfr. pp. 65.

<sup>27</sup> Que nos diz que “as actuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipativa, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correcção dos efeitos dessas acções ou actividades susceptíveis de alterarem a qualidade do ambiente, sendo o poluidor obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a acção poluente.”.

<sup>28</sup> É claro que um edifício ofensivo do respectivo enquadramento paisagístico pode sempre ser destruído e a paisagem reposta na sua integridade. Todavia a realidade mostra-nos que são raríssimos (para não dizer inexistentes) os casos em que uma decisão ordenando a demolição de uma obra atentatória dos cânones estéticos ou paisagísticos é tomada e executada. Aliás, basta olhar à nossa volta. Os testemunhos da inacção estão presentes um pouco por todo o lado, nas nossas cidades e aldeias e até mesmo em plena paisagem rural !

Tal prevenção pode ser assegurada por diversas formas e hoje existem mecanismos legais que a têm por missão, tais como os estudos de impacto ambiental<sup>29</sup> ou o licenciamento ambiental<sup>30</sup>, já referidos<sup>31</sup>. Mas, também a vigilância e a fiscalização podem constituir instrumentos idôneos para prevenir certos danos à paisagem, como, por exemplo, os incêndios florestais. A estes meios ainda poderemos juntar certas medidas preventivas importantes, como é o caso da limpeza das florestas, removendo a biomassa vegetal que se vai acumulando no solo e que ao secar se torna facilmente inflamável, além de dificultar a mobilidade e os acessos dos agentes e dos meios terrestres no combate aos incêndios<sup>32</sup>.

Função preventiva desempenham ainda as normas proibitivas, tais como as que impedem o depósito de resíduos ou as que vedam as *queimas*<sup>33</sup> e as *queimadas*<sup>34</sup> e, evidentemente, as normas repressivas que cominam a punição dos infratores, não se esgotando aqui o leque de instrumentos legais de que a prevenção dos danos causados à paisagem pode deitar mão. Porém, “*relacionar (...) todas as manifestações do princípio da prevenção no direito positivo revelaria pouco interesse (...) e estaria de todo o modo destinado ao fracasso de tal forma a prevenção tem tendência a confundir-se com o direito do ambiente*”<sup>35</sup>.

Embora não se tratando já de um instrumento jurídico típico, resta-nos contudo referir um dos meios preventivos mais eficazes em matéria ambiental e, seguramente, também no que tange à protecção da paisagem : a educação ambiental das populações. Principalmente quando as acções de sensibilização e de formação têm por alvo os mais jovens, que no seio da família podem desempenhar um papel relevante na sensibilização e até mesmo na educação dos mais velhos, tornando-os mais receptivos ao respeito pelos bens ambientais, a educação ambiental pode trazer um contributo capital para a prevenção.

### 3.2.2 Reparação

Já o constatámos. Não existem mecanismos legais específicos para a reparação dos danos causados à paisagem. Resta-nos, por isso, o recurso aos instrumentos gerais destinados à reparação de danos e, particularmente, àqueles que se

<sup>29</sup> A al. g) do art. 27º da LBA, exige “a avaliação prévia do impacto provocado por obras, pela construção de infra-estruturas, introdução de novas actividades tecnológicas e de produtos susceptíveis de afectarem o ambiente e a paisagem”.

<sup>30</sup> A al. h) do art. 27º da LBA exige, por sua vez, “o licenciamento prévio de todas as actividades potencial ou efectivamente poluidoras ou capazes de afectarem a paisagem”.

<sup>31</sup> Sobre a relação entre estes mecanismos típicos do Direito Administrativo, mormente o estudo de impacto ambiental, e o princípio da prevenção em Direito do ambiente, cfr. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 2004, pp. 67 e ss. No mesmo sentido, e para o Direito comunitário, v. Ludwig KRÄMER, *E. C. Treaty and Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 5ª ed., Londres, 1998, pp. 66/67.

<sup>32</sup> No seu art. 3º, al. e), o Decreto-Lei nº 156/2004 define “limpeza” do seguinte modo: “*corte ou remoção de biomassa vegetal, empregando as técnicas mais recomendadas com a intensidade e frequência adequadas de forma a garantir a viabilidade técnica das áreas intervencionadas e a manutenção da diversidade florística e ciclo de nutrientes, a descontinuidade vertical e horizontal da carga combustível e a gestão da biodiversidade, tendo em vista a satisfação dos objectivos dos espaços intervencionados*”.

<sup>33</sup> *Ib.*, al. j): “*uso do fogo para eliminar sobranços de exploração, cortados e amontoados*”.

<sup>34</sup> *Ib.*, al. l): “*uso do fogo para a renovação de pastagens*”.

<sup>35</sup> Passagem retirada da obra de Nicolas de SADELEER, *Les Principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 106. Tradução do francês e sublinhado da nossa responsabilidade.

encontram à disposição do Direito do ambiente, sendo certo que o princípio que deverá nortear a reparação é o princípio do poluidor-pagador, que na legislação portuguesa se encontra plasmado na última parte da al. a) do art. 3º da LBA. Apesar de esta alínea a) ter aparentemente por único objecto o princípio da prevenção, na verdade, a sua parte final consagra o princípio do poluidor-pagador, quando afirma que o poluidor está “*obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes*”.

Esta mesma obrigação adquire depois substância na letra do art. 41, da mesma LBA, que estabelece a responsabilidade objectiva do poluidor que tenha causado danos significativos no ambiente. Constituindo a paisagem parte integrante do ambiente, como inequivocamente decorre de vários outros preceitos da LBA, já citados, não temos dúvidas de que o art. 41º e a responsabilidade nele prevista são aplicáveis aos danos causados na paisagem. A reparação deverá fazer-se através da *reposição de situação anterior*, nos termos do art. 48º. Caso tal reposição não seja possível, haverá lugar ao “*pagamento de uma indemnização especial e à realização das obras necessárias à minimização das consequências*”, de acordo com o nº 3 deste art. 48º.

O meio processual adequado para accionar a responsabilidade do poluidor é a acção popular, prevista e regulada na Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, e, nos termos do seu art. 2º, são titulares do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses ambientais. Após a alteração do art. 45º da LBA, operada em 2002, pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro, também o Ministério Público goza hoje de legitimidade originária para a acção popular.

Mas, se a aplicação à paisagem da responsabilidade prevista na LBA para os danos causados no ambiente não nos oferece dúvidas, já nos falecem as certezas quando pretendemos saber se a paisagem faz parte dos bens ambientais protegidos pela Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril <sup>36</sup>, e *relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais*. Tendo restringido o âmbito dos danos abrangidos, relativamente à Convenção de Lugano, do Conselho da Europa <sup>37</sup>, e não fazendo qualquer referência expressa à paisagem, o art. 3º <sup>38</sup> desta Directiva parece não abranger, pelo menos de forma directa, os danos causados a este bem jurídico-ambiental autónomo. Só de forma mediata alguns destes danos se nos afiguram cobertos pela Directiva, que não contempla o dano à paisagem como um dano ambiental autónomo dos danos causados às *espécies e habitats protegidos* <sup>39</sup>, por exemplo. Esta ideia apareceria mesmo reforçada pela definição de “*danos am-*

<sup>36</sup> Sobre a Directiva 2004/35/CE, Cfr. Branca MARTINS DA CRUZ, *De la réparation du dommage écologique pur. Étude à la lumière du Droit portugais*, tese apresentada na Universidade de Nice-Sophia-Antipolis e ainda não publicada. Cfr. tb. Branca MARTINS DA CRUZ, *Dez Anos Após a Eco-92, que Perspectivas para a Responsabilidade Civil por Dano Ecológico? A Proposta de Directiva Comunitária relativa à Responsabilidade Ambiental*, in, *O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*, Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, sob a Direcção de António HERMAN BENJAMIN, São Paulo, 3/6 de Junho 2002.

<sup>37</sup> V. análise crítica nas obras citadas na nota anterior.

<sup>38</sup> O art. 3º tem por epígrafe *âmbito de aplicação*. E é nele que se definem os danos objecto da responsabilidade fixada na Directiva.

<sup>39</sup> Cfr. art. 3º, 1., b)

bientais»” constante do nº 1, do art. 2º. São aí apenas referidos os *danos causados às espécies e habitats naturais protegidos* (al. a)), os *danos causados à água* (al. b)) e os *danos causados ao solo* (al. c)). Todavia, no nº 2 deste art. 2º, definem-se “«danos» “ (*tout-court*) como sendo “*a alteração adversa mensurável, de um recurso natural ou a deterioração mensurável de um serviço de um recurso natural, que ocorra directa ou indirectamente*”. Ora, pelo menos em determinadas situações de degradação da paisagem natural poder-se-á considerar, sem forçar excessivamente a letra da lei, que houve *deterioração de um serviço de um recurso natural ...* O mesmo raciocínio já não será, contudo, válido para a degradação da paisagem urbana ...

A gravidade desta não contemplação da paisagem na Directiva 2004/35/CE fica atenuada, se tivermos presente o seu art. 16º que reconhece o primado do Direito nacional dos Estados-membros, quando adopte “*disposições mais estritas em relação à prevenção e à reparação de danos ambientais*”. Evita-se assim o vazio legislativo nesta matéria, remetendo-se para a lei interna portuguesa a sua regulação.

Não vai contudo ser fácil conciliar toda a legislação nacional existente com o regime consagrado na Directiva <sup>40</sup>, aquando da sua transposição para o Direito interno, tarefa que ainda não foi cumprida pelo legislador português.

Concluimos assim que, a reparação dos danos causados na paisagem será feita segundo o regime previsto para a reparação dos danos ambientais em geral, com as devidas adaptações, sempre que tal se justifique. Saliente-se porém que o dano causado à paisagem deve sempre ser visto e tomado como um dano diferente e autónomo dos danos causados aos restantes bens ambientais que a mesma acção possa ter gerado.

### 3.2.3 Repressão

No que respeita à repressão dos comportamentos danosos ofensivos da paisagem, além do efeito repressivo que a responsabilidade civil sempre envolve, restam-nos as sanções previstas nas contra-ordenações ambientais <sup>41</sup>, que já são em número considerável, e traduzindo-se a maioria delas pela cominação de uma coima <sup>42</sup>. Quer o Direito do Ordenamento do Território, quer o Direito do Urbanismo fornecem-nos exemplos de sanções deste tipo e algumas delas sancionam verdadeiros danos à paisagem.

Quanto ao Direito Penal, já nos parece que nenhum dos dois crimes ambientais previstos <sup>43</sup> puna, mesmo que de forma indirecta, os danos causados à paisagem. As respectivas descrições típicas a isso nos parece oporem-se.

<sup>40</sup> Sobre este ponto, cfr. Branca MARTINS DA CRUZ, *De la réparation ..., op. cit. e Dez Anos ..., op. cit.*

<sup>41</sup> Cfr. art. 47º da LBA.

<sup>42</sup> A coima é a sanção típica do Direito de Contra-Ordenação Social, espécie de *sub-direito penal*, visto tratar-se de Direito Administrativo sancionatório.

<sup>43</sup> Cfr. art. 278º, *danos contra a natureza* e art. 279º, *poluição*.

## 4. CONCLUSÃO

Já com todos os limites, espaciais e temporais, que tínhamos imposto a esta comunicação ultrapassados, tentaremos ser muito breves na conclusão.

De quanto ficou dito parece-nos deverem ser sobretudo realçados os seguintes aspectos:

- os danos causados na paisagem não devem confundir-se com os demais danos causados no ambiente, a outros bens ambientais ou ecológicos. O dano à paisagem deve, por isso, ser considerado um dano ambiental autónomo, onde predominam valores estéticos e culturais, sem prejuízo da paisagem poder igualmente desempenhar funções ecológicas ou contribuir para o desenvolvimento destas últimas;
- o tratamento dispensado, quer pela lei, quer pela doutrina, ao bem jurídico-ambiental paisagem é muito escasso. Apesar do destaque que a LBA portuguesa aparenta ter querido dar-lhe, a verdade é que essa atitude favorável do legislador não teve seguimento noutras leis;
- a paisagem surge-nos *amalgamada* sobretudo no Direito do Ordenamento do Território e no Direito do Urbanismo, mas também um pouco disseminada por todo o Direito do Ambiente, sem contudo merecer a emancipação que lhe conceda a alforria e a certifique como autónoma dentro do rol dos bens ambientais;
- esta ausência de autonomia legislativa reflecte-se inexoravelmente no inventário dos danos que lhe podem ser causados, como, sobretudo, no regime a que ficam sujeitos. Esquecendo a referida autonomia do bem protegido, o legislador acaba por obrigar o intérprete a derivar ou a inferir o regime aplicável a este dano específico do regime que a lei estabelece (se e quando estabelecer) para outros danos ambientais. Por vezes, essa tarefa revela-se extremamente difícil, no mínimo ingrata e, não raro, impossível.

Enfim, nem tudo é negro nesta *paisagem*! A Europa já dispõe de uma Convenção e esperemos que não tarde uma Directiva comunitária que tenha por objecto a protecção do que ainda vai restando das belas paisagens europeias.





# COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: SOLUÇÃO OU CONFUSÃO?

CARLOS TEODORO JOSÉ HUGUENEY IRIGARAY

Procurador do Estado de Mato Grosso. Professor da UFMT,  
Doutor em Ciência Jurídica pela UFSC

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Etimologicamente o vocábulo compensação deriva do substantivo latino *compensatio onis*, significando compensação, balança, recompensa, remuneração, troca. Trata-se de instituto que tem sua origem no direito privado, como uma forma de extinção de obrigações obtida, via de regra, mediante acordo de vontade entre as partes que podem transigir, dispensando requisitos e estipulando-a livremente, ressalvado o respeito à ordem pública. Tratando-se de um instituto que só recentemente foi transplantado para a seara do direito público, em nosso país a compensação resta ainda insuficientemente estudada, enfrentando problemas em sua implementação e, com isso gerando inevitáveis confusões.

Especificamente no âmbito do Direito Ambiental, a compensação constitui um instrumento de concretização da Justiça Ambiental, porquanto visa impor um ônus aos que causam danos ao meio ambiente. Nesse sentido Heline Ferreira assinala que “a compensação ecológica consiste na substituição do bem lesado por um bem funcionalmente equivalente, de forma que o patrimônio natural permaneça, no seu todo, qualitativa e quantitativamente inalterado. Sua imposição mostra-se adequada nos casos em que não há viabilidade da restauração ecológica, seja ela total ou parcial do bem lesado”.<sup>1</sup>

Embora de forma genérica a compensação ambiental seja uma espécie do gênero das compensação ecológica, ou compensação ambiental “*latu sensu*”, neste estudo opta-se pela denominação já consolidada na legislação brasileira.

Analisar a compensação ambiental e enfrentar a confusão existente em torno do tema pressupõe buscar respostas para algumas questões complexas: O que pode ser compensado? Quais os requisitos e limites para se efetivar a compensação ambiental? Como valorar objetivamente os bens lesados? É possível compensar sem transigir, quando o objeto envolve direitos indisponíveis? Essas e outros tantos questionamentos exemplificam as limitações e problemas que devem ser enfrentados com a adaptação do instituto da compensação à gestão ambiental.

<sup>1</sup> FERREIRA, Heline Sivini. *Compensação Ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental*. In: LEITE, José Rubens M. e DANTAS, Marcelo B. (Org.). *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003, p. 61.

O ponto central da abordagem refere-se à compensação ambiental e os critérios técnicos e legais para sua efetivação; donde resultam necessárias algumas considerações introdutórias sobre esse instituto, ainda pouco explorado pela doutrina pátria demonstrando, a partir de um exemplo nacionalmente conhecido, as dificuldades de efetivação de uma compensação integral. Em seguida propõe-se uma classificação para as diversas modalidades de compensações previstas na legislação ambiental. Finalmente serão examinados os aspectos legais da compensação ambiental propriamente dita e dos impasses que fazem da compensação um instituto confuso e subutilizado.

## 1. A DIFÍCIL COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Em um país gigante, com pendor por obras colossais tão ao gosto das empreiteiras e de governantes inescrupulosos, a compensação é sempre necessária e paradoxalmente, quase sempre impossível.

Um recente exemplo, objeto de ação judicial proposta por organizações da sociedade civil<sup>2</sup> ilustra a dificuldade em se dimensionar e valorar o impacto não mitigável de uma obra cujas conseqüências ambientais, “presume-se”, foram exaustivamente estudadas.

Trata-se da Usina Hidrelétrica Barra Grande construída no Rio Pelotas, na divisa dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. A implantação da UHE Barra Grande implicará na formação de um lago com área de 93,4 Km<sup>2</sup>, inundando terras de nove municípios nos dois Estados. Por se tratar de obra de impacto regional significativo, o empreendimento deu início ao processo de licenciamento em 1999, junto ao órgão federal do meio ambiente, sendo exigido o estudo de impacto ambiental a ser realizado às expensas do empreendedor. Tais estudos, finalizados ainda no mesmo ano, apesar de conterem informações inverídicas, foram aceitos pelo IBAMA. Mesmo sem a concordância expressa dos órgãos ambientais dos estados envolvidos (SC e RS) que o considerava incompleto, foi o EIA/RIMA submetido à discussão em audiências públicas, sendo outorgada, pelo IBAMA, a Licença Prévia em 1999. A Licença de Instalação foi expedida em 2001.

No Estudo de Impacto Ambiental- EIA apresentado e debatido em audiência pública a área a ser diretamente afetada pela formação do reservatório é descrita como altamente antropizada – alterada pela ação humana – composta basicamente por áreas de florestas em processo inicial de recuperação, pastagens e áreas de agricultura, como resume trecho do EIA a seguir transcrito:

<sup>2</sup> Trata-se da Ação Civil Pública que tramita junto à 3ª Vara da Justiça Federal em Florianópolis, proposta por associações civis (Rede de Organizações Não-Governamentais da Mata Atlântica e Federação das Entidades Ecologistas de Santa Catarina – FEEC) contra o IBAMA e a Empresa Energética Barra Grande S/A – Baesa, objetivando o reconhecimento da nulidade do processo de licenciamento e a realização de estudos técnicos visando conjugar o funcionamento da UHE Barra Grande com a preservação da vegetação nativa protegida em lei. A liminar concedida pelo juiz federal foi cassada pelo TRF.

*“A maior parte da área a ser encoberta é constituída de pequenas culturas, capoeiras ciliares baixas e campos com arvoredos esparsos (inclusive araucárias). A formação dominante na área a ser inundada pelo empreendimento é a de capoeirões que representam níveis iniciais e, ocasionalmente, intermediários de regeneração da Floresta de Araucária do Extremo Oeste. No local, a espécie *Araucaria angustifolia* não é comum, sendo mais freqüentemente observada como indivíduos isolados ou em conjuntos pouco densos em áreas menos declivosas”.*

Uma vez concluída a obra e como parte do processo de licenciamento, foi exigido o plano de desmatamento visando a supressão da cobertura arbórea na área do reservatório como forma de se mitigar o processo de eutrofização do lago a ser formado. A equipe especializada contratada para realizar o plano de desmatamento, apresentou, em maio de 2003, o “Projeto de Supressão de Vegetação para o AHE Barra Grande”, no qual demonstra como e em quanto tempo a vegetação será retirada. Consta desse Projeto<sup>3</sup> *uma descrição do estágio atual da vegetação na área a ser inundada, demonstrando que 25%, dessa área (2.077,45 hectares) é composta de vegetação primária, ou seja, de Mata Atlântica – principalmente de florestas de araucárias – em ótimo estado de preservação, que nunca foram suprimidas ao longo de suas existência, enquanto que outros 26%, (2.158,50 hectares) está composta por vegetação secundária em estágio avançado de regeneração, ou seja, em ótimo estado de conservação e, portanto, com riquíssima biodiversidade.*

Esses números indicam que mais da metade da área a ser inundada, o que corresponde a uma área de 4.236 hectares está composta por florestas em ótimo estado de conservação, sendo que metade dessa área é formada pelas últimas áreas primárias de araucária em todo o Brasil.

A floresta cuja existência foi criminosamente omitida no estudo de impacto ambiental é de importância ecológica ímpar, na medida em que representa uma das fitofisionomias existentes dentro do bioma Mata Atlântica denominada Floresta Ombrófila (ou Florestas de Araucárias), constituindo um ecossistema regional complexo e variável que acolhe muitas espécies, algumas das quais endêmicas. Desnecessário enfatizar que desde 1992, a *Araucaria angustifolia* consta da lista oficial de espécies ameaçadas de extinção, editada periodicamente pelo Ibama. Segundo dados da Fundação de Pesquisas Florestais do Paraná (FUPEF) os remanescentes desse rico e original ecossistema estão extremamente fragmentados, não chegando a perfazer 3% da área original, dos quais apenas 0,8% poderiam ser considerados como áreas primitivas, as chamadas “matas virgens”.

Não é difícil imaginar a solução encontrada para esse escandaloso “licenciamento”.

O Jornal “O Estado de São Paulo” veiculou, já em 23/07/2004, que o Governo Federal estaria disposto a “desbloquear” o licenciamento ambiental de três usinas hidrelétricas até o final do ano, dentre elas a de Barra Grande. Ou seja, o esforço

<sup>3</sup> Caracterização das Áreas Homogêneas para o Projeto de Supressão de Vegetação para o AHE Barra Grande (FUNCATE, 2003).

conjugado de empresários, políticos e governo na esfera administrativa e judicial, coloca em plano secundário o interesse ambiental, apelando para a velha estratégia do fato consumado: “a hidrelétrica está pronta e precisamos de energia”.

Christian Caubet<sup>4</sup> assinala, com propriedade, que a exploração desenfreada dos recursos naturais, renováveis ou não, e outras práticas econômicas consideradas necessárias à expansão do comércio, pairam acima de considerações de quaisquer tipos: “Em caso de divergência entre as necessidades do comércio e de outras atividades humanas, aquelas tem primazia. Impõem sua lógica às demais”.

No caso sumariamente apresentado, a duvidosa responsabilização efetiva dos servidores e técnicos envolvidos, na esfera penal e administrativa, não altera o quadro dos gravíssimos danos ecológicos delineados. A medida encontrada, para “resolver” esse impasse foi a compensação ambiental, que de resto já era legalmente devida, dada a relevância do impacto da obra, independentemente da destruição da floresta de araucária primária.

A pergunta inevitável: É possível compensar a destruição de uma extensa área de floresta primária considerada fundamental<sup>5</sup> para a consolidação de um corredor ecológico que salvasse os remanescentes de araucária da morte genética?<sup>6</sup>

Embora a Constituição Federal atribua ao poder Público o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, considerando a Mata Atlântica como um Patrimônio Nacional (Art. 225 § 1º, II e § 4º), essa tarefa e esse reconhecimento, detalhados na legislação infraconstitucional, não podem ser usados para impedir a viabilização de obras de infra-estrutura cuja prioridade é definida em gabinetes, sem transparência e em muitas vezes, sem escrúpulos.

Na prática o princípio da indisponibilidade do Direito Público na proteção do meio ambiente, tão enfaticamente defendido pela doutrina<sup>7</sup>, em decorrência do qual o não pode o Poder Público transigir em matéria ambiental, ainda está longe de se sedimentar em termos consciência social, sucumbindo, não raramente, diante de interesses econômicos que consideram passível de compensação qualquer dano ambiental, ainda que o mesmo possa significar o desaparecimento de espécies ou a destruição de santuários ecológicos. Nesse mesmo sentido pontua Wolf Paul: “A proteção do meio ambiente precisa ceder diante de interesses muito mais poderosos, representados pela produção industrial”.<sup>8</sup>

A despeito da especial proteção jurídica existente para esse ecossistema severamente ameaçado e sobretudo das restrições constantes da legislação às obras

<sup>4</sup> CAUBET, Christian G. *O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei)*. Lua Nova n. 52. Revista de Cultura e Política. São Paulo, CEDEC, 2001, p. 152.

<sup>5</sup> Posição expressa pelo Comitê Estadual da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica do Rio Grande do Sul.

<sup>6</sup> Não há como repor um bem que se encontra ameaçado de extinção; nesse caso a compensação será inevitavelmente parcial.

<sup>7</sup> Cita-se apenas ilustrativamente Álvaro Luiz V. Mirra (Princípios fundamentais do Direito Ambiental. Ver. De Direito Ambiental n° 2, São paulo: RT, 1996) e Édís Milaré (Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: RT, 2001, p.115) que assinala a propósito: “De igual sentir, a natureza pública que qualifica o interesse na tutela do ambiente, bem de uso comum do povo, torna-o também indisponível. Não é dado assim, ao Poder Público – menos ainda aos particulares – transigir em matéria ambiental, apelando para uma disponibilidade impossível”.

<sup>8</sup> PAUL, Wolf. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental*. In: OLIVEIRA JR. José Alcebiades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 183.

e empreendimentos que possam afeta-lo, é evidente que o custo socioambiental dos empreendimentos significativamente impactantes serão objeto de uma singela “compensação” sem que isso implique em ponderar outras alternativas.

Se valorar o dano é tarefa complexa<sup>9</sup>, já que os bens ambientais atingidos são considerados a partir de uma perspectiva antropocêntrica e utilitarista; dimensionar a compensação torna-se um desafio, onde os pratos da balança pendem quase sempre em favor do poluidor que encontra na lei o respaldo para remunerar um dano significativo que muitas vezes poderia ser evitado.

## 2. AS DIVERSAS FORMAS DE COMPENSAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

*Como assinalado, a expressão compensação ambiental é abrangente e, “latu sensu”, compreende diversas modalidades de composições, todas de natureza ambiental, embora o termo compensação ambiental esteja restritamente associado à compensação decorrente de obras com impacto ambiental significativo, que será mais detidamente examinada no item seguinte.*

De forma genérica podem ser identificadas juridicamente duas categorias de compensação em matéria ambiental: a compensação ambiental judicial e a compensação ambiental extrajudicial, como assinalado no quadro esquemático a seguir proposto<sup>10</sup>:

Formas de Compensação Ambiental “*latu sensu*”

- Compensação ambiental judicial
- Compensação ambiental extrajudicial
  - Compensação administrativa
    - Ajustamento de conduta administrativo
    - Compensação em processo de licenciamento
  - Compensação ambiental legal
    - Compensação por danos em área de preservação permanente
    - Compensação de áreas de reserva legal
    - Compensação ambiental “*strictu sensu*”

*A compensação judicial, como o próprio nome indica, é aquela decidida no curso de ação judicial, via de regra ação civil pública, quando restar comprovada a impossibilidade de reparação integral do dano ambiental, qualquer que seja a sua natureza, impondo-se ao poluidor a obrigação de indenizar (compensação*

<sup>9</sup> Salienta, com propriedade, Heline Ferreira que uma das questões mais complexas em matéria de compensação ecológica é a estipulação do *quantum debeatur* a ser recolhido: “De fato, como atribuir valor econômico à extinção de uma espécie? Como mensurar a degradação do habitat de seres vivos? A dificuldade em avaliar o dano acaba, muitas vezes, dificultando a própria aplicação do instituto, o que não pode acontecer” (Op. cit. p. 65).

<sup>10</sup> José Rubens Morato Leite propõe uma classificação da compensação ecológica similar, considerando que ela se subdivide em: jurisdicional, extrajudicial, preestabelecida ou normativa e fundos autônomos. Ressalte-se que essa última categoria, já implementada em alguns países (como o Superfund nos EUA) não encontra similar em nosso país (*Termo de Ajustamento de Conduta e Compensação Ecológica*. In: LEITE, José Rubens M. e DANTAS, Marcelo B. [Org.]. Op. cit. p. 110).

*pecuniária) o dano, sem o prejuízo da definição de outras medidas compensatórias consideradas pertinentes.*

*A compensação ambiental extrajudicial pode se subdividir em dois grupos: legal ou administrativa. É legal, quando sua exigência decorre de comando normativo, e administrativa quando, independente de exigência legal, a autoridade pública convencionou-la, como ocorre nos ajustamentos de conduta firmados entre os órgãos ambientais e os poluidores.*

*Assim, quando o órgão ambiental ou o Ministério Público firmam com o poluidor um Termo de Ajustamento de Conduta estabelecendo, além das ações corretivas, medidas compensatórias, estaremos diante de uma compensação administrativa, merecendo ressaltar que qualquer definição de medida compensatória deve estar lastreada em parecer técnico podendo ser questionada judicialmente, se os co-legitimados considerarem insuficiente tal “compensação”. Nesse mesmo conceito situam-se as medidas definidas pelo órgão licenciador, a partir de recomendações técnicas, no curso do processo de licenciamento.*

*Por outro lado, a categoria “compensação ambiental legal” abrange um elenco de medidas previstas na legislação como necessárias, para empreendimentos e atividades que causem danos ambientais, significativos ou não. Cita-se, exemplificativamente, a compensação pela supressão da vegetação em áreas de preservação permanente autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social<sup>11</sup>. Nessa mesma categoria se insere a compensação de áreas de reserva legal, prevista no art. 44, III do Código Florestal (Lei n. 4.771/65, com a redação dada pela MP 2.166/2001). Também pode ser considerado um exemplo de compensação legal, aquela prevista no art. 36 da Lei n. 9.985/2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação), que será abordada de forma mais pormenorizada no item seguinte.*

Oportuno salientar que a classificação acima proposta tem efeito meramente didático e não esgota o amplo aspecto das medidas compensatórias que podem ser previstas legalmente, incluindo as de natureza econômica ou fiscal, como o ICMS ecológico e os fundos compensatórios que podem ser instituídos pelo poder público. O ponto central da discussão reside no fato de que qualquer que seja a modalidade de compensação prevista admitir-se-á sempre o questionamento quanto à sua abrangência e sobretudo quanto à potencial transigência com um interesse que é indisponível.

Outros aspectos que suscitam confusão serão abordados especificamente no trato da modalidade de compensação ambiental “*strictu sensu*”, prevista na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/2000), doravante denominada simplesmente “compensação ambiental”.

### **3. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL DE OBRAS DE IMPACTOS SIGNIFICATIVOS**

A compensação ambiental constitui mecanismo financeiro de compensação pelos impactos inevitáveis decorrentes da construção, instalação, ampliação

<sup>11</sup> Conforme art. 4º caput e § 4º do Código Florestal, com a alteração da Medida provisória 2.166/2001.

e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente causadores de impacto ambiental significativo.

Compreende-se como inevitáveis, os impactos que não podem ser mitigados, como no exemplo da Usina Hidrelétrica de Barra Grande, a perda de biodiversidade e a destruição de área representativa de um ecossistema ameaçado de desaparecimento.

A prevalência dos impactos positivos sobre os negativos é que deve, em princípio, nortear a ação da autoridade administrativa no processo de licenciamento, devendo essa optar pela definição de medidas que reduzam ao máximo os impactos negativos, exigindo do empreendedor a compensação para aqueles que não puderam ser evitados.

Instituída inicialmente pela Resolução Conama nº 010/87 e posteriormente alterada pela Resolução CONAMA nº 002/96 a compensação ambiental, posteriormente, passou a integrar o texto da Lei de Política Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000) que vinculou os recursos dela provenientes à manutenção ou criação de unidades de conservação, estabelecendo:

*Art. 36 Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.*

*§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.*

*§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.*

*§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.*

Assim, por meio da compensação, o empreendedor responsável por uma obra, regularmente licenciada, causadora de impacto ambiental significativo, promove o ressarcimento do dano ambiental autorizado, através de investimentos definidos pelo órgão de meio ambiente e direcionados, especialmente, à recuperação do ecossistema impactado.

Salienta, a propósito, Paulo Affonso Leme Machado:



*“O dever legal do empreendedor de efetuar o pagamento da contribuição monetária ambiental surge do fato de seu empreendimento ter a potencialidade de causar impacto significativo ao meio ambiente, independentemente de lhe ser atribuída qualquer culpa, pois se aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 14§ 1º, da Lei 6.938/81.*

*O pagamento a ser feito pelo empreendedor não é um salvo-conduto para poluir ou danificar o meio ambiente, não eliminando o direito de pessoa física ou jurídica ingressar com ação judicial visando a impedir atividades perigosas e/ou danosas à sua propriedade individual ou coletiva”.*<sup>12</sup>

Regulamentada pelo Decreto nº 4.340, de 22/08/02, sob o *nomen juris* “compensação por significativo impacto ambiental”, a compensação passa a constituir uma obrigação do empreendedor responsável pelo licenciamento de obras ou atividades causadoras de impactos ambientais significativos, e será fixada considerando-se o grau do impacto determinado a partir dos estudos ambientais realizados no curso do licenciamento. Nesse sentido, o citado decreto regulamentar determina que os órgãos licenciadores instituirão câmaras de compensação ambiental com a finalidade de “analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos” (art. 32 do Decreto nº 4.340/2002), sendo tais percentuais fixados a partir de meio por cento dos custos totais para a implantação do empreendimento.

As especificidades de cada caso exigem uma flexibilidade na fixação do valor que efetivamente compense o dano inevitável, contudo a falta da definição de um teto máximo cria para o empreendedor uma insegurança jurídica que merece ser ponderada; por isso mesmo, José Rubens Morato Leite considera que “não se deverá deixar ao critério do poder do órgão licenciador uma margem discricionária muito grande na determinação dessa quantia”.<sup>13</sup>

Embora a aplicação dos recursos destinados da compensação devam ser feitas pelas mencionadas câmaras de compensação ambiental, é oportuno esclarecer que restam pendente de definição uma metodologia de valoração do grau dos impactos para fins da cobrança da compensação, assim como os critérios que nortearão a aplicação dos recursos dela oriundos, sendo insuficiente a ordem de prioridade estabelecida pelo mencionado decreto, conforme consignado em seu art. 33, *verbis*:

*“Art. 33 A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000, nas unidade de conservação existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:*

*I - regularização fundiária e demarcação das terras;*

*II – elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;*

*III – aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;*

<sup>12</sup> MACHADO, Paulo Affonso L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 768.

<sup>13</sup> Op. cit. p. 114.

*IV – aquisição de bens e serviços necessários à criação de nova unidade de conservação;*

*V – desenvolvimento de pesquisa necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.*

*Parágrafo único. Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Proteção Ambiental, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público, os recursos da compensação somente poderão ser aplicadas para custear as seguintes atividades:*

*I – elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade;*

*II – realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes;*

*III – implantação de programas de educação ambiental; e*

*IV – financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada”.*

Vê-se do enunciado da regra federal consubstanciada no art. 36 da Lei nº 9.985/2000 e seu decreto regulamentar (art. 33), que o órgão licenciador não pode dispor livremente dos recursos auferidos a título de compensação por significativo impacto ambiental, uma vez que a aplicação desse recurso deve obedecer as prioridades legalmente definidas, destinando-se ao apoio à implantação e manutenção de unidade de conservação de proteção integral<sup>14</sup> ou, excepcionalmente, unidade de domínio particular, quando estas forem diretamente afetadas pelo empreendimento<sup>15</sup>, tendo ainda como parâmetro as recomendações consignadas nos EIA/RIMAs correspondentes.

Oportuna a observação de Paulo Affonso L. Machado:

*“O órgão ambiental deverá levar em conta as propostas do EIA/RIMA e, também, a área de influência do projeto. Não pode perder de vista que o dever de ‘apoiar a implantação e manutenção da unidade de conservação’ nasce para o empreendedor na potencialidade de dano significativo de seu empreendimento. Portanto, os recursos que o empreendedor pagar têm uma relação inegável com a área em que os prejuízos ambientais possam ocorrer. É lógico concluir, que o órgão licenciador não pode indicar unidades de conservação que não estejam ou na área de influência do projeto, na sua bacia hidrográfica ou na sua microrregião geográfica”.*<sup>16</sup>

Embora a Resolução do Conama estabelecesse que o investimento dos recursos se desse “preferencialmente junto à área”, essa possibilidade não foi contemplada na Lei Federal em comento, contudo uma interpretação sistemática dos

<sup>14</sup> De acordo com o art. 8º da Lei nº 9.985/2000, o grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidades de conservação: I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; V - Refúgio de Vida Silvestre.

<sup>15</sup> O Decreto restringe as despesas no caso de unidades de conservação que embora constituídas sob o regime de propriedade privada, devam ser beneficiárias de compensações. Nesses casos, os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades: 1) elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade; 2) realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes; 3) implantação de programas de educação ambiental; e 4) financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada.

<sup>16</sup> MACHADO, Paulo Affonso L. *Áreas protegidas: a Lei 9.985/2000*. In: BENJAMIN, Antonio H. (Org.) *Direito Ambiental das áreas protegidas. O regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002, p. 253.

princípios estabelecido não conduz a outro entendimento. Na medida em que a compensação decorre de um impacto, aferido em EIA/RIMA, que atinge áreas delimitadas e ecossistemas específicos, devem ser aplicadas nessas áreas os recursos destinados a título de compensação. Vale ressaltar que existem, porém, projetos que são suscetíveis de causar impactos interestaduais, como um gasoduto; nesse caso ampliam-se as possibilidades de aplicação dos recursos recebidos a título de compensação.

Enquanto meio de concretização da Justiça Ambiental, a compensação está longe de se consolidar como instrumento complementar ao processo de licenciamento ambiental, enfrentando limitações, críticas e resistências de várias naturezas.

O principal fator limitante reside na deficiência da regulamentação, devendo ser ressaltado que a matéria tem sido objeto de discussão no âmbito do CONAMA. De outra parte o IBAMA através da Instrução Normativa nº47, de 31 de agosto de 2004, normatizou a matéria estabelecendo um procedimento para a compensação ambiental nos casos de sua competência, a seguir sumariado:

a) A Diretoria de Licenciamento elabora parecer técnico relativo ao cálculo da compensação e às unidades de conservação a serem beneficiadas, segundo sugestões da Câmara de Compensação Ambiental-CCA;

b) o empreendedor poderá requerer, no prazo de dez dias, a revisão do percentual, cabendo ainda recurso ao Presidente do IBAMA e, em última instância, ao Ministro do Meio Ambiente;

c) definidos os valores a Diretoria de Unidades de Conservação propõe indicativos de aplicação que são definidos pela CCA;

d) o Plano de Trabalho definindo ações e cronograma de aplicação é consolidado em termo de Compromisso cujo extrato deverá ser publicado.

De outra parte, as resistências decorrem sobretudo da feição arrecadatária do instituto, da autonomia das Câmaras de Compensação e da falta de parâmetros objetivos para uma compensação que pode ter o céu como limite, criando para o empreendedor uma condicionante suplementar ou “pedágio ecológico”, caracterizado pela “desproporcionalidade”<sup>17</sup>.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A natureza dos impactos ambientais gerados por empreendimentos e atividades significativamente agressivas ao meio ambiente e ao equilíbrio ecológico, demonstra a insuficiência dos mecanismos existentes para eliminá-los ou mitigá-los sensivelmente. Por isso mesmo não podemos prescindir das compensações ambientais, que permitem internalizar um custo, que de outra forma seria suportado pela sociedade, em afronta ao princípio de justiça ambiental.

Cabe ao empreendedor arcar integralmente com os custos socioambientais decorrentes da implantação de sua atividade ou empreendimento, eliminando ou

<sup>17</sup> Nesse sentido a crítica veiculada através do informativo digital do escritório Pinheiro Pedro Advogados <[www.dazibao.com.br](http://www.dazibao.com.br)>, acessada em 03 de maio de 2005.

mitigando os efeitos prejudiciais deles decorrente e compensando os impactos que não puderam ser adequadamente mitigados.

Por outro lado, se a compensação deve ser considerada como necessária, ela nem sempre será possível, já que existem bens que por sua relevância devem se sobrepor ao interesse pela exploração econômica dos recursos naturais; donde se conclui que a compensação não pode ser confundida com um aval ao poluidor que estaria autorizado a danificar o meio ambiente desde que pagasse por isso. Daí a necessidade de observância à diretriz fixada pela Resolução Conama nº 001/86, segundo a qual o estudo de impacto ambiental deve “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto” (Art. 5º, I).

Por outro lado, se efetivamente considerarmos como indisponível o Direito Público na proteção do meio ambiente, o que impede o Poder Público de transigir nessa seara, a compensação deve ser definida com transparência e abranger a integralidade dos impactos não mitigados.

As confusões decorrentes da exigência de compensação ambiental envolvem aspectos da ética e da justiça ambiental, e sobretudo são alimentadas por uma regulamentação deficiente, onde não se encontram adequadamente explicitados os critérios e limites para sua efetivação, tanto no aspecto do que pode ser compensado e sua valoração, quanto na aplicação dos recursos com ela auferidos.

Como assinala José Rubens Morato Leite:

Não há dúvida de que as respostas aventadas são ainda uma solução precária ao problema da crise ambiental, pois não fogem muito da racionalidade capitalista, quando deveriam procurar maior comprometimento ético com o bem ambiental e as gerações futuras. É possível, ainda, pensar-se em programas de educação ambiental que, se bem estruturados, poderão funcionar como mecanismo alternativo de compensação ecológica”.<sup>18</sup>

À conta desses equívocos e a despeito de sua previsão legal, que em sua versão inicial remonta a 1987, a compensação ambiental resta insuficientemente implementada em nosso país e poucos Estados e municípios se beneficiam com recursos que deveriam ser disponibilizados pelo empreendedor para remunerar danos significativos que não puderam ser evitados.

Finalmente vale ressaltar que a compensação ambiental não pode ser utilizada como panacéia em substituição à reparação de danos ambientais quando essa é possível. A opção pela reconstituição de bens lesados deve sempre preceder a via da compensação, reservada para os casos em que o impacto efetivamente não possa ser mitigado.

## BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, Antonio H. (Org.) *Direito Ambiental das áreas protegidas. O regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002

<sup>18</sup> Op. cit. p. 117.

- CAUBET, Christian G. *O comércio acima de tudo (e o meio ambiente fora da lei)*. Lua Nova n. 52. Revista de Cultura e Política. São Paulo, CEDEC, 2001
- CRUZ, Ana Paula F. N. da. *A compensação ambiental diante de danos irreparáveis*. In: Revista de Direito Ambiental n° 21. São paulo: RT, 2001.
- LEITE, José Rubens M. e DANTAS, Marcelo B. (org.). *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003
- MACHADO, Paulo Affonso L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2001.
- MIRRA, Álvaro Luiz V. *Princípios fundamentais do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental n° 2, São Paulo: RT, 1996.
- OLIVEIRA JR. José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CRUZ, Ana Paula F. N. da. *A compensação ambiental diante de danos irreparáveis*. Revista de Direito Ambiental n° 21. São Paulo: RT, 2001.

# A CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO DO RISCO ECOLÓGICO

CLARISSA FERREIRA MACEDO D'ISEP

Advogada, mestre em Direito pela PUC/SP, doutoranda em Direito Ambiental pela Universidade de Limoges (CRIDEAU/CNRS-INRA) – França e pela PUC/SP

## 1. GESTÃO DO RISCO AMBIENTAL: PONDERAÇÕES MATERIAIS

O avançado estágio da crise ambiental, oriunda do modelo de intensa exploração econômica dos recursos naturais e destacado crescimento demográfico, trouxe questões de difíceis resoluções, vez que o seu confronto eficaz requer que a adequação ao meio em que se vive seja *real, concreta e mensurável*. Destarte, tem-se que a realidade social, política, econômica e ambiental hodierna deve ser delineada, logo, projetada em novas dimensões de tempo, espaço e valores.

Nesse diapasão, temos que o ordenamento jurídico se manifesta de forma a propalar o comando de implementação de gestão ambiental em diferentes searas e, para tanto, oferece instrumentos diversos de concreção, a exemplos dos sugeridos pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/81.<sup>1</sup> Sempre tendo por base de adequação o fato gerador de maior destaque dessa imposição: *o risco ambiental*.

A norma jurídica tem na plausibilidade das evidências científicas do *risco ambiental* de desequilíbrio, disfunções e catástrofes ecológicas iminentes, o *lastro biogeofísico e socioeconômico* para assegurar, na sua sistemática, a imposição de comandos de *obrigação ambiental positiva*, que se adaptam aos diferentes sujeitos e objetos de direito de forma autônoma e integrada.

Constata-se que surge nova realidade ambiental: a da *sociedade do risco* que busca dar lugar à *sociedade da sustentabilidade*, do que advém, no aspecto subjetivo, a *cidadania ambiental*, a *empresa-cidadã*, a *governança ambiental* (em oposição ao Estado-poluidor) e assim por diante. E, no aspecto objetivo, evidencia-se a aplicação dos instrumentos de gestão ambientais (como a planificação

---

<sup>1</sup> O art. 9.º da Lei 6.938/81 oferece instrumentos à gestão ambiental pública, que, no entanto, são, em sua maioria, adaptáveis à gestão privada. A recíproca também ocorre, isto é, a gestão ambiental privada também empresta instrumentos ambientais por ela desenvolvidos, a exemplo da auditoria ambiental. Caminhamos, por certo, para a conciliação e comunicação entre os mesmos com vistas a promover, numa concepção macro, a integração dos sistemas de gestões, dando-lhes unidade, coerência e coesão.

hídrica; estudo de impacto de vizinhança, o tombamento etc.), com vistas à promoção do equilíbrio ambiental e, por conseguinte, a vida de qualidade digna da pessoa humana.

Conseqüentemente, tem-se que a gestão ambiental pode se dar nas mais variadas esferas e formas, isto é, desde a pessoa física, que resolve aderir a produtos de tecnologia limpa, ou a empresas, que inserem cláusulas ambientais, em seus contratos, implementam sistemas de gestão ambiental, aos governos que desenvolvem políticas públicas ambientais.

A certificação desponta como instrumento próspero na gestão do risco ambiental. Sua análise, escolha e adequação estão diretamente ligadas à consciência e conceituação atribuída à noção de risco ambiental.

### 1.1 Risco, incertezas, dano e cuidado ambiental

Diagnósticos como o do efeito estufa, das chuvas ácidas, das alterações climáticas, somados a fenômenos como o recente *tsunami*, e ainda aos acidentes tecnológicos (Tchernobyl; Bhopal,...), só vêm a corroborar com os estudos científicos que apontam evidências da possibilidade de catástrofes ambientais. Além de declararem o desconhecimento de meios para identificar a extensão de seus efeitos, de instrumentos de reversão ou, mesmo, de impedi-las.

A noção de risco é complexa e de conotações distintas. De acordo com o Prof. Amaral e Silva,<sup>2</sup> a origem do termo *risco* se diferencia no decorrer das civilizações, significando *destino* na língua persa (*rozik*), *perigo* em latim (*resecum*) e aponta, no vocábulo grego, na origem da palavra (*rhiza*), o significado de *penhasco*. No italiano antigo, o Professor evoca a observação de Bernstein, em que risco tem como significado *ousar* (*risicare*), reconhecendo neste mais a conotação de *opção* do que de *destino*.<sup>3</sup>

Perseguindo a delimitação do conceito de *risco*, o referido Professor, confronta a noção de *perigo*, com *incerteza* e *ameaça*. E, nas diferentes classificações acadêmicas<sup>4</sup> do risco, reconhece fatores comuns: *realidade* e *possibilidade*.

A constatação do *risco ambiental* pôs fim ao que se denominou de *era das certezas*, na qual o império era atribuído ao conhecimento científico, provido de exatidão absoluta. Um exemplo dessa fase foi a conotação de fortaleza e indestrutibilidade reconhecida ao navio Titanic.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> AMARAL E SILVA, Carlos Celso do. Gerenciamento de riscos ambientais. p. 791. In *Curso de gestão ambiental*. Editores Arlindo Philippi Jr., Marcelo de Andrade Roméro e Gilda Collet Bruna. Barueri-SP: Manole, 2004.

<sup>3</sup> BERNSTEIN PL. *Desafio aos deuses*: a fascinante história do risco. São Paulo: Campus, 1997. Apud AMARAL E SILVA, Carlos Celso do. Gerenciamento de riscos ambientais, cit., p. 791-792.

<sup>4</sup> Acerca dos diferentes critérios de classificações do risco veja: AMARAL E SILVA, Carlos Celso do. Gerenciamento de riscos ambientais, cit., p. 791; e AYALA, Patryck de Araújo & MORATO LEITE, José Rubens. Transdisciplinariedade e a proteção jurídica do ambiente nas sociedades de risco. In *Direito ambiental em debate*. Coordenação: Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Esplanda, 2004. vol. 1. p. 149-164.

<sup>5</sup> Acerca do tema veja: LAVIELLE, Jean-Marc. Incertitude scientifique, incertitude juridique et changements climatiques, p. 29-37, passim. In *Les Cahiers du Crideau*, n. 3, p. 9-15. Limoges: Publim, 2000, passim.

Mas adiante, vimos às certezas dos fatos aferidas pelos denominados *experts* (os especialistas, peritos) revelarem a sua fragilidade, ou seja, não mais eram capazes de propiciar segurança à sociedade acerca dos avançados mecanismos científicos e tecnológicos criados. Diante disso, temos a *era das dúvidas*, em que se prima pela adoção da *prevenção* e, para tanto, despontam as forças dos princípios jurídicos ambientais, em especial o *do desenvolvimento sustentável e da prevenção*.

Os erros de diagnósticos dos *experts*, concretamente evidenciados e a perda de controle dos efeitos do avanço tecnológico, de meios e forma de produção em massa tiveram conseqüências como o surgimento de epidemias, corroborando para fenômenos de contaminação como o caso da “vaca louca” (Inglaterra), somado às previsões de aquecimento global e alterações climáticas. Afigura-se a *era das incertezas*. Época em que o direito ambiental responde com a aplicação, com maior ênfase, do *princípio da precaução*.

O risco ambiental, evidenciado na incerteza ambiental (acerca da estabilidade planetária e da saúde humana), é, portanto, o fato gerador da mudança de referencial, até então, atribuído às ciências sociais e exatas.

De forma, extremamente, breve e resumida, afirmar-se-ia que, certo, seguro, é o que pactuamos, pelo simples fato de que assim decidimos. E sobre o que decidimos temos o controle, isto é, na pior das hipóteses, temos o conhecimento dos efeitos, vez que, são jurídicos, logo, socialmente construídos e aceitos. Entretanto, sobre a ciência não temos a capacidade de intervenção e de domínio (ao menos nas mesmas proporções, é claro), não sendo, portanto, provida de certezas. É ela a fonte de incertezas. Donde o subjetivismo, que assola as ciências humanas, cede lugar à exatidão e certezas e vice-versa, ou seja, as incertezas são provenientes da ciência, dita, exata.<sup>6</sup>

O que se pretende é demonstrar os vários prismas em que se pode trabalhar o risco ambiental e assegurar mecanismos para, ao menos, socialmente, lidarmos com ele. Razão pela qual, coube ao direito ambiental o propósito de tentar amenizar essas incertezas científicas. E, a forma com que o faz, indica os moldes de política ambiental, logo, da sua gestão do risco.

A gestão e a certificação ambiental têm o dom de concretizar as duas conotações atribuídas à noção de risco ambiental – perigo (destino) e ousadia (opção) – que, embora possam parecer antagônicas, são, ao revés, complementares e seqüenciais, consoante se mostrará adiante.

Fato é que o preenchimento do conceito e extensão da noção de risco está atrelado ao tempo, espaço e valores. Ressalta-se, ainda, o caráter *político* de que é provido o risco ao servir de suporte para tomada de decisões em todos os setores. E, *social*, vez que tem na sua aceitação pela sociedade a validação de sua gestão.

Salienta o economista ambiental Gouget,<sup>7</sup> que o risco se define tomando por base uma lei de probabilidades, enquanto que a incerteza repousa sobre uma

<sup>6</sup> PRIEUR, Michel. Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement. In *Les Cahiers du Crideau*, n. 3, p. 9-15. Limoges: Publim, 2000, passim.

<sup>7</sup> GOUGET, Jean-Jacques. Le principe de précaution face à l'économie. In *Incetitude juridique, incertitude scientifique*. In *Les Cahiers du Crideau*, n. 3, p. 17-28, Limoges-FR: Publim, 2000.



base objetiva. Por conseguinte, do risco podemos nos prevenir (seguro, medidas preventivas etc.). Das incertezas, não.

Constatamos que o risco é, perfeitamente, passível de gestão jurídica ambiental, que se faz positiva e pró-ativa. Enquanto que as incertezas são, igualmente, reguladas pelo direito, mas da forma mais primária de abordagem jurídica, qual seja, excluindo do mundo social a prática, logo, de forma negativa e defensiva. Buscando reverter esse quadro, vimos surgir vários instrumentos e mecanismos que buscam gerir os riscos, de forma a mensurar o desempenho ambiental e, por via reflexa, de trazer os fatos da esfera de incertezas para o do risco passível de gestão.

No dizer de Prieur, o direito tenta eliminar as incertezas naturais regulamentando os riscos naturais e riscos maiores (força maior), em que pese toda a dificuldade em face da prestação jurisdicional, quando das perícias técnicas, responsabilidade e reparação do dano ambiental e, sobretudo, da demonstração do nexo causal em caso de poluição difusa. Destarte, o direito ambiental tem dificuldades, diante de sua aparência de segurança jurídica e certeza, de camuflar a incerteza científica predominante nas ciências da natureza e da vida em prol do progresso do conhecimento.<sup>8</sup>

A identificação do *risco ambiental* fez nascer à consciência ecológica que busca na noção de *cuidado ambiental*, a implementação da política ambiental preventiva, com vistas a evitar o *dano ambiental*.

A visualização do risco ambiental propugna pela *solidariedade* entre os povos, que se concretiza por meio do instituto da *cooperação* para a promoção do *cuidado ético ambiental*, e, em última instância, de promoção da paz social.

Ressalta-se que o *dano ambiental* é de difícil delimitação, tendo em vista ser provido de conceito complexo. Essa complexidade se deve ao fato do objeto – meio ambiente – abarcar aspectos físicos, químicos, biológicos, sociais e econômicos, provenientes da noção de poluição (art. 3.º, III, da Lei 6.938/81). A extensão do conceito de dano ambiental está diretamente ligada à identificação do risco ambiental.

A dinâmica do planeta, isto é, da sociedade e sua cultura, das características ambientais (biofísicoquímicas) e das condições econômicas, se reflete na noção atribuída ao conceito de dano. Essa complexidade integrada que justifica iniciativas, como as pretendidas por países como a França, de desenvolver a metodologia de Estudo de Impacto de Lei.<sup>9</sup>

Exercitando a noção de dano ambiental e de risco, podemos exemplificar, em situações de perigo iminente (a constatação de desperdício de água em região de seca e agravado por falta de chuvas etc.), a falta do cuidado-preventivo, que já pode caracterizar senão o dano, a poluição, ou a degradação ambiental... Deve-se ter em mente, em abordagem a contrário senso, que é o *conceito de dano e de poluição que determinarão a extensão do risco*.

<sup>8</sup> PRIEUR, Michel. Ob. cit., p. 15, passim.

<sup>9</sup> Ocasão que participamos de reunião entre o Ministério do Meio Ambiente francês e o Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement de l'Aménagement et de l'Urbanisme -Crideau de consultoria sobre o desenvolvimento de referida metodologia.

A gestão do risco requer a adoção do cuidado-ético-ambiental. O *cuidado ambiental* se faz ético, isto é, trata-se de um cuidado *qualificado*, que tem na ética a certeza das diretrizes de sua aplicação, pois ao vincularmos a *ética* ao cuidado, pretende-se-lhe ressaltar o aspecto subjetivo, que não é outro senão: o coletivo lato senso, isto é, aí incluídas às gerações futuras e demais espécies. A contra senso, poder-se-ia estar diante do cuidado-individualista ou do cuidado-egoísta, como, por exemplo, aquele em que se prevê o uso sustentável dos recursos naturais só para geração presente, não contemplando as gerações futuras. Daí a sua melhor expressão ser *cuidado-ético-ambiental*.

Evidenciado o risco ambiental, identificado o direito fundamental universal ao meio ambiente sadio, consolidados os princípios ambientais que irão reger a sistemática homem-ambiente (tais quais, o princípio do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da prevenção, da precaução, da informação...), mister se faz a identificação de seus instrumentos de efetivação, sendo a gestão ambiental, amparada na informação ambiental, que teve a certificação como instrumento dessa comunicação, um instrumento *lato sensu*, isto é, atualmente, a gestão ambiental é muito mais uma conduta, do que um instrumento propriamente dito, para então munir essa conduta de procedimentos, ou seja, de mecanismos capazes de avançar na obtenção de resultados satisfatórios de desempenho ambiental.

## 1.2 Sociedade de risco e as respostas jurídicas

A nova realidade de risco – identificada, por Becker, como a *sociedade de risco*<sup>10</sup> – é juridicamente gerida pelos princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção, do poluidor-pagador e, notadamente, pelo *princípio da precaução e informação*, somada a uma série de institutos jurídicos que aglutinaram os efeitos desses princípios, tais quais a propriedade e sua função socioambiental econômica, a regulamentação da responsabilidade ambiental, que decorre, ora direta, ora indiretamente de diversos dispositivos de lei, refletindo os atores co-obrigados dessa gestão, qual seja todos: a coletividade e o Estado, de forma a coibir as incertezas, senão as científicas, ao menos as sociais.

O direito ambiental, além de regular, tende a atuar de forma a mecanizar os seus comandos para ao acompanhamento e certeza da eficácia da obrigatoriedade dos mesmos. Razão pela qual, temos, por exemplo, os princípios ambientais, lastreando o instituto da função socioambiental da propriedade, que, por sua vez, remete à gestão ambiental da propriedade (que, no caso da atividade econômica, é a empresa), que, a seu turno, é repleta de mecanismos de efetivação, tais quais: a planificação, a auditoria ambiental, a certificação etc. Destarte, o que se percebe é a tendência jurídica de positivar os mecanismos de gestão ambiental em prol da efetividade da sustentabilidade jurídica.

Não se pode olvidar, que a atuação mais expressiva do direito ambiental deve ocorrer na seara da prevenção do dano ambiental, o que lhe legitima a pe-

<sup>10</sup> Acerca do tema veja: AYALA, Patryck de Araújo & MORATO LEITE, José Rubens. Transdisciplinariedade e a proteção jurídica do ambiente nas sociedades de risco, cit., p. 149-164.

netrar, oferecendo comandos e meios de efetivá-los, tanto nas políticas públicas, como na administração privada, de forma a assegurar a eficiência ambiental.

### 1.2.1 Princípios e fundamentos jurídicos da gestão do risco ambiental

Os princípios jurídicos e fundamentos normativos de indicação da adoção da gestão do risco ambiental são numerosos, sendo alguns expressos e outros implícitos. Podemos evocar, conforme ilustrativamente disposto, alguns deles: a *função socioambiental econômica da propriedade, a responsabilidade ambiental, o tributo ambiental etc.*

A função socioambiental da propriedade, seja a prevista no art. 5.º, XXIII, como no art. 170 da Carta Magna de 1988,<sup>11</sup> já é uma manifestação da inserção da premissa ambiental como forma de concreção da dignidade humana, sendo, pois, a gestão ambiental a sua instrumentalização efetiva.

Pode-se dizer que vivemos a *era da instrumentalidade*, posto que amadurecidos os princípios ambientais (propostos na reunião de Estocolmo/72 e ratificados na Rio/92), pretende-se a sua aplicação setorial e adequação instrumental, assim como o desenvolvimento de mecanismos de sua verificação.

Por derradeiro, as temáticas aqui apontadas são demonstrações das disposições jurídicas trazidas pelo direito ambiental para embasarem e motivarem a adoção de mecanismos que possam fazer face à sociedade de risco e assegurar o equilíbrio e a saúde ambiental.

Destacaremos algumas peculiaridades do *princípio da informação ambiental*, por julgarmos, ser ele (numa abordagem macro, de política ambiental) a expressão maior da certificação ambiental, enquanto um instrumento de gestão do risco socioambiental.

#### 1.2.1.1 Princípio da informação

A informação é a condição maior para alcançar êxito na gestão do risco ecológico. O art. 225 da CF/1988 tem o condão de atribuir constitucionalidade ao direito à informação ambiental, somado ao art. 5.º, XIV da CF/88, que lhe atribui caráter de direito fundamental. Portanto, é um direito que encontra amparo na legislação de forma explícita e implícita, quando do comando de promoção da proteção ambiental. Da mesma forma é a orientação das tratativas ambientais do Mercosul, vez que o Acordo Quadro de Meio Ambiente, além das disposições próprias, ratifica à declaração da Rio/92, enquanto como norma reguladora da temática ambiental no Bloco. Da União Européia os fundamentos normativos encontram lastros no art. 182, § 2.º, do TCE; na Diretiva 90/313/CE; na Diretiva 2003/4, de 28.01.2004 (que promoveu a transposição da Convenção Aarhus); a Diretiva 2003/35, de 26.05.2003 etc., cabendo destaque maior à transposição da

<sup>11</sup> Acerca do tema veja: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 117 e ss.

Convenção Aarhus que dispõe sobre a informação e participação do público em processo decisório e acesso à Justiça em matéria de meio ambiente. Foi a fonte inspiradora da legislação brasileira (Lei 10.650/2003).

E, por certo, para as situações que escapem a regulamentação de direito regional, encontrarão nas normas ambientais de caráter internacional a sua regulamentação (previsão), tais quais: o capítulo 40 da Agenda 21; os princípios 16 e 23 da Carta Mundial da Natureza; as convenções de Aarhus, de Bamako (1991); de New Delhi (2002); Expoo; Helsink etc. além, é claro, das declarações de Estocolmo/72 (princípio 1) e Rio/92 (princípio 10).

O direito à informação é provido de corolários, que implicam em: “direito de informar; de se informar e de ser informado”. A informação, de acordo com as várias disposições do Código de Defesa do Consumidor, deve ser correta, ostensiva, adequada (clara e precisa), descrevendo qualidade, quantidade, composição, preço, prazo de validade, garantia, origem etc.

O *princípio da informação ambiental* quando interage com os demais princípios ambientais, notadamente com o princípio da educação ambiental e, quando essa informação transita no universo das relações de consumo, desponta-se como um caráter qualificado. A *informação qualificada*, isto é, provida de requisitos e propriedades próprias, deve ser: *educativa* (de forma a promover a consciência ambiental); *eficaz* (transparente e didática); *eficiente* (dinâmica, periódica e transfronteiriça); *plural* (dirigida a todos os segmentos da sociedade); *instrumental* (dela provém os elementos para a participação, a escolha e o cuidado).

A informação deve oferecer as bases que instruirão o processo decisório da gestão do risco, sendo determinante na concretização dos valores ambientais. Além de fornecer os elementos que irão atribuir valor, mensurável economicamente, ao risco.

O modelo pretendido de gestão do risco é aquele que contemple a instrumentalização da base normativa elaborada, donde, ao propiciar a informação ambiental, além de cumprir a obrigação positiva de cuidado ambiental, estar-se-á viabilizando a gestão participativa. A informação ambiental deve refletir o caráter da política ambiental, pois segue o seu movimento, o que implica, na expressão da política interna, na comunicação da informação de forma vertical e horizontal entre os diversos atores sociais (governo, empresa e coletividade). Sem a tridimensionalidade da comunicação não é possível a promoção da gestão ambiental integrada, compartilhada ou solidária.

Raciocínio análogo é empregado na expressão da política externa, a exemplo da Convenção sobre Pronto Notificação de Acidente Nuclear (1986), sendo prevista a penalidade pela omissão. O Protocolo de Cartagena abarca uma nova concepção de soberania popular, ao promover a informação em maiores dimensões, amplia o espaço democrático. No direito interno, ilustra a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de informação rápida, a sua previsão de execução, conforme o art. 1.º do Decreto 5.098, 03.06.2004, que dispõe acerca da criação do Plano Nacional de Prevenção, Preparação e Respostas Rápidas a Emergências Ambientais com produtos químicos perigosos – P2R2, que contempla, expressamente, em seu art. 2.º, II, a informação como sendo o seu princípio orientador.

Como todo direito de uma forma geral, o direito da informação, também, encontra entraves que o restringem à aplicação, como, por exemplo: quando compromete, dentre outros fatores, dados de segurança nacional, de estratégias econômicas e segredo industrial. O art. 2.º, § 2.º, da Lei 10.650/2003 assegura, mediante fundamentação, “o sigilo comercial, industrial, financeiro ou qualquer outro sigilo protegido por lei, bem como o relativo às comunicações internas dos órgãos e entidades governamentais”.

A Lei 10.650, de 16.04.2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, prevê que o indeferimento do pedido de informação deverá ser motivado, estando sujeito a recurso hierárquico, no prazo de 15 dias (art. 5.º).

Destarte, convém ressaltar que o princípio do desenvolvimento sustentável e prevenção se promove mediante informação, que é um ônus atribuído a todos, razão pela qual a Lei 10.650/2003, em seu art. 2.º, § 1.º, assegura a qualquer indivíduo, independente da comprovação de interesse específico, acesso às informações ambientais. Por certo, esse interesse já foi reconhecido no art. 225 da CF/88 e se concretiza no caráter unitário do meio ambiente.

São meios de promoção da informação: a) gerais: certificação, rotulagem, selos, audiência pública, auditoria ambiental, EIA; b) setoriais: planos diretores, reuniões e relatórios dos comitês de bacias hidrográficas etc.

O modelo de sucesso da gestão do risco será aquele que contemple a instrumentalização da base normativa adotada, vez que o instrumento deve ser capaz de efetivar os valores socioambientais, que são amparados e traduzidos pelos princípios ambientais, sendo que o trinômio *educação-informação-comunicação* é concretizado, não só, mas também, por meio das certificações, o que lhes atribui capacidade de colaborar no sistema de gestão adotado com vistas a minimizar o risco ecológico.

## 2. CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO DE GESTÃO DO RISCO<sup>12</sup>

A certificação ambiental é instrumento que atesta a busca da efetivação da *certeza pactuada*, que é aquela *socialmente construída*, isto é, de que houve a adesão a um sistema de gestão ambiental nos moldes da legislação ambiental em vigor, passível de aferição de resultados e de fiscalização. E, que, portanto, a organização está participando da *gestão ambiental coletiva*, ao exercer a sua *gestão ambiental individual*, mais precisamente, *gestão ambiental corporativa*, certificando-se.

A certificação se revela em instrumento capaz de atribuir “forma” a uma série de informações, de caráter subjetivo-coorporativo e de difícil percepção sem um conhecimento mais apurado da matéria regulada. A exemplo da analogia feita por DINIZ,<sup>13</sup> quando da abordagem das fontes materiais e formais de direito,

<sup>12</sup> Esse assunto é envolvido por outras complexas temáticas, como a legitimidade da atividade econômica, a livre concorrência, a responsabilidade ambiental etc., que dada a sua extensão não serão tratadas nessa sede. Nossa posição sobre as variáveis do tema pode ser encontrada na obra: *Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão e certificação ISO 14001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>13</sup> A autora tem por base o pensamento de Adolf Merkl. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.281.

identificando a primeira (materiais) como aquelas dispersas como um “pó” espalhado na sociedade, que ainda que se perceba, não se tem a apreensão exata. Sendo as formais aquelas passíveis de identificação, reconhecimento e referência, ou seja, seria o “pó” não mais disperso, mas, dentro de uma “cápsula”, apto a ser identificado.

A certificação tem conotações diversas, pois gere riscos ao figurar como instrumento de otimização do próprio desempenho ambiental e ao colocar em prática diferentes diretrizes e instrumentos ambientais previstos na legislação.

Destacar a habilidade da certificação de gerir riscos é observar a sua capacidade de concretizar princípios, como os da informação, prevenção e do desenvolvimento sustentável. Entretanto, ao mesmo tempo que obedece a comandos legais, traz diferentes efeitos jurídicos decorrentes da natureza jurídica de que é impregnada, dos quais trataremos ao final.

A certificação ambiental é um instrumento *plural*, uma vez que em seu procedimento engloba muitos outros instrumentos, tais como o plano, a educação, a auditoria ambiental, a comunicação, monitoramento etc. É *complexo*, pois o plano de gestão deverá abranger todas as etapas do processo produtivo, atividades e estrutura da organização.

É mister que se conheça a exata proposta de cada instrumento (certificação, selos, rótulos etc.) que surge, vez que cada um deles é provido de dinâmica, métodos e objetivos próprios. O que se nota é que, muitas vezes, é passada imagem falsa, gerando ora uma superprojeção dos efeitos pretendidos, a exemplo da idéia errônea de que uma empresa certificada não polui, ora, ao revés, uma delimitação e menosprezo dos efeitos oriundos da sua adoção, como, por exemplo, a otimização e controle do desempenho ambiental da organização certificada.

Diferentes espécies de certificações compõem o cenário atual. Há aquelas que têm por finalidade a adesão formal a um sistema de gestão ambiental e aquelas que visam à adoção de projetos responsáveis pela implantação de sustentabilidade, mediante adoção de mecanismos limpos de desenvolvimento, para posterior comercialização (ex.: Certificados de redução de emissões...). Deve-se ter em mente que, quanto mais formatada e regulada, maior é a incidência jurídica. E, mais forte será a tendência de sua circulação socioeconômica, como ocorreu com a regulamentação da propriedade intelectual, que deu ensejo às patentes, e assim por diante. E, igualmente, o que se percebe pelo estímulo de certificação desencadeado pela ratificação do Protocolo de Quioto.

Passemos, pois, à análise de certificação e instrumentos afins.

## 2.1 A certificação ISO 14001<sup>14</sup>

A certificação ISO 14001 ingressou no Brasil, em 1996, por meio da NBR ISO 14001:1996, que foi revisada e substituída pela NBR ISO 14001:2004. Tem

---

A referência exata à norma, no Brasil, ou seja, após aprovação da ABNT, é NBR ISO 14001:2004. Sendo que a primeira versão da norma foi a NBR ISO 1400:1996, que tendo sido revisada tecnicamente, foi substituída pela NBR 14001:2004, que é a sua 2.<sup>a</sup> edição. Adotaremos a referência ISO 14001, vez que grande parte das colocações trazidas abrange a norma em seu caráter internacional, ou seja, independente do país em que foi adotada.

por fim fornecer as bases para a implementação de um *sistema de gestão ambiental* (SGA) por uma organização. Para tanto, fornece as diretrizes para a elaboração de objetivos que deverão estar declinados na planificação e evidenciados na avaliação dos resultados. Os objetivos deverão reestruturados e otimizados para que conduzam a organização à melhoria contínua do seu desempenho ambiental.

A base do modelo de sistema de gestão ambiental proposto é o ciclo do PDCA (*plan, do, check, act*). Planejar, executar, verificar e agir corretivamente, revelando-se um ciclo dinâmico de *melhoria contínua*. Após o estabelecimento da política ambiental (intenções e princípios em relação ao desempenho ambiental), é elaborado o plano, que consiste em estabelecer as metas, que deverão ser implementadas, posteriormente verificadas e analisadas, com o fito de melhorar os resultados.

Cumpre ressaltar a riqueza de que é provida a série 14000 das normas ISO. São normas atuais, que buscam harmonizar interesses internacionais; adequar-se à grande e à pequena organização, e para tanto traz o piso, ou seja, o mínimo a ser implementado por uma instituição que pretenda ter um sistema de gestão ambiental (SGA) e certifi-cá-lo (ISO 14001).

A série 14000 trabalha os complexos elementos que deverão compor o SGA (auditoria, análise de ciclo de vida do produto, rotulagem, avaliação de desempenho etc.). Sendo um exemplo recente da riqueza das temáticas abordadas (algumas ainda em fase de elaboração, discussão e aprovação), a ISO 14064<sup>15</sup> (gestão ambiental nas mudanças climáticas) que, dividida em três partes, pretende propor especificações para a quantificação e relato de emissões e remoções de Gases de Efeito Estufa.

Ressalta-se que, se uma organização aderiu a mais de um sistema de gestão, sobre diferentes temáticas, será conveniente integrá-los. Por isso surge o Sistema de Gestão Integrada (SGI) ou Sistemas Integrados de Gestão (SIG) que deve ser adotado pelas instituições que pretendem implementar a integração de seus diversos sistemas, como por exemplo, integrar as normas NBR ISO 14001:2004, a NBR ISO 9001:2000<sup>16</sup> e a especificação OHSAS 18001:1999,<sup>17</sup> propondo para tanto, inicialmente, a identificação dos requisitos comuns, vez que os sistemas devem ser compatíveis.<sup>18</sup>

Do que se extrai que a política ambiental pública e a privada andam em compasso similar, no tocante aos elementos e instrumentos de gestão adotados. O que demonstra o reflexo característico da noção de meio ambiente, que deve impregnar toda e qualquer política e instrumento ambiental, qual seja: o caráter *unitário*.

A unidade ambiental deve ser promovida pela gestão autônoma e integrada, vertical e horizontal. Assim como o direito, que tem na hierarquia de normas e in-

<sup>15</sup> Está em elaboração desde 2002, pelo WG 5 (grupo de trabalho) do TC 207 (comitê técnico responsável pelas normas ISO série 14000).

<sup>16</sup> A NBR ISO 9001:2000 substituiu a NBR ISO 9001:1994 e versa sobre o sistema de gestão da qualidade.

<sup>17</sup> OHSAS-18001 – Especificações para Sistema de Gestão da Segurança e Saúde no Trabalho.

<sup>18</sup> Veja THIESEN, Marcos Pupo & KAWANO, Maurício. Considerações sobre a integração de sistemas de gestão. *In Revista Meio Ambiente Industrial*, abril-maio, 2005, p. 22-26.

interpretação sistemática assegurada a dinâmica do seu caráter unitário. É o caráter unitário capaz de assegurar o equilíbrio, seja ambiental seja jurídico. O que faz com que o direito ambiental atribua efeitos jurídicos a instrumentos que, aparentemente, têm conotação diversa. São exemplos desses instrumentos: plano diretor, plano hídrico, rótulos etc.

## **2.2 MDLs (Mecanismos de Desenvolvimento Limpo) e Reduções Certificadas de Emissões (RCEs)**

A Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas, ao prever a imposição de formas de reduzir as emissões de gases causadores do efeito estufa, deu ensejo, por meio do Protocolo de Quioto (Japão, 1997) – que entrou em vigor no dia 16 de fevereiro de 2005, e estabeleceu metas obrigatórias de redução de gases de efeito estufa, entre 2008 e 2012, para países desenvolvidos, que constam do Anexo I, tendo por base os níveis de emissões de 1990 – à criação do chamado mercado de créditos de carbono.

Os projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL) devem seguir o ciclo de etapas que levam à aprovação, validação, registro, implementação e verificação, para finalmente obter o certificado denominado Reduções Certificadas de Emissões (RCEs).

No Brasil, as modalidades e procedimentos de MDL foram estabelecidos pela Resolução 01, de 11.09.2003, da Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima. A tônica dos projetos em andamento recai sobre os aterros sanitários e segmento florestal. O que se prevê é o início da comercialização de créditos antes mesmo da obtenção do certificado.

Nota-se que a regulamentação e instauração de procedimento credenciado por intermédio de certificações possibilitaram a sua formatação, dando ensejo à sua circulação no mercado. Donde se tem por estimulada a iniciativa privada para a implantação de MDLs.

O Poder Público adota a política de créditos de carbono e, por meio de incentivos financeiros, incentiva os municípios a apresentarem projetos de MDLs. A área de resíduos sólidos, em especial, os aterros sanitários, foi a escolhida pelo governo federal que fará a convocação via edital.<sup>19</sup>

## **2.3 Selos verdes: rotulagem ambiental**

Os selos ou rótulos têm por fim promover a comunicação dos parceiros comerciais entre si, do fornecedor com consumidor, ou ainda, do poder público com a sociedade, quando do exercício de fiscalização pública de determinado produto.

<sup>19</sup> Representantes do Ministério do Meio Ambiente e das Cidades se reuniram com representantes da Secretaria Municipal do Meio Ambiente da Região Sul e Sudeste, no dia 29.04.2005, na Prefeitura de Guarulhos-SP, para esclarecer dúvidas acerca do edital de convocação para as apresentações de projetos de redução de emissões de resíduos sólidos. Trinta municípios serão selecionados para receber recursos financeiros, visando o incentivo à gestão ambiental, por meio dos MDLs apresentados, que deverão ter fim a redução de gases de efeito estufa proveniente de lixões e aterros sanitários. O edital se encontra disponível no site <[www.cidades.gov.br](http://www.cidades.gov.br)>.



A regulamentação brasileira de rotulagem contou com a conceituação em distintos dispositivos de lei, *in verbis*:

*XII – Rótulo: Qualquer identificação impressa ou litografada, bem como os dizeres pintados ou gravados a fogo, por pressão ou decalcação, aplicados sobre o recipiente, vasilhame, envoltório, cartucho ou qualquer outro tipo de embalagem do alimento ou sobre o que acompanha o continente; (grifamos) (Decreto-Lei 986, 21.10.1969).*

*Rótulo: É toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva ou gráfica que esteja escrita, impressa, estampada, gravada, gravada em relevo ou litografada ou colada sobre a embalagem do alimento (grifamos) (Portaria 42 da Vigilância Sanitária, 14.01.1998).*

*Rotulagem: É toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva ou gráfica, escrita, impressa, estampada, gravada, gravada em relevo ou litografada ou colada sobre a embalagem do alimento (grifamos) (Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – RDC 259, de 20.09.2002).*

*Enquanto elemento de um SGA, foi, portanto, trabalhado e definido na série 14000 das normas ISO, conforme disposto:*

*Definição ISO 14020: “indica os atributos ambientais de um produto ou serviço que podem tomar a forma de declarações, símbolos ou grafismos nos rótulos do produto ou embalagem, literatura sobre o produto, boletins técnicos, propaganda etc.”.*

A mensagem transmitida por um selo pode se restringir à indicação de uma propriedade ou característica de um produto, a origem, o modo de produção, ou a indicação dos riscos desse produto sobre o meio ambiente (ex., pesticidas). Devem, segundo as normas ISO, ser “precisos, verificáveis, relevantes e não enganosos”. Devem ter objetivos promocional e informativo e não devem criar restrições comerciais, mas, sim, contribuir para a melhoria do desempenho ambiental.

Podem ser encontrados em um produto, selos que não tenham uma relação direta com o produto, mas, sim, transmitam mensagens que externam os valores e parcerias sociais defendidos e desenvolvidos pelo fabricante e que, por certo, refletem em sua imagem. São exemplos, dentre outros, os selos de apoio a campanhas como a do câncer de mama, ou a entidades como a SOS Mata Atlântica.

Os selos em geral são voluntários. Existem, porém, selos compulsórios, normalmente, quando se trata de caso de saúde pública, ou de informações que afetem a livre escolha do consumidor, como foi o caso do selo adotado no Brasil para a indicação de que o alimento contém transgênicos<sup>20</sup> em sua composição.

Em todos os casos, a comunicação não pode induzir a erro, criando expectativas ao receptor da mensagem que vão além do significado e alcance concreto do selo. Razão pela qual, espera-se do fornecedor uma campanha clara do significado de tudo o que for externado nas embalagens, vez que passa a fazer parte do produto, sendo muitas vezes um fator decisivo na escolha do consumidor. Isto faz com que se atribua ao selo a natureza jurídica de *subproduto*.

<sup>20</sup> Nesse sentido é a disposição da Lei 10.467, de 20.12.1999, e do Decreto 4, de 24.04.2003.

Cumpramos ressaltar que o Código brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990) assegura o direito do consumidor a produto de qualidade. Em que pese a nossa sociedade estar focada na qualidade final do produto, deve-se ter em mente que produto que agride o meio ambiente, quando do seu processo de produção, não é provido de qualidade, nem “inicial” e nem “final”. E, sim, estamos diante de uma *pseudo qualidade*. A *qualidade real* de um produto deve abarcar todo os seus ciclos: produção, consumo e descarte.

Não pode um selo induzir a erro na compreensão do seu conteúdo e da qualidade do produto, seja por comissão ou omissão. O que é muito comum com os selos e certificações, de uma forma geral, seja por má-fé do fornecedor, seja por desconhecimento do consumidor.

Os selos verdes, como as certificações ambientais, são fortes instrumentos aliados à promoção da gestão ambiental, e, por via reflexa, aptos a minimizarem riscos ecológicos, pois são capazes de concretizar a comunicação rápida, clara, criativa e eficiente, razão pela qual, cresce a sua adoção. Sendo exemplo o selo que simboliza a possibilidade de reciclagem da embalagem. Permite ao consumidor aderir ao *consumo sustentável*, pois ao dar preferência a tais produtos, exerce a sua *cidadania ambiental* por meio das relações de consumo, participando, dessa forma, da *gestão socioconsumerista do meio ambiente*. Melhor será quando se tiver, através de um selo, a comunicação-notícia de que o produto além de ser reciclável, ele está, de fato, sendo reciclado.

## **2.4 A certificação ambiental: instrumento de gestão do risco**

A complexidade atribuída à certificação faz com que ela seja capaz de concretizar diversas concepções. De acordo com a certificação adotada, podemos ter um complexo sistema de gestão ambiental, onde encontrar-se-á a adoção de vários instrumentos ambientais (elementos integrantes do procedimento de sua obtenção e manutenção), responsáveis pela efetividade de diferentes direitos, corolários do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **2.4.1 A certificação ambiental, enquanto instrumento de informação ambiental**

A certificação ambiental é um complexo instrumento de informação de política e desempenho ambiental. Essa informação ocorre de forma segmentada. Designar-se-ia *informação imediata* a mensagem da transmitida pela notícia da obtenção de certificação ISO 14001, posto que ela tem o condão de informar, de forma genérica, que a organização aderiu a um *sistema de gestão ambiental* (SGA), nos moldes propostos pela certificação indicada. A *informação mediata* é aquela colocada à disposição do público, mais detalhada, que informa o conteúdo e os termos desse sistema de gestão ambiental, conforme exigido pela certifica-

<sup>21</sup> O princípio da informação ambiental, no direito brasileiro, segue as diretrizes da Lei 10.650, de 16.04.2003, conforme disposto no item 1.

ção. Cabendo aos interessados a sua solicitação. Donde se tem observado o *princípio da informação ambiental*.<sup>21</sup>

A necessidade de informar exige, no mínimo, o conhecimento do que se deve transmitir, logo, tem por efeito, a obrigação de promover a auto-avaliação, que trará os elementos para a tomada de decisões no automonitoramento ambiental, elementos decisivos na gestão do risco ecológico.

#### **2.4.2 Certificação, enquanto instrumento sustentável de gestão pública e gestão privada**

A certificação ambiental, notadamente a ISO 14001, dado o seu caráter internacional, foi a escolhida pela maioria das organizações privadas e algumas públicas, por razões *jurídicas*: a proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88); função socioambiental da propriedade; princípio do poluidor-pagador; responsabilidade civil objetiva; responsabilidade criminal da pessoa jurídica; a defesa do meio ambiente ser um princípio da atividade econômica (art. 170, VI, CF/88) etc. E por motivações de *mercado*: a concorrência, a imagem, a segurança na parceria comercial, financiamentos bancários etc.

Cumpra ressaltar que a adoção da certificação é de livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único), sendo compulsório o seu desempenho ambiental (art. 170, VI, c/c o art. 225, CF/88 – arts. 2.º, 3.º, 4.º e 5.º da Lei 6.938/81).

A certificação revela não só um instrumento, mas a própria gestão, posto ser *dinâmica*, uma vez que ela é movida pelo comando de *melhoria contínua*, já que o plano e as ações são constantemente revistos e em função dos resultados mensurados na análise do desempenho ambiental, de forma a identificar riscos, e propor mecanismos de controle que devem produzir efeitos que, por sua vez, deverão ser otimizados, sob pena de perda da certificação.

A adesão a sistemas de gestão ambiental, passíveis de certificação, passa a ser uma exigência em editais e em processos de licitação. E, em países em que a legislação ambiental não é muito desenvolvida, os modelos normatizados servem de parâmetro para a gestão ambiental pública e sua prestação jurisdicional.

Fato é que a certificação facilita, dada à forma, mecanismo e metodologia implementados, a identificação e mensuração da eficácia dos fundamentos da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), notadamente da concreção do desenvolvimento sustentável.

A sintonia dos instrumentos de gestão ambiental evidenciada em certificações que ecoam na área pública e privada tem o condão de revelar o caráter unitário. Ao desenvolver essa integração, pretende-se fazer a empresa inserir os custos ambientais da produção e se tornar ecologicamente responsável, e a gestão pública, mais técnica, eficiente e condizente com a atual noção de *governança*, tornando-se mais clara, de forma a possibilitar a participação da sociedade.

#### **2.5 A certificação e alguns efeitos jurídicos decorrentes**

Analisada algumas vertentes que norteiam as certificações, isto é, as bases fáticas, normativas e principiológicas, imprescindível demonstrar os efeitos jurídicos decorrentes.

A adoção de instrumento de gestão ambiental, no caso em tela, de certificação ambiental, faz nascer direitos e obrigações, que serão indicados pela *natureza jurídica*, que toma feições diferenciadas em função do prisma observado.

O que se identifica, mediante análise linear do ordenamento jurídico-ambiental atual, é o comando nele impregnado de gestão do risco, de forma a promover o cuidado-ético-ambiental, do que advém a liberdade de forma, notadamente na iniciativa privada (art. 170, CF/88), e aferição de seus resultados via poder de polícia ambiental e jurisdição ambiental.

Das certificações *supra* abordadas, extrai-se efeitos jurídicos decorrentes da natureza jurídica de que se impregnou, somada aos sujeitos envolvidos, senão vejamos:

A certificação NBR ISO:14001 em face do direito ambiental (Lei Nacional de Política Ambiental – Lei 6.981/81 e Constituição Federal de 1988) tem natureza jurídica de *instrumento de prevenção e gestão do meio ambiente*, demonstrando, assim, a sua obediência aos seus comandos. Em face do *direito do consumidor*, a certificação tem natureza jurídica de *subproduto*, quando ofertado um produto no mercado, este contiver a sua referência. Quanto aos parceiros econômicos (na relação de fornecedor-fornecedor), se a identificação e referência à certificação ambiental adotada por uma das partes contratantes, fizer constar dos termos da negociação, seja como parte das características do objeto do contrato ou como elemento de sua identificação e caracterização, ou ainda, como propriedades das atividades desempenhadas e, portanto, ofertadas de forma indireta (se não estiver expresso em contrato) ou direta (caso a manifestação seja expressa), estar-se-á diante da certificação abordada com feições de *cláusula contratual*.

Diverso não é o raciocínio e dinâmica atribuído aos selos verdes, aos MDLs e ECs, sendo mister identificar a natureza jurídica de instrumento adotado para a visualizar os efeitos jurídicos, o que, por certo, só é possível após o conhecimento do instrumento selecionado e da forma com que é usado.

Por certo, vários instrumentos, parcerias e estruturas surgirão em prol da gestão do risco com o fim maior de assegurar a integridade do planeta e, por conseguinte, da concretização da dignidade humana, razão central de todo ordenamento jurídico. Referidos instrumentos sempre irão interagir com o sistema jurídico, pois o direito é vigilante, sobretudo, no trato de direitos fundamentais, diversa não sendo a postura quanto ao direito ao meio ambiente, que tem por proposta a gestão compartilhada.

Por óbvio, a contribuição da certificação ambiental na gestão do risco é limitada. Entretanto, é inegável a contribuição eficaz que empresta à gestão do risco ambiental, do que resultará um meio ambiente diferente.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

**3.1** O risco de dano e desastres ambientais é uma realidade da sociedade atual, decorrente do avançado estágio de degradação do meio ambiente, que tem causas diversas, responsáveis pela afetação direta da qualidade e quantidade dos recursos naturais disponíveis.

**3.2** A extensão das proporções e complexidades atingidas pelo dano ambiental foram decisivas na constatação do fato de que estamos diante de uma *sociedade de risco*, seja ela ambiental, social ou econômica, vez que são fatores interligados pela premissa: todos os seres e suas respectivas atividades se encontram no mesmo meio.

**3.3** A falta de conhecimento da extensão dos danos, sua reversão e reposição ao *status quo ante* – de equilíbrio – gera a *era de incertezas*. Assistimos a reação social de mudança do foco do conhecimento científico como fonte de *certezas* para fonte de *incertezas*.

**3.4** Ao direito ambiental é atribuído o ônus de contornar a incerteza, causadora do risco, e propiciar a certeza ambiental, que passa a ser aquela juridicamente pactuada. Extrai-se como resultado deste pacto, orientações ambientais, externadas na forma de princípios, comandos constitucionais e legais de prevenção, precaução, exercício socioambiental da propriedade individual e econômica, em suma, uma postura de cuidado-ético-ambiental.

**3.5** Almejando alcançar o equilíbrio do meio ambiente, e instrumentalizar o direito material a uma sadia qualidade de vida impõe-se o exercício da gestão do risco por meio de diversos modos, dentre eles figura a certificação ambiental.

**3.6** A certificação se revela um instrumento a serviço da gestão do risco ambiental. Evidencia-se a busca de sua otimização, isto é de metodologias que mostrem indicadores capazes de comprovar os efeitos ambientais positivos de seu desempenho.

**3.7** A certificação ISO 14001 trouxe para o seio das instituições a educação ambiental e, por conseguinte, se revelou em instrumento propalador da cultura ambiental e apto a promover a informação ambiental.

**3.8** Todos os instrumentos ambientais, notadamente as certificações e selos verdes, têm por fim a comunicação socioambiental, de forma a concretizar o *princípio da informação ambiental* e, em contrapartida, de viabilizar o princípio da participação ambiental popular, seja diretamente, quando da atuação no procedimento de obtenção ou fiscalização da certidão obtida (a exemplo da ISO 14001, que disponibiliza ao público o seu sistema de gestão), seja de forma indireta, quando da opção por serviços e parceiros certificados e a produtos rotulados.

**3.9** A certificação é um instrumento complexo, que uma vez adotado, pode se impregnar da natureza jurídica diferenciada, ou como um subproduto, ou como uma cláusula contratual, sendo, sobretudo, um instrumento de prevenção do dano ambiental.

**BIBLIOGRAFIA**

- AMARAL E SILVA, Carlos Celso do. Gerenciamento de riscos ambientais. *In Curso de gestão ambiental*. Editores Arlindo Philippi Jr., Marcelo de Andrade Roméro e Gilda Collet Bruna. Barueri-SP: Manole, 2004.
- AYALA, Patryck de Araújo & MORATO LEITE, José Rubens. Transdisciplinariedade e a proteção jurídica do ambiente nas sociedades de risco. *In Direito ambiental em debate*. Coordenação: Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Esplanda, 2004. vol. 1.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Das práticas comerciais*. Cap. V – Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª edição rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 240-492.
- BONNIEUX, François; DESAIGUES, Brigitte. *Économie et politiques de l'environnement*. Paris: Dalloz, 1998.
- BRUNEL, Sylvie. *Le développement durable*. Que sais-je? Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. L'environnement au sein du MERCOSUD: un point de vue juridique. Limoges, *Reveu Européenne de Droit de l'Environnement* n. 4/2003, abr. 2004.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental: a dimensão ambiental da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- GOUGET, Jean-Jacques. Le principe de précaution face à l'économique. (p. 17 –27). *In Les Cahiers du Crideau*, n. 3. Limoges: Publim, 2000.
- KISS, Alexandre & BEURIER. *Droit international de l'environnement*. Paris: Pedone, 2000.
- LAVIELLE, Jean-Marc. *Droit international de l'environnement*. Paris: Ellipses, 1998.
- LAVIELLE, Jean-Marc. Incertitude scientifique, incertitude juridique et changements climatiques, p. 29-37, passim. *In Les Cahiers du Crideau*, n. 3, p. 9-15. Limoges: Publim, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONEDIAIRE, Gérard. Qualification matérielle et qualification juridique des faits: expertise et droit de l'environnement. (p. 107–144). In *Les Cahiers du Crudeau*, n. 3. Limoges: Publim, 2000.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Le droit de l'environnement*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz, 2004.

\_\_\_\_\_. Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement. In *Les Cahiers du Crudeau*, n. 3, p. 9-15. Limoges: Publim, 2000.

# **A EXPERIÊNCIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DO RODOANEL MÁRIO COVAS E OS AVANÇOS NO TRATO DAS QUESTÕES FEDERATIVAS, INSTITUCIONAIS E AMBIENTAIS**

*CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA*

Desembargadora Federal – TRF 3ª Região

Professora de D. Ambiental – PUC/SP

## **1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Merecem especial atenção os impactos de novos empreendimentos em áreas críticas de poluição e de degradação ambientais, mormente quando associados os problemas ambientais à alta concentração populacional e às complexas questões urbanas e sociais. É a situação que tipifica, via de regra, as regiões metropolitanas, e, em especial, a Região Metropolitana da Grande São Paulo, ponto de referência desta reflexão.

Remonta ao Decreto nº 76.389/75, que discriminou as áreas críticas de poluição, a inclusão das regiões metropolitanas entre essas áreas, em relação às quais foi instituído o zoneamento industrial pela Lei nº 6.803/80, com a previsão pioneira da avaliação dos impactos ambientais para as atividades industriais (art. 10, § 3º).

É certo que hoje não é mais a poluição industrial a mais relevante e preocupante modalidade de poluição e de degradação nos grandes centros urbanos. Ganham expressão outras formas e fontes de poluição urbana e são cada vez maiores os desafios para conter a degradação decorrente do adensamento populacional e da ocupação desordenados.

Nas áreas críticas de poluição, como as regiões metropolitanas, ficam potencializados os impactos em razão da maior sobrecarga dos ecossistemas diante das crescentes demandas urbanas e sociais por habitação, abastecimento de água, saneamento básico, transportes e vias públicas, entre outros.

Com efeito, é muito mais acentuado o risco de comprometimento da já vulnerável sustentabilidade urbana das grandes metrópoles e das respectivas regiões metropolitanas. Tais peculiaridades têm implicações nas avaliações dos impactos e nos licenciamentos ambientais dos empreendimentos a serem instalados em áreas com tais características.

É o que revela a experiência do licenciamento do Rodoanel Mário Covas na Região Metropolitana da Grande São Paulo, obra viária de grande vulto e de inegável importância estratégica e econômico-social.

O licenciamento ambiental do empreendimento tem ensejado proficuas discussões que contribuem para o aprofundamento e amadurecimento de idéias,



concepções e posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de intrincadas questões federativas, institucionais e ambientais, e para o aperfeiçoamento da profusa normatização legal e infralegal, e de sua harmonização com o sistema constitucional vigente.

Na nona edição deste consagrado Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, há precisamente um ano, tivemos a oportunidade de defender, com base na decisão liminar então proferida em grau de recurso no caso em questão, a possibilidade do *duplo ou múltiplo licenciamento ambiental* no sistema constitucional brasileiro.

Nessa mesma oportunidade acenamos e apontamos como desdobramento e evolução das posições firmadas nessa decisão judicial, a alternativa do *licenciamento ambiental complexo*, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos. Todavia, não se vislumbrava à época meios de sua operacionalização, por falta de previsão e disciplina jurídica no ordenamento legal.

A viabilização operacional do *licenciamento ambiental complexo* se deu graças ao empenho, determinação e colaboração de todos os atores envolvidos, que conseguiram, ademais, abreviar o final da lide, através de composição amigável, já homologada, levada a efeito nos autos da respectiva ação civil pública.

Por isso mesmo, tão importante quanto os avanços e aperfeiçoamentos no procedimento do licenciamento ambiental no caso Rodoanel foram os salutares progressos no trato das intrincadas questões institucionais e federativas destacados nessa exposição, valendo a experiência como prestimoso paradigma.

## **2. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOBRE O CASO RODOANEL: BREVE SÍNTESE**

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Estado de São Paulo e Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S/A (ACP nº 2003.61.00.025724-4, 22ª Vara Cível Federal, Seção Judiciária de São Paulo), deduzindo, como pedido principal, a assunção exclusiva pelo IBAMA do licenciamento ambiental do empreendimento – Trechos Norte, Sul e Leste, e a proibição da Secretaria de Estado do Meio Ambiente de praticar qualquer ato voltado à continuidade do licenciamento da obra. E como pedido sucessivo, a realização do licenciamento ambiental federal do empreendimento pelo IBAMA, além daquele em curso pelo Estado de São Paulo.

A liminar foi deferida no juízo de origem para determinar *ao IBAMA obrigação de fazer no sentido de intervir e assumir exclusivamente o licenciamento ambiental do empreendimento*, abstendo-se a Secretaria de Estado do Meio Ambiente de praticar qualquer ato voltado ao prosseguimento da obra, devendo o DERSA atuar conforme as determinações do novo órgão licenciador, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da decisão.

Em face dessa decisão foram interpostos Agravos de Instrumento pelo IBAMA (AI nº 2003.03.00.070460-9), pelo Estado de São Paulo (AI nº 2003.03.00.070893-7) e pelo DERSA (AI nº 2002.03.00.071096-8), nos quais atuamos como relatora. Nos autos do agravo de instrumento interposto pelo IBAMA foi determinada a suspensão da tutela antecipada concedida em relação ao pleito principal, e deferida a

tutela antecipada em relação ao pedido sucessivo, a fim de que, *sem prejuízo do licenciamento estadual, circunscrito às questões ambientais de âmbitos estaduais e locais*, seja realizado também o *licenciamento federal pelo IBAMA, relativamente às questões ambientais de âmbitos nacional e regional de sua competência, a serem avaliadas no mesmo EIA-RIMA, em fase de reelaboração*.

A sentença, da lavra do Juiz Federal João Batista Gonçalves, julgou procedente o pedido para *condenar o IBAMA a realizar o procedimento visando ao licenciamento ambiental federal da obra em questão (Rodoanel Mário Covas, trechos Norte, Sul e Leste), além daquele já em curso pelo Estado de São Paulo, de modo a não vulnerar a atribuição administrativa do IBAMA, ficando a DERSA S/A condenada à obrigação de fazer consistente em atuar em conformidade com as determinações do órgão licenciador IBAMA*.

Apelaram o IBAMA, a Fazenda Pública do Estado e o DERSA. Em suas razões recursais o IBAMA alega, como preliminares, ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido sucessivo (concomitância de licenciamentos pelos órgãos federal e estadual). No mérito, sustenta que não há irregularidade no fato de o Estado de São Paulo licenciar a obra objeto da lide; que não existe impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, pois a obra e possíveis impactos ambientais dela decorrentes não ultrapassam os limites territoriais do Estado de São Paulo; que não é cabível a sua competência para o licenciamento ambiental em Reserva de Biosfera, cuja gestão cabe ao Instituto Florestal, órgão do Governo do Estado de São Paulo, bem como por não se tratar de obra em terra indígena; que a utilização de recursos federais na execução da obra não atrai a competência do órgão federal para o licenciamento ambiental; que é inadmissível a realização de dois licenciamentos ambientais, pois além do desperdício de tempo e recursos e as dificuldades operacionais que podem vir a ocorrer em virtude de possíveis divergências, tal duplicidade é vedada pela legislação ambiental.

O Ministério Público Federal pleiteou e teve deferido o sobrestamento do processo *tendo em vista as tratativas que vêm sendo entabuladas entre as partes para um desfecho amigável da lide*. O IBAMA e o Estado de São Paulo apresentaram proposta para a conciliação, com a qual concordou o DERSA. O Ministério Público Federal formulou exigências a serem incorporadas à proposta, relacionadas fundamentalmente à participação ativa e vinculante do IBAMA em todo o desenvolvimento do licenciamento ambiental (Trechos Norte, Sul e Leste), entre outras providências.

Diante da concordância do DERSA e da Fazenda do Estado de São Paulo com as alterações propostas pelo Ministério Público Federal, o acordo foi homologado por decisão colegiada na sessão de julgamento do dia 09 de março de 2004 (DJU de 22/03/05, Seção 2, fl. 391).

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES INSTITUCIONAIS E FEDERATIVAS, A RELEVÂNCIA DA REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE PARA O FORTALECIMENTO E O PRESTÍGIO DAS INSTITUIÇÕES E DA PRÓPRIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A SOLUÇÃO NEGOCIADA E A AGILIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Embora inevitável a judicialização acerca de conflitos institucionais e federativos, acreditamos ser possível a redução do âmbito da litigiosidade, contribuindo-se,

dessa forma, para a agilização da prestação jurisdicional e, em última análise, para o fortalecimento e o prestígio das instituições e da própria ação civil pública.

É imprescindível somarmos esforços às louváveis iniciativas institucionais que buscam estimular e aperfeiçoar a integração dos órgãos públicos das diferentes esferas federativas (órgãos da Administração Ambiental e Ministérios Públicos), e a aproximação com os empreendedores, conscientizando-os das vantagens da tutela adequada do meio ambiente alcançada, muitas vezes, através de soluções habilmente delineadas de comum acordo.

Como escrevemos em artigo ainda inédito<sup>1</sup>,

Embora seja inevitável, na maioria das vezes, a judicialização dos conflitos metaindividuais por meio, notadamente, da ação civil pública, que é o foco desta análise, acreditamos e temos envidado esforços<sup>2</sup> no sentido da conscientização da importância de se reduzir ao máximo o âmbito e o grau de litigiosidade, somente sendo judicializados os conflitos que restarem insuperáveis, avançando-se no sentido do melhor equacionamento e delimitação das questões processuais e do objeto litigioso.

É a otimização necessária, que pode preceder a judicialização ou ocorrer no curso do processo<sup>3</sup>, abreviando seu final e contribuindo para a realização concreta do direito com maior presteza, em consonância com a atual tendência de *efetividade do processo*<sup>4</sup>.

Uma sinalização positiva é o incremento na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's), com a participação dos órgãos de controle, Ministério Público, empreendedores ou fornecedores, buscando-se estabelecer pautas mínimas de consenso acerca de aspectos formais e de conteúdo, de modo a viabilizar a solução negociada, total ou parcial, dos complexos conflitos envolvendo interesses metaindividuais.

Vale a menção especial às profícuas iniciativas institucionais tendentes à melhor integração entre os órgãos da Administração Pública (direta e indireta) nas diferentes esferas da federação e à harmonização das atribuições dos diversos Ministérios Públicos, de longe o legitimado ativo com maior presença e conhecimento

<sup>1</sup> Cf., de nossa autoria, Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos – Efetividade e desafios* (no prelo).

<sup>2</sup> Na função de Coordenadora do Departamento de Direito Ambiental da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG), dirigida pela Des. Federal Suzana Camargo, participamos da coordenação e realização do *Ciclo de Debates 2004: Temas atuais de Direito Ambiental*, num total de seis eventos. Versou o 5º evento do Ciclo sobre *Atuação integrada: agilização e efetividade na proteção do meio ambiente*, tendo sido salientado, ao início dos trabalhos, que a *redução da conflituosidade e da judicialização dos conflitos ambientais passa pela maior integração entre os órgãos do SISNAMA, os Ministérios Públicos, e os empreendedores... As contribuições e os esforços mútuos para superação de muitas das divergências, principalmente fora das lides judiciais, contribuirá grandemente para a agilização e efetividade da proteção ambiental*. Os debates versaram sobre: 1) Pauta mínima de consenso nos TAC's e no licenciamento ambiental. Divergências superáveis; 2) Atribuições do IBAMA e os questionamentos do Ministério Público Federal; 3) Litisconsórcio entre Ministérios Públicos e Justiça Competente.

<sup>3</sup> Nos conflitos de maior complexidade a solução negociada consensualmente entre as partes no decorrer do processo é, muitas vezes, o meio eficaz de se superar o engessamento da lide, possibilitando a discussão e a adoção de providências não cogitadas nos pedidos deduzidos na exordial e que alcançam resultados práticos equivalentes. Por essa forma pode-se agilizar o fim do processo e atender os fins objetivados pela ação civil pública proposta; ou até mesmo superá-los (em razão da amplitude e vantagens prático-jurídicas do ajuste eventualmente celebrado).

<sup>4</sup> V., a respeito, ARAGÃO, Egas Moniz de. *Efetividade do processo de execução*. *RePro* 72/16 e ss; ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Tratado de direito processual civil*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1, p. 105 e ss.; SILVA, Ovídio Baptista da, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 161 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. *Temas de direito processual*, Terceira Série. S. Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42; DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*. S. Paulo: Malheiros, 1996, p. 297 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79 e ss; 420 e ss.

tecnológico das ações civis públicas. São iniciativas que, somadas à aproximação dos empreendedores e fornecedores com referidos órgãos de fiscalização e legitimados ativos, representam o esforço atual e conjunto de se obter a redução da judicialização e da conflituosidade, no interesse da própria coletividade beneficiária.

A atuação integrada na forma preconizada contribuirá grandemente para o fortalecimento e o prestígio das instituições e da própria ação civil pública, superando óbices que atualmente impedem, dificultam ou procrastinam a consecução dos elevados objetivos que constitucionalmente lhes são atribuídos.

Já é resultado dessas iniciativas alvissareiras a composição acordada na ação civil pública relativa ao licenciamento ambiental do Rodoanel, por isso mesmo foi destacado, no início do voto que homologou o acordo, que se estava diante de

*... momento histórico para o Poder Judiciário e para a sociedade, ao se prestigiar a solução negociada, antevista pela Lei nº 7.347/85, através da previsão do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), mesmo para os complexos conflitos envolvendo questões institucionais e federativas, como é a hipótese dos autos.*

*O consenso a que chegaram os atores envolvidos (entes públicos, órgãos de controle de diferentes níveis federativos, Ministério Público e empreendedor), e que será objeto de homologação por este colegiado, representa uma demonstração inequívoca de que, com o empenho, a determinação e a colaboração de todos, é possível abreviar-se e agilizar-se, sobremaneira, o final do processo, no interesse e em benefício dos próprios jurisdicionados, através de soluções arquitetadas de comum acordo, que alcancem o resultado prático equivalente àquele objetivado pela pretensão inicialmente deduzida em juízo.*

Como constou ainda do voto, a realização do Ciclo de Debates pelo Tribunal, ao aproximar os envolvidos presentes aos sucessivos debates, teria contribuído, entre outros resultados positivos, para propiciar o *ambiente fecundo para a conciliação e para a efetiva implementação de uma ordem jurídica justa, mormente na seara da proteção ao meio ambiente, bem de todos nós e das futuras gerações*, como consignou nos autos da ação civil pública a Procuradora Regional da República Geisa Assis Rodrigues<sup>5</sup>.

## 4. O AMPLO E COMPLEXO SISTEMA DE TUTELA DOS BENS AMBIENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 Os bens ambientais como bens difusos

Como foi destacado na citada decisão liminar,

*A propósito das divergências terminológicas e conceituais, filio-me ao entendimento<sup>6</sup> de que os bens ambientais são bens difusos, de uso comum do povo (CF, art. 225, caput); não são bens públicos, pertencentes ao patrimônio pú-*

<sup>5</sup> A ilustre representante do parquet federal é estudiosa e especialista em soluções de conflitos através de Termos de Ajustamento de Conduta, sendo de sua autoria a clássica obra *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Foi uma das principais artífices do acordo celebrado e coordenou, no âmbito da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA), a comissão de estudos a respeito de TAC's, integrada por outros ilustres representantes dos Ministérios Públicos Federal e Estadual. Seu pronunciamento no evento do Ciclo de Debates sobre Atuação Integrada (Debate V), foi decisivo para impulsionar a celebração do acordo, que contou com a participação da dedicada Procuradora da República Ana Cristina Bandeira Lins, que oficia nos autos em primeira instância.

*blico, ou seja, bens de domínio (propriedade) da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios; são bens que estão sob a administração destes entes públicos (administração direta e indireta).*

Segundo temos propugnado<sup>7</sup>, não é suficiente admitirmos a *função sócio-ambiental da propriedade* para entendermos a lógica da proteção ambiental concebida pelo sistema constitucional brasileiro. É preciso admitirmos a existência do *bem ambiental*, enquanto *bem difuso*, que não é bem público, nem bem privado. Não é bem susceptível de apropriação quer pelo Poder Público quer pelo particular. É *bem adéspota*<sup>8</sup>, como diz a doutrina italiana<sup>9</sup>.

Esta inovadora concepção sobre o *bem ambiental* tem sua construção alicerçada no art. 225 da Constituição Federal, que o caracteriza como *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*.

Não há dúvida que o sistema jurídico-constitucional brasileiro adota a concepção ora propugnada bem como a terminologia *direitos e interesses difusos*, como se vê do art. 129, III, sendo que a respectiva definição foi introduzida pela Lei nº 8.078/90 (art. 81, parágrafo único, I).

Em consonância com esse entendimento devem ser interpretados os demais dispositivos constitucionais que incluem tal categoria de bem, como é o caso dos arts. 20 e 26, que tratam, respectivamente, dos *bens da União* e dos *bens dos Estados*. Os bens ambientais neles mencionados não são propriamente bens de *propriedade* desses entes estatais, mas bens por eles *administrados no interesse da coletividade em geral*, o que nem sempre ocorre.

De igual modo ensinam interpretação conforme à Constituição a classificação, mantida pelo Novo Código Civil (art. 99, I), dos *bens de uso comum do povo* como espécie de *bens públicos*, assim como o art. 1º da Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), que considera a fauna silvestre *propriedade do Estado*, e o art. 1º da Lei nº 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos), de modo a afiná-los com os arts. 225 e 129, III, da mesma Carta.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 300.244-9, deu importante passo no sentido de reconhecer a distinção entre bem público e bem difuso, ao interpretar o sentido da proteção da Mata Atlântica enquanto *patrimônio nacional*<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Neste sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 6ª ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58-66; *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 117.

<sup>7</sup> Cf., entre outros, A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do Judiciário, In KISHI, Sandra, SILVA, Solange T. e SOARES, Inês (Org.). *Desafios do Direito Ambiental: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Affonso Leme Machado* (no prelo) - texto desenvolvido e inspirado na palestra proferida no painel "Proteção do meio ambiente urbano e cultural – Estatuto da Cidade" no Curso de Direito Ambiental para Magistrados promovido pelo Instituto O Direito por um Planeta Verde, em São Paulo (SP), maio/2003.

<sup>8</sup> *Que não tem dono exclusivo, comum, de todos* (Cf. Silveira Bueno, Francisco da. *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa*. SP, Saraiva, 1963, p. 83).

<sup>9</sup> Ideias sistematizadas por Carlo Malinconico em sua clássica obra *I beni ambientali, Trattato di diritto amministrativo*, Padova: Cedam, v. 5, 1991.

<sup>10</sup> *Pela circunstância de o § 4º desse artigo 225 dispor que a Mata Atlântica – que é a que está em causa – é patrimônio nacional, não quer isso dizer que ela seja bem da União. Com efeito, a par de o artigo 20 da Carta Magna não inclui-la dentre os bens que são da União, esta Corte, ao julgar o RE 134.297 (que versava o direito de o proprietário de imóvel na Mata Atlântica receber do Estado de São Paulo indenização pela restrição surgida da criação de reserva florestal), decidiu, interpretando o artigo 225, § 4º, da Constituição em conjugação com seu artigo 5º, XXIII, que "o preceito consubstanciado no art. 225, par. 4, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar; Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental". (Rel. Min. Moreira Alves)*

E é principalmente a necessidade de se avaliar adequadamente os impactos globais do Rodóanel no ecossistema da Mata Atlântica como um todo, numa região metropolitana de grande comprometimento, e na área do chamado Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, Reserva da Biosfera e *patrimônio da humanidade*, que se justifica a integração efetiva do IBAMA no procedimento do licenciamento ambiental, como se verá.

#### **4.2 A ampla tutela ambiental, o federalismo cooperativo e os sistemas de competência legislativa concorrente e de competência administrativa comum. A atuação integrada das esferas federativas<sup>11</sup>**

É digna dos maiores encômios o amplo e complexo sistema de tutela legislativa, administrativa e jurisdicional concebida pela Constituição vigente para a proteção ambiental e, em última análise, do direito fundamental de todos à sadia qualidade de vida.

Com efeito, a tutela ambiental no sistema federativo brasileiro que, seguindo a tendência centrípeta das Federações<sup>12</sup>, adota o modelo do *federalismo cooperativo*<sup>13</sup>, é abrangente e compartilhada entre os níveis federativos através do *sistema de competência legislativa concorrente* (tutela legislativa concorrente), do *sistema de competência administrativa comum* (tutela administrativa comum), sendo os inevitáveis conflitos federativos, institucionais e ambientais apreciados por um sistema de *jurisdição estadual e federal*.

Exemplo bem ilustrativo da mudança de entendimento acerca da titularidade dos bens ambientais, com repercussão no âmbito da *competência penal da Justiça Federal*, é a revogação da Súmula nº 91 do Superior Tribunal de Justiça, que afirmava a competência dessa Justiça para *processar e julgar os crimes praticados contra a fauna*, entendendo-se, no caso, a fauna silvestre como bem da União Federal, com base no art. 1º da Lei nº 5.197/67.

É certo, como observam Gilberto e Vladimir Passos de Freitas<sup>14</sup>, cujas lições contribuíram para o cancelamento da súmula, que o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela competência da Justiça Estadual por entender que a Lei nº 9.605/98

<sup>11</sup> Cf., de nossa autoria, Ação civil pública: judicialização dos conflitos ...*cit* (no prelo)

<sup>12</sup> A evolução do federalismo dual para o federalismo cooperativo é observada a partir do séc. XIX, com as novas exigências de intervenção do Estado nos domínios econômico e social. Atualmente a tendência centrípeta das Federações atende a razões diversas: no caso da Federação alemã, por exemplo, foram, sucessivamente, a necessidade de se reduzir desequilíbrios entre Estados mais ricos e mais pobres; a europeização e a unificação alemã. A adoção do federalismo cooperativo no Brasil atende também à necessidade de reduzir as desigualdades sociais e regionais, um dos objetivos do Estado brasileiro (CF, art. 3º, III), pois, como prevê o parágrafo único do art. 23, a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a ser fixada em lei complementar, tem em vista o *equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*.

<sup>13</sup> Enquanto no *federalismo dual* há dois campos de poder, dois governos independentes; no federalismo cooperativo há ampliação e prevalência do poder central em detrimento dos poderes dos Estados-membros e desenvolvimento conjunto e integrado de atividades nacionais. *União e Estados colaboram entre si, planejam juntos a solução de problemas econômicos e sociais* (MÁRIA HELENA FERREIRA DA CÂMARA, O conceito moderno de federação, RIL 71:23-5). Caracterizam o *federalismo cooperativo* o primado dos poderes da União sobre os dos Estados; a atuação conjunta e coordenada de todas as esferas de Poder na provisão de serviços essenciais e no exercício de atividades necessárias ao bem estar da população (V., entre outros, GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *In Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. v. 687, p. 24-25).

<sup>14</sup> *Crimes contra a natureza*, SP, Revista dos Tribunais, 7ª ed. rev., atual. e ampl., p. 56.

não dispôs sobre competência e cabendo, a partir da CF de 1988, à União, Estados e Municípios zelar pelo meio ambiente, não se justificava mais a competência da Justiça Federal. Não houve análise da questão da propriedade dos animais silvestres, mas sim a conclusão de que o ofendido em tais crimes é a coletividade.

Em matéria de proteção ambiental vigora a *competência legislativa concorrente*<sup>15</sup> (CF, art. 24, VI a IX) e a *competência administrativa comum* (CF, art. 23, VI e VII), em consonância com o art. 225 que atribui ao Poder Público (subentendendo-se os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário das diferentes esferas federativas), o dever de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não podemos ignorar os conflitos e perplexidades decorrentes da adoção deste sistema constitucional de competências na seara ambiental, agravados pela falta da lei complementar mencionada no parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal.

Por outro lado, não se pode deixar também de reconhecer, como ressaltado, que com este complexo sistema de competências concorrentes e comuns, amplia-se a proteção ambiental na medida em que a omissão de uma esfera legítima a atuação da outra esfera federativa. Daí estarem tão imbricadas as questões federativas com as questões institucionais.

Nesse modelo de sistema de competências a nota caracterizadora é a *atuação integrada das esferas federativas*, cada qual no âmbito das respectivas atribuições. Essa integração, por força do *princípio federativo*, é viabilizada através da instituição de sistemas nacionais no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, de que é exemplo o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

### **4.3 Reflexos na composição do pólo ativo e do pólo passivo e, correlatamente, na definição da jurisdição competente. A federalização dos conflitos metaindividuais**

Reflexo dessa exigência constitucional de integração das esferas federativas, expressa através do sistema de competências concorrentes e comuns, é observada na composição do pólo ativo e do pólo passivo nas ações civis públicas.

Sob essa perspectiva, é operacionalmente vantajoso e tem sido incrementado o chamado *litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos*<sup>16</sup> na ação civil pública, mediante representação conjunta das esferas federal e estadual, concretizando-se, ademais, por essa forma, a unidade e a indivisibilidade institucionais.

Avolumam-se, com efeito, iniciativas no sentido de harmonizar as atribuições dos diversos Ministérios Públicos, o que representa um avanço significativo

<sup>15</sup> Diante desta realidade constitucional torna-se questionável se, afora as atividades monopolizadas, seria de fato privativa a competência do ente federal para legislar sobre bens ambientais (como é o caso das águas e dos recursos minerais— CF, art. 22, IV e XII). Caberia a interpretação em consonância com os arts. 24, VI e VII e 225 da Constituição Federal, de molde a se admitir, também nestes casos, a competência legislativa concorrente por se tratar de proteção de bem ambiental (art. 24 e §§)?

<sup>16</sup> No âmbito da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA) foi também instituída comissão sobre este tema relevante para o aperfeiçoamento da atuação ministerial. Como decidiu a Primeira Turma do STJ, o *Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos ligados* (REsp nº 382658/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 19/12/2003, p. 322).

para o adequado enfrentamento dos conflitos metaindividuais que exigem a integração das esferas federativas.

Com essa visão integrativa ora exposta, adaptada à estrutura federativa e ao sistema de competências concorrentes e comuns vigentes, não estamos, por óbvio, propalando a federalização indiscriminada dos conflitos metaindividuais<sup>17</sup>, mas temos o propósito de demonstrar que a federalização é, muitas vezes, inevitável, por exigência do próprio sistema constitucional de competências mencionado, e se revela profícua sempre que a integração das esferas representar a via mais propícia à agilização, racionalização e equacionamento dos conflitos metaindividuais envolvendo competências federativas.

Há experiências elogiáveis de atuação conjunta do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal em feitos que tramitam na Justiça Estadual, e que não se enquadram, à evidência, em qualquer das hipóteses do art. 109 da Constituição Federal.

Por outro lado, a simples presença do Ministério Público Federal no pólo ativo, em litisconsórcio, ou não, com o Ministério Público Estadual, não redundaria automaticamente na competência da Justiça Federal, nem a inclusão pura e simples dos entes e entidades federais indicados no inciso I do referido art. 109 no pólo passivo da relação processual, sem a formulação de pedidos em relação a eles.

Há, ainda, interessante posicionamento que reconhece a legitimidade do Ministério Público do Estado para promover a ação civil pública perante a Justiça Federal por se tratar de tutela de bem da União, diante da inércia do Ministério Público Federal<sup>18</sup>.

#### **4.4 A posição do Ministério Público Federal e do IBAMA na lide examinada. Distinção entre interesse difuso e interesse público-estatal**

Um outro avanço aguardado, no que se refere à composição do pólo ativo, é a presença crescente dos entes públicos, em cuja estrutura encontram-se os órgãos de controle e fiscalização.

Na realidade atual, a omissão, a falta de integração e/ou de participação efetiva das instâncias federativas nos procedimentos de controle e fiscalização levam a Administração Pública a figurar, na quase totalidade dos casos, no pólo passivo conjuntamente com os empreendedores e fornecedores, entre outros potenciais legitimados passivos.

É o que ocorreu na ação civil pública ora em exame. Causou-nos espécie a posição processual do IBAMA na lide, como co-réu nos autos da ação civil

<sup>17</sup> Passaram a ser da competência da Justiça Federal, nos termos da EC 45/2004, as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º do art. 109 da Constituição Federal (inciso V-A), acrescentados pela Emenda.

<sup>18</sup> Sentença prolatada pelo Juiz Federal da 1ª Vara da Justiça Federal de Teresina (PI), Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho (*in* Revista de Direito Ambiental nº 24, p. 351/352), que reconheceu, na apreciação das preliminares, a competência da Justiça Federal para o trâmite da ação civil pública (art. 109 da CF). O bem jurídico que se pretende tutelar pertence à União Federal, nos termos do art. 20, III, da CF. Legítima também é a atuação do Ministério Público Estadual para ajuizar a presente ação, ante a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na proteção e defesa do meio ambiente (arts. 23, VI e 225, ambos da CF). *In casu*, mantendo-se inerte o Ministério Público Federal, poderá o Ministério Público Estadual, subsidiariamente, propor a ação e vice-versa. O importante é que o bem ambiental, de interesse comum a todos os habitantes, sobre o qual recai o interesse de toda uma coletividade, seja efetivamente protegido.



pública em questão, ao lado do Estado de São Paulo e do DERSA, e insurgindo-se contra a tutela antecipada concedida em primeira instância que lhe atribuía a competência exclusiva para o licenciamento ambiental do Rodoanel.

A justificativa para a posição processual da autarquia federal está na distinção fundamental entre *interesse difuso*, da coletividade, defendida, no caso, pelo Ministério Público Federal, autor da ação coletiva, e *interesse público-estatal*, sendo, neste particular, coincidentes os interesses do órgão licenciador estadual (Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo) e do órgão licenciador federal (IBAMA), que figuram no polo passivo ao lado do empreendedor (DERSA), defendendo, todos eles, a o licenciamento ambiental estadual então em tramitação.

Como destacado na decisão liminar proferida nos autos do agravo do IBAMA:

Preliminarmente, é aspecto fundamental nesta ação que se reconheça, na esteira da doutrina mais avançada, lastreada em Mauro Cappelletti<sup>19</sup>, que acima dos interesses públicos e privados estão os interesses difusos, da coletividade como um todo, e é na defesa destes interesses da coletividade, em âmbito nacional, que atua, no caso, o Ministério Público Federal.

Faz-se necessária esta consideração inicial, até mesmo para se explicar a posição processual do IBAMA, que figura como co-réu na ação civil pública, e interpõe, simultaneamente, agravo de instrumento e suspensão de segurança (Autos nº 2003.03.00.070788-0 - SS 2654) contra a decisão liminar que reconheceu sua competência exclusiva para o licenciamento do Rodoanel.

O interesse estatal (denominado pela doutrina administrativista *interesse público secundário*) nem sempre é coincidente com o interesse da coletividade (denominado *interesse público primário*), e sempre que este estiver sendo lesado ou ameaçado de lesão, cabível a atuação do órgão ministerial, entre outros legitimados, para compelir judicialmente os órgãos estatais a atuarem em consonância com os interesses superiores da coletividade, cumprindo os ditames constitucionais e legais.

É sabido que por sua conduta indevida podem os agentes e representantes dos órgãos do SISNAMA responder por atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) e por crimes contra a Administração Ambiental (Lei nº 9.605/98).

Felizmente, foram nítidos o avanço e o aperfeiçoamento da participação do IBAMA no procedimento do licenciamento ambiental, conforme se depreende dos termos do acordo homologado, podendo-se mesmo falar em *licenciamento ambiental complexo*, consoante será ressaltado adiante.

5. A necessidade da tutela adequada do ecossistema da Mata Atlântica como um todo, enquanto *patrimônio nacional*, e do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, Reserva da Biosfera e *patrimônio da humanidade*. A reelaboração e o redimensionamento do Termo de Referência e do EIA-RIMA. Insuficiência da avaliação segmentada e fragmentária dos impactos nas respectivas unidades de conservação.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*, in RP 5:7 e ss. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

A necessidade de avaliação dos impactos do empreendimento globalmente considerado, tendo em vista seu porte, características atuais (previsão de novos acessos), e localização (em importante remanescente de Mata Atlântica), exige a reelaboração e o redimensionamento do Termo de Referência e do EIA-RIMA, a fim de serem adequadamente avaliados os significativos e diversificados impactos ambientais<sup>20</sup>.

Não é pelo fato da obra viária estar situada na Região Metropolitana da Grande São Paulo, consistindo, portanto, em empreendimento intra-estadual, que está afastada a possibilidade de serem causados impactos de monta de âmbitos nacional e regional, a justificar a coexistência do licenciamento federal pelo IBAMA ou sua participação no licenciamento ambiental complexo.

Este aspecto foi bem destacado na decisão liminar de primeiro grau, que observou que o § 4º do art. 10 da Lei nº 6.938/81 *não faz qualquer menção à localização dessas atividades, pois os aspectos ambientais não decorrem apenas da localização física do empreendimento, mas de sua repercussão no meio ambiente* (fls. 1565 dos autos originários).

Por outro lado, não é suficiente a avaliação segmentada e fragmentária dos impactos nas unidades de conservação da Mata Atlântica localizadas na área de influência do projeto, pelas razões aduzidas na decisão liminar prolatada nos autos do agravo de instrumento do IBAMA:

*(...) será o EIA-RIMA que delimitará a denominada área de influência do projeto, e sopesará as diferentes modalidades de impactos referidos na Resolução 01/86 (art. 6º).*

*Sem prejuízo das demais análises apontadas pelo órgão ministerial na ação civil pública, mais preocupante é a avaliação do comprometimento da Reserva da Biosfera do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, patrimônio da humanidade, como tal reconhecido pela UNESCO, e importante remanescente de Mata Atlântica, patrimônio nacional, nos termos do art. 225, § 4º da Constituição Federal.*

*A Mata Atlântica, pela riqueza de sua biodiversidade, e pelo grau de sua devastação, merece especial proteção para a preservação e a conservação do pouco que ainda resta. Tal proteção é feita de forma compartimentada, através, notadamente, das diversas unidades de conservação, públicas (nacionais, estaduais e municipais) e privadas nela instituídas; e de forma global (a Mata Atlântica considerada como um todo), pela própria Constituição Federal, que a reconheceu como patrimônio nacional (art. 225, § 4º), cuja tutela incumbe, dentro da estrutura federativa do SISNAMA, aos órgãos ambientais da esfera federal.*

*A confirmar tal assertiva tem-se a previsão de prévia anuência do IBAMA, com informação ao CONAMA, em caso de autorização a ser concedida pelo ór-*

<sup>20</sup> A reelaboração do EIA abrangendo a ampla gama de impactos é fundamental para que ele cumpra seu relevante papel preventivo, de modo a evitar ou minimizar tanto quanto possível os impactos de um grande empreendimento numa zona que merece atenção especial, como é o caso do Rodoanel. Como ressalta Silvia Cappelli (O Estudo de Impacto Ambiental na realidade brasileira. In *Estudos Jurídicos*, v.27, n.70, mai./ago. 1994, p. 53), o *Estudo de Impacto Ambiental, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, embora não seja uma panacéia, capaz de resolver, por si só, todos os problemas que afligem a natureza, é (...) um grande auxiliar em sua defesa, pois retira do órgão licenciador a discricionariedade absoluta, tanto no aprovar, como no rejeitar liminarmente um determinado projeto*, lembrando clássica lição de Antonio Herman V. Benjamin no sentido de que o EIA serve como limite à discricionariedade do administrador (*Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 67-69).

*ção ambiental estadual para supressão da vegetação primária ou nos estágios avançados e médio de regeneração da Mata Atlântica (Decreto nº 750/93).*

*Especificamente no que concerne ao Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, onde se localiza o empreendimento, o fato deste remanescente da Mata Atlântica ser considerado Reserva da Biosfera, categoria reconhecida pelo Programa Intergovernamental “O Homem e a Biosfera – MAB” instituído pela UNESCO, que tem as peculiaridades descritas na Lei nº 9.985/2000 (art. 41), e é patrimônio da Humanidade, só vem a revelar sua importância nacional e mesmo internacional, e a necessidade de sua proteção efetiva nestes âmbitos.*

*Aliás, a própria Fazenda do Estado nos autos do AI 2003.03.00.070893-7 (...) reconhece que a finalidade da inclusão da adjetivação internacional é atribuir um “plus” ao ecossistema “Mata Atlântica”, **de relevância a toda a coletividade nacional e internacional.***

*Não se pode, pois, à falta de entidade internacional que gerencie essas áreas e por não estarem elas ao abrigo de uma convenção internacional específica, admitir-se, como citado no agravo da Fazenda do Estado, que o gerenciamento dessas áreas protegidas fique a cargo **tão somente** dos administradores das unidades de conservação respectivas. Mormente diante de ameaça de lesão grave e irreparável ou de difícil reparação, como a que se afigura no caso do Rodoanel.*

## **6. COEXISTÊNCIA E CONFLITUOSIDADE ENTRE INTERESSES DE ÂMBITOS NACIONAL, REGIONAL, ESTADUAL E LOCAL. INADEQUAÇÃO DO LICENCIAMENTO EXCLUSIVAMENTE FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL.**

Como se depreende dessas colocações, são inconfundíveis os interesses de âmbitos nacional e regional, cuja tutela compete ao IBAMA, e os interesses estaduais e mesmo locais, identificados e tutelados pelos órgãos ambientais destas respectivas esferas federativas. Eles podem coexistir numa determinada situação concreta, serem conflitantes entre si, e o licenciamento no nível estadual, nos moldes disciplinados pela Resolução nº 237/97, pode não se mostrar adequado nem suficiente à tutela dos interesses tutelados pela esfera federal, conforme se verifica no caso Rodoanel.

Como concluímos na liminar citada:

*Há, pois, na situação examinada, interesses de âmbitos nacional e regional a serem tutelados pelo IBAMA, e que coexistem e podem estar em conflito com interesses estaduais e locais no que concerne à defesa da Mata Atlântica, como um todo, e em particular, da Reserva da Biosfera citada.*

*Os impactos do empreendimento globalmente considerado em relação aos interesses nacionais e regionais ameaçados são diversos e não se confundem com os impactos do mesmo empreendimento ou de trechos dele na Região Metropolitana da Grande São Paulo, nas unidades de conservação estaduais, entre outros bens e interesses do Estado de São Paulo; nem se confundem com os impactos em relação aos interesses locais dos diferentes municípios individualmente considerados.*

*É inegável, com efeito, que interesses de âmbitos estadual e local estão em jogo e os impactos do Rodoanel Mário Covas em relação a eles também devem ser*

*considerados, o que torna inafastável a competência e o interesse da Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo para o licenciamento, nos termos do disposto no art. 5º, inc. I, da Resolução CONAMA nº 237/97.*

Sob este ótica, não é despidendo nem superfetação o *duplo ou múltiplo licenciamento*, quando couber, ou o *licenciamento ambiental complexo*, que alcança resultados práticos equivalentes àquele.

## **7. A ADMISSIBILIDADE E LEGITIMIDADE DO DUPLO OU MÚLTIPLO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Como decorrência da adoção do sistema de competências concorrentes e comuns em matéria ambiental é plenamente legítima e admitida pelo sistema constitucional brasileiro a exigência simultânea, quando couber, do licenciamento ambiental em mais de um nível federativo.

A hipótese é cogitada para atividades e projetos de empreendimentos com potencialidade de causar simultaneamente significativos impactos de âmbitos nacional, regional (inter e/ou intraestaduais) e/ou local, como se procurou demonstrar no caso do licenciamento do Rodoanel.

Há importante precedente jurisprudencial, que analisa com bastante propriedade a matéria, representado pelo REsp nº588022/SC, de relatoria do Min. José Delgado, julgado em 17/02/2004, pouco tempo depois da decisão liminar que proferimos no caso Rodoanel (AI nº.2003.03.00.070460-9, DJU de 23/01/04, Seção 2, fls. 112 e 113).

Por votação unânime foi negado provimento aos recursos especiais, acolhendo a tese da possibilidade de duplo licenciamento, em acórdão assim ementado:

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

*1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.*

*2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.*

*3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.*

*4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu,*

*a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.*

*5. Recursos especiais improvidos.*

É certo que a Lei nº 6.938/81, anterior à Constituição e por ela recepcionada, não cogita a hipótese de duplo ou múltiplo licenciamento, que, nem por isso, está descartada. Por outro lado, procedem as críticas feitas à Resolução nº 237/97, por estabelecer, em confronto com a Constituição Federal, o licenciamento em um único nível.

## **8. O MODELO ADOTADO PELA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (ART. 10) E A INSUFICIÊNCIA DA DISCIPLINA DADA À MATÉRIA PELA RESOLUÇÃO Nº 237/97 QUANTO À EFETIVA PARTICIPAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS ESFERAS FEDERATIVAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

Como ressaltamos no voto analisado, em decorrência do modelo adotado pela Política Nacional do Meio Ambiente (art. 10), sem dúvida o nível estadual está melhor estruturado e aparelhado atualmente para o licenciamento ambiental. O nível federal, acostumado a uma pália atuação supletiva, e até mesmo por conta da falta de estrutura e de quadros de pessoal, resiste à ampliação e à participação mais efetiva nos licenciamentos. E o nível municipal sequer tem experiência anterior, pois a Lei nº 6.938/81 não prevê o licenciamento nesta esfera da federação.

A Resolução nº 237/97, a propósito de regulamentar o mencionado art. 10 da Lei nº 6.938/81, prevê *uma tímida participação das diferentes esferas no processo de licenciamento ambiental*. Como explicado na decisão liminar no caso Rodoanel:

*Quando se trata de licenciamento pelo IBAMA (art. 4º, caput e incisos), este órgão fará o licenciamento após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento (art. 4º, parágrafo único).*

*Em se tratando de licenciamento da competência do órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal (art. 5º, caput e incisos) o procedimento é semelhante, com a diferença que será considerado apenas o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento (art. 5º, parágrafo único).*

E aduzimos, sustentando a necessidade de participação efetiva das diferentes esferas, cada qual dentro de suas respectivas competências, possível no caso do duplo ou múltiplo licenciamento, ou do licenciamento ambiental complexo, já acenado como alternativa, a despeito de sua inviabilidade operacional à época:

*(...) para que seja exercida a competência constitucional comum atribuída aos diversos níveis federativos, é imprescindível que, nas situações acima descritas, haja a participação efetiva dos órgãos ambientais federal, estadual (ais) e municipal (ais) envolvidos no processo de licenciamento, cada qual atuando dentro de suas respectivas competências.*

*Tal exigência é observada na hipótese de duplo ou múltiplo licenciamento (federal, estadual e/ou municipal), requerido no caso vertente na forma de pedido sucessivo.*

*Pode-se cogitar, ademais, a possibilidade de licenciamento conjunto, como ato complexo das três esferas da federação, inviável, contudo, por ora, por falta de previsão legal.*

*Serão inevitáveis, de qualquer modo, as situações de conflito, não tendo sido ainda editada a lei complementar mencionada no parágrafo único do mesmo art. 23 da Constituição Federal, definindo critérios para se dirimir os eventuais conflitos. Na falta dessa lei, entretanto, a responsabilidade das diferentes esferas é solidária, como sustenta LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO<sup>21</sup>.*

*Como não há hierarquia entre os interesses eventualmente conflitantes (federais, estaduais, municipais), é possível sustentar-se que cada nível de poder pode, dentro da sua respectiva esfera de competência e na defesa de seus respectivos interesses, impedir uma degradação ambiental que esteja sendo praticada ou permitida por outro nível, não concedendo, por exemplo, o licenciamento ambiental sem maiores exigências.*

*Daí os riscos e restrições à possibilidade de o IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, delegar aos Estados o licenciamento de sua competência, como autoriza a Resolução CONAMA n° 237/97 (art. 4º, § 2º).*

*Por fim, cumpre ressaltar que não se pode considerar como taxativo o rol do art. 4º, nem tampouco o rol do art. 5º da Resolução n° 237/97, que tratam, respectivamente, dos licenciamentos pelo IBAMA e pelo órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal.*

*Basta lembrar que nem todos os espaços territoriais especialmente protegidos são unidades de conservação, nem se limitam a elas. É o caso dos ecossistemas protegidos constitucionalmente como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), de que é exemplo a Mata Atlântica, como um todo.*

## **9. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMPLEXO E AS LICENÇAS AMBIENTAIS COMO ATOS COMPLEXOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL**

Se é legítima e constitucional a exigência, quando couber, de duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, em diferentes esferas federativas, não se pode ignorar as preocupações e perplexidades dos empreendedores e dos órgãos licenciadores em razão da maior demora, custos e conflituosidade.

Por isso mesmo, defendemos, como alternativa, com resultado prático equivalente, o licenciamento ambiental complexo, processado em um mesmo nível, com participação efetiva dos órgãos licenciadores dos diferentes níveis federativos.

<sup>21</sup> *Direito Constitucional e Meio Ambiente, in Revista do Advogado da AASP, v. 37, 1992.*

É a alternativa que, sem dúvida, melhor concilia os interesses envolvidos (dos empreendedores, dos órgãos ambientais e da coletividade), mormente por se basear em um único Estudo de Impacto Ambiental, que avalie adequadamente os impactos nacionais, regionais (inter e intra estaduais) e locais, quando for o caso, e por evitar a superposição de taxas de polícia.

Conforme se verifica da decisão homologatória do acordo que viabilizou a operacionalização do licenciamento ambiental complexo, lançamos mão de clássicas lições de D. Administrativo acerca de *ato complexo* para, com as devidas e necessárias adaptações, caracterizar como complexos o licenciamento e as licenças ambientais a serem expedidas no caso Rodoanel:

*Esta forma de licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos.*

*Recorro às clássicas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>22</sup> para, ressaltadas as necessárias adaptações, por se tratar na espécie de licenciamento e licenças ambientais, de índole constitucional, que não se confundem com o licenciamento e a licença administrativa, deixar evidenciado que o licenciamento e as licenças ambientais na forma acordada, embora processados num único nível, são efetivamente procedimento e atos complexos resultantes da participação integrada das diferentes esferas federativas.*

*O ato administrativo complexo é definido pelo saudoso jurista como aquele formado pela manifestação de vontade que se expressa pela participação de dois ou mais órgãos, cujas exteriorizações se verificam em uma só vontade. Há como um feixe unitário de impulsos volitivos, de forma que o ato jurídico é produto da ação conjugada da vontade desses órgãos. **Nesse ato há unidade de conteúdo e unidade de fins de várias vontades que se congregam, operando em fases simultâneas ou sucessivas, para formar um único ato jurídico, como vontades concorrentes que cooperam na sua constituição.** (destaquei).*

*E prossegue: O ato complexo pressupõe operações de vontade de vários órgãos, que se completam para a sua criação. Eles são juridicamente homogêneos, pois agem pelos mesmos interesses, ou, por interesses idênticos. Portanto, ocorre fusão de vontades ideais de vários órgãos, que funcionam, destarte, como vontade única para a formação de um ato jurídico.*

*Não é diferente o entendimento esposado por Hely Lopes Meirelles<sup>23</sup>, que define o ato complexo como aquele que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes, para a formação de um ato único.*

A análise dos termos da proposta conciliatória apresentada pelo IBAMA e pelo Estado de São Paulo, com os acréscimos sugeridos pelo Ministério Público Federal revela que se trata efetivamente de licenciamento e de licenças ambientais complexos, de natureza constitucional, e que se tornaram viáveis, inclusive operacionalmente, por meio do acordo implementado e homologado nos autos da ação civil pública, o que realça, mais uma vez, a relevância da iniciativa.

<sup>22</sup> *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 474

<sup>23</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 154.

A proposta conciliatória, aceita por todos os atores envolvidos, encontra-se, ademais, em conformidade com a sentença proferida nos autos da ação civil pública e tem como premissas essenciais:

- **tópico “a”** - o processo de licenciamento da obra referente ao Rodoanel – Trechos Norte, Sul e Leste será efetuado junto ao órgão seccional do SISNAMA (Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo), em nível único de competência.
- **tópico “b”** - o IBAMA irá acompanhar e participar do processo de licenciamento ambiental único, analisando e manifestando-se de forma vinculativa, no bojo do procedimento, quanto aos aspectos de avaliação de impactos ambientais diretamente relacionados aos seguintes temas: Reserva da Biosfera do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, Ecossistema Mata Atlântica e Áreas Indígenas Barragem-Krukutu.
- **tópico “c”** - no que pertine ao Anexo I, que se refere aos aspectos técnicos e procedimentais a serem observados no licenciamento ambiental:
  - **item I** - o IBAMA deverá considerar para fins de análise do EIA/RIMA, o Plano de Trabalho elaborado, incluindo-se a Avaliação Ambiental Estratégica, documento essencial à análise do conjunto dos impactos ocasionados pelo empreendimento.
  - **item III** - previsão da participação de profissionais habilitados, indicados por representantes da sociedade civil, universidades e técnicos do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal e das Prefeituras interessadas, para as reuniões técnicas com vistas ao debate das questões atinentes à indução e ocupação da área de mananciais decorrentes da implantação do Rodoanel.
  - **item IV** - possibilidade do IBAMA determinar complementações ao Termo de Referência, em vista do resultado das reuniões técnicas e das audiências públicas realizadas.
  - **item VIII** - convocação de duas audiências públicas, com a participação do IBAMA, a serem realizadas na cidade de São Paulo, preferencialmente na zona sul, e em São Bernardo do Campo, com objetivo de dar conhecimento público dos estudos realizados.
  - **item X** - vinculação dos órgãos estaduais partícipes do licenciamento às deliberações do IBAMA.
  - **inclusão do item XI** - participação do IBAMA nos momentos seguintes à concessão da licença prévia, ou seja, na fase de licença de instalação e na licença de operação, bem como no licenciamento dos demais trechos do Rodoanel (Trechos Leste e Norte).

## 10. CONCLUSÕES

Embora inevitável a judicialização acerca de conflitos institucionais e federativos, é possível a redução do âmbito da litigiosidade, contribuindo-se, dessa forma, para a agilização da prestação jurisdicional e, em última análise, para o fortalecimento e o prestígio das instituições e da própria ação civil pública.



É imprescindível somar esforços às louváveis iniciativas institucionais que buscam estimular e aperfeiçoar a integração dos órgãos públicos das diferentes esferas federativas (órgãos da Administração Ambiental e Ministérios Públicos), e a aproximação com os empreendedores, conscientizando-os das vantagens da tutela adequada do meio ambiente alcançada, muitas vezes, através de soluções habilmente delineadas de comum acordo.

A composição obtida na ação civil pública do caso Rodoanel agilizou sobremaneira o final da lide e, conseqüentemente, a retomada dos trâmites e o prosseguimento das etapas sucessivas do licenciamento ambiental e da implantação do empreendimento, obra viária de inegável importância estratégica e econômico-social.

A tutela ambiental no sistema federativo brasileiro, que segue o modelo do *federalismo cooperativo*, é abrangente e compartilhada entre os níveis federativos através do *sistema de competência legislativa concorrente*, do *sistema de competência administrativa comum*, sendo os inevitáveis conflitos federativos, institucionais e ambientais, apreciados por um sistema de *jurisdição estadual e federal*.

Com a visão integrativa das esferas federativas ora exposta não se está propalando a federalização indiscriminada dos conflitos metaindividuais, mas é ela, muitas vezes, inevitável, por exigência do próprio sistema constitucional de competências concorrentes e comuns, e se revela profícua sempre que a integração representar a via mais propícia à agilização, racionalização e equacionamento dos conflitos metaindividuais envolvendo competências federativas.

A necessidade, notadamente, de se avaliar adequadamente os impactos globais do Rodoanel no ecossistema da Mata Atlântica, *patrimônio nacional*, numa região metropolitana de grande comprometimento, e na área do chamado Cinturão Verde da Cidade de São Paulo, Reserva da Biosfera e *patrimônio da humanidade*, justifica a integração efetiva do IBAMA no procedimento do licenciamento ambiental.

A necessidade de avaliação dos impactos do empreendimento globalmente considerado, tendo em vista seu porte, características atuais, e localização (em importante remanescente de Mata Atlântica), exige a reelaboração e o redimensionamento do Termo de Referência e do EIA-RIMA, a fim de serem adequadamente avaliados os significativos e diversificados impactos ambientais. Não é suficiente a avaliação segmentada e fragmentária dos impactos nas unidades de conservação da Mata Atlântica localizadas na área de influência do projeto.

Não é pelo fato da obra viária estar situada na Região Metropolitana da Grande São Paulo, consistindo em empreendimento intra-estadual, que está afastada a possibilidade de serem causados impactos de monta de âmbitos nacional e regional, a justificar a coexistência do licenciamento federal pelo IBAMA ou sua participação no licenciamento ambiental complexo acordado.

São inconfundíveis os interesses de âmbitos nacional e regional, cuja tutela compete ao IBAMA, e os interesses estaduais e locais, identificados e tutelados pelos órgãos ambientais destas respectivas esferas federativas. Eles podem coexistir numa determinada situação concreta, serem conflitantes entre si, e o licenciamento no nível estadual, nos moldes disciplinados pela Resolução nº 237/97, pode não se mostrar adequado nem suficiente à tutela dos interesses tutelados pela esfera federal, como ocorre no caso Rodoanel.

Como decorrência da adoção do sistema de competências concorrentes e comuns em matéria ambiental é plenamente legítima e admitida pelo sistema constitucional brasileiro a exigência simultânea, quando couber, do licenciamento ambiental em mais de um nível federativo. A hipótese é cogitada para atividades e projetos de empreendimentos com potencialidade de causar simultaneamente significativos impactos de âmbitos nacional, regional (inter e/ou intraestaduais) e/ou local (caso Rodoanel e REsp nº588022/SC).

Se é legítima e constitucional a exigência, quando couber, de duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, em diferentes esferas federativas, não se pode ignorar as preocupações e perplexidades dos empreendedores e dos órgãos licenciadores em razão da maior demora, custos e conflituosidade.

O licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente e é a alternativa que melhor concilia os interesses envolvidos (dos empreendedores, dos órgãos ambientais e da coletividade), mormente por se basear em um único Estudo de Impacto Ambiental, que avalie adequadamente os impactos nacionais, regionais (inter e intra estaduais) e locais, quando for o caso, e por evitar a superposição de taxas de polícia.

A análise dos termos da proposta conciliatória apresentada pelo IBAMA e pelo Estado de São Paulo, com os acréscimos sugeridos pelo Ministério Público Federal revela que se trata de *licenciamento e de licenças ambientais complexos, de natureza constitucional*, e que se tornaram viáveis, inclusive operacionalmente, por meio do acordo implementado e homologado nos autos da ação civil pública, o que realça, mais uma vez, a relevância da iniciativa.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional e Meio Ambiente*, in São Paulo: Revista do Advogado da AASP, v. 37, 1992.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993
- CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação, RIL 71:23-5
- CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*, in RP 5:7 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- CAPPELLI, Silvia. – *O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira*. Estudos Jurídicos. São Leopoldo. v.27. n.70. p.49-64. mai./ago. 1994.
- GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. v. 687, p. 24-25
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 6ª ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2005.

- \_\_\_\_\_. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2000.
- FREITAS, Vladimir Passos de e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, 7ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MALINCONICO, Carlo. *I beni ambientali, Trattato di diritto amministrativo*, Padova: Cedam, v. 5, 1991.
- MILARÉ, Edis, Antônio Herman V. Benjamin. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro, 21ª edição, atualizada*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade*. In MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos – Efetividade e desafios* (no prelo).
- \_\_\_\_\_. *A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do Judiciário*. In KISHI, Sandra, SILVA, Solange T. e SOARES, Inês (Org.). *Desafios do Direito Ambiental: estudos em homenagem ao Prof. Paulo Affonso Leme Machado* (no prelo).

# RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: EFETIVIDADE, QUESTÕES PROCESSUAIS E JURISPRUDÊNCIA\*

ELADIO LECEY

Presidente, Instituto "O Direito por um Planeta Verde",  
Professor das Escolas da Magistratura e do  
Ministério Público do Rio Grande do Sul

## 1. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. DIREITO AMBIENTAL PENAL: UM NOVO PARADIGMA?

O bem juridicamente tutelado pelo Direito Ambiental Penal é o próprio meio ambiente e um bem difuso por excelência. O meio ambiente é um bem acentuadamente difuso. Uma ofensa ao ambiente, embora reflexamente e por vezes de maneira imediata possa atentar contra direitos individuais, como a vida e a saúde das pessoas, atenta contra a coletividade e incide difusamente, dizendo não somente com as gerações presentes, mas com as futuras gerações, consoante muito bem aponta a nossa Constituição Federal que, em seu artigo 225, determina que *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*.

Na verdade, o meio ambiente é mais do que um direito, um autêntico interesse. Como observa Mancuso, um direito esgota sua função a partir do momento em que outorga uma prerrogativa a seu titular, enquanto o interesse tende a, indefinidamente, se repetir e a se transformar<sup>1</sup>.

O meio ambiente é um bem, um autêntico valor, ou melhor, uma *riqueza*, em si, gerando interesses às pessoas individual e coletivamente consideradas.

De tal peculiaridade, emergem suas características como um bem e interesse autônomo, supraindividual e com âmbito macrossocial.

Ditas características especiais do bem tutelado pela norma ambiental penal, reflexos tiveram no Direito Ambiental Penal, de modo a diferenciá-lo do direito penal tradicional, acentuando-se a *prevenção geral*, com adoção de tipos de delito a fim de serem atingidos os riscos, o *caráter educativo*, com tipos dotados de elementos normativos e até normas penais em branco, considerada também a interdisciplinaridade da questão ambiental e a *prevenção especial* com tipos culposos, omissivos e até omissivos culposos.

---

Versão atualizada do texto publicado em *"Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais"*, Anais do 8º Congresso Internacional de Direito Ambiental do Instituto O Direito por um Planeta Verde, organização de Antonio Herman Benjamin, Imprensa Oficial, São Paulo (SP, 2004) e na Revista de Direito Ambiental 35, RT.

<sup>1</sup> Mancuso, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos, Conceito e legitimação para agir*, Editora RT, 5ª. ed., 2000 p. 97

Novos paradigmas se fizeram necessários e, dentre eles, destaca-se a responsabilização criminal da pessoa jurídica, tendo em vista as mais expressivas degradações a promanarem na sociedade de massa e de risco da atualidade, através e no interesse ou benefício dos grandes conglomerados de empresas. Na busca de uma mais efetiva justiça ambiental e social, criminalizou-se a pessoa coletiva e seus dirigentes, até por omissão, deixando-se, muitas vezes de criminalizar os funcionários subalternos, autênticos “peixes miúdos” que, não raramente, acabam por sofrer injusta imputação quando não poderiam agir doutra forma na estrutura da empresa.

Em razão desses novos paradigmas, necessário se faz repensar o Direito Penal e o Direito Processual Penal, adequando-se-os, principalmente, aos novos sujeitos trazidos ao polo passivo do processo criminal.

## **2. EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO**

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, realidade na Lei dos Crimes contra o meio ambiente, gradativamente vem se tornando efetiva. De um modo geral, as pessoas jurídicas tem acatado a sua responsabilização trazida pela Lei nº 9605/98.

Há registro de diversas ocorrências de fatos, em tese constituindo crimes tipificados pela mencionada lei de proteção penal do meio ambiente, a respeito dos quais as pessoas jurídicas, aceitando a atribuição da autoria, tem efetuado transação penal, nos termos da Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 9099/95, aceitando a imposição imediata de medida alternativa (restritiva de direitos ou multa) não havendo, em contrapartida, instauração de processo criminal com juízo de condenação e aplicação de pena. Dita transação é possível para determinadas infrações, consideradas de menor potencial ofensivo (contravenções penais ou crimes com penas cominadas até dois anos, artigos 61 e 76 da Lei nº 9099/98 e artigo 2º da Lei nº 10259/01).

Também se registram fatos, tipificados como crimes contra o ambiente, em que as pessoas jurídicas têm acordado a suspensão do processo, trazida para o direito brasileiro pela Lei dos Juizados Especiais, em seu artigo 89 (possível para os crimes a que cominada pena mínima não superior a um ano). Em tal situação, oferecida denúncia, fica o processo suspenso, mediante condições avençadas, transcorrido o prazo da suspensão, cumpridas as condições, constatada por laudo a reparação do dano ao ambiente, é declarada extinta a punibilidade.

Ditas medidas, além de propiciarem pronta solução aos casos, constituem, em nosso sentir, instrumentos de efetiva tutela ao ambiente, já que somente é possível a transação penal se houver prévia composição do dano causado ao meio ambiente, assim como na suspensão do processo, conforme já apontado, para a declaração da extinção da punibilidade é exigida a constatação por laudo da reparação do dano ao ambiente (artigos 27 e 28 da Lei nº 9605/98).

É de se observar que, dentre os crimes previstos na Lei nº 9605/98, ape-

nas um não se enquadra, em razão das penas cominadas, dentre os que admitem transação ou suspensão do processo, qual seja, o de incêndio doloso contra mata ou floresta (artigo 41, “caput”). Assim, em sua grande maioria, os fatos acabam não sendo submetidos a processo e condenação no juízo criminal, restringindo-se àquelas alternativas, no mesmo juízo criminal, é bem verdade.

Registram-se, no entanto, casos de instauração de processo criminal contra pessoas jurídicas, principalmente decorrentes do juízo de não suficiência daquelas alternativas (transação penal e suspensão do processo submetem-se também a outros requisitos, além da quantificação de pena cominada, que demonstrem suficientes ditas alternativas).

Alguns casos já chegaram aos tribunais de segundo grau, dentre os quais, registra-se o Recurso Criminal 00.020968-6, julgado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo relator o Desembargador Solon d’Eça Neves, que, dando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, determinou o recebimento de denúncia contra a empresa Agropastoril Bandeirante Ltda. pelos crimes de poluição previstos nos artigos 54, § 2º, V e 60 da Lei nº 9605/98. Haviam sido denunciados tanto a empresa quanto as pessoas físicas seus sócios, tendo o juiz de primeiro grau rejeitado a denúncia relativamente à pessoa jurídica, a recebendo tão somente quanto às pessoas físicas. Por unanimidade, a Câmara acatou o recurso, admitindo expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a seguinte ementa: “*Completamente cabível a pessoa jurídica figurar no pólo passivo da ação penal que tenta apurar a responsabilidade criminal por ela praticada contra o meio ambiente*”.

Outro caso significativo tramita na Justiça Federal do Brasil. Trata-se de ação penal 2000.70.00.019440-4, na 2a. Vara Federal Criminal de Curitiba, Paraná, em que foi denunciada a Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A, pessoa jurídica de direito privado e alguns de seus dirigentes, pelo delito de poluição previsto no artigo 54 da Lei dos Crimes contra o ambiente. Houve interposição de mandado de segurança criminal, visando o trancamento da ação penal contra a pessoa jurídica, tendo sido denegado, neste aspecto, por unanimidade pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região.

Destaca-se, da ementa do julgamento: “*Crime contra o meio ambiente. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Possibilidade. Evolução histórica do conceito de pessoa jurídica. Passagem da criminalidade individual ou clássica para os crimes empresariais... . Imputação penal às pessoas jurídicas. Capacidade jurídica de ter causado um resultado voluntariamente e com desacato ao papel social imposto pelo sistema normativo vigente. Possibilidade da pessoa jurídica praticar crimes dolosos, com dolo direto ou eventual, e crimes culposos. Culpa limitada à manifestação de vontade de quem detém o poder decisório*”. (Mandado de Segurança 2002.04.01.013843-0/PR).

Em 18 de abril de 2002 foi proferida sentença, a primeira, ao que consta, lançada em nosso país, condenando pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente. Trata-se de decisão do magistrado Luiz Antonio Bonat, Juiz Federal, da 1a. Vara em Criciúma, Santa Catarina, no processo 2001.72.04.002225-0 que condenou a empresa A.J.Bez Batti Engenharia Ltda. e seu diretor pelos crimes previstos

nos artigos 48 (impedimento de regeneração de vegetação) e 55 (extração indevida de recursos minerais) da Lei nº 9605/98, em concurso formal.

Mais recentemente ainda, em 6 de agosto de 2003, o Tribunal Regional Federal da 4a. Região, julgando a apelação criminal nº 2001.72.04.002225-0/SC, por decisão unânime, sendo relator o Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, manteve, por unanimidade, a sentença condenatória. Trata-se, portanto, ao que tudo indica, da primeira condenação de pessoa jurídica em segundo grau de jurisdição proferida no Brasil, tendo o acórdão já transitado em julgado, sendo, pois, definitiva a decisão. Configura, assim, significativo precedente.

Registram-se, atualmente, várias outras decisões, tanto de primeiro quanto de segundo grau, no sentido da admissibilidade da responsabilização criminal da pessoa coletiva por delitos contra o ambiente.

Dentre as decisões de segundo grau, destacamos:

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o Mandado de Segurança 349440/8, julgado pela 3a.Câmara, com a seguinte ementa: *Crime Ambiental. Responsabilidade penal de pessoa jurídica. Inconstitucionalidade da Lei 9605/98. Inocorrência. Determinando a responsabilidade penal de pessoa jurídica, a Lei no. 9605/98 não se mostra inconstitucional, pois tal diploma legal, ao prever as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, disciplinou a matéria conforme autoriza a Constituição Federal no § 3º do seu art. 225.* (Relator: Ciro Campos). No mesmo sentido, a decisão no Habeas Corpus 356360/1, da 14ª. Câmara Criminal, sendo Relator Rene Ricupero.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Habeas Corpus 10000.00.352327-1/000(1), decidido pela Segunda Câmara Criminal fundamentando, expressamente, no corpo do acórdão, que: *“a Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, admitiu, de forma expressa, a responsabilização penal da pessoa jurídica, a qual é tratada pela Lei nº 9605/98”* (Relator Des. José Antonino Baía Borges).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Apelação-crime 700009597717, julgada pela 4a. Câmara Criminal, sendo Relator o Desembargador José Eugênio Tedesco, que deu provimento para determinar o recebimento de denúncia contra pessoa jurídica, com a seguinte ementa: *Denúncia. Rejeição. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3º, determina expressamente que a pessoa jurídica está sujeita às sanções penais quando praticar condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Da mesma forma, preceitua o art. 3º da Lei no. 9605/98. Assim, não aceitar a responsabilização penal da pessoa jurídica é negar cumprimento à Carta Magna e à lei. Recurso de apelação julgado procedente.*

A última decisão teve um voto vencido, em razão do que foram interpostos embargos infringentes, de número 70010589323, a que negado provimento pelo Segundo Grupo de Câmaras Criminais do referido tribunal. No seu voto, destaca o relator Desembargador Danúbio Edon Franco, citando Sergio Salomão Shecaira: *“como justificar, no que concerne à própria essência da reprovação, que se possa punir administrativamente, ou mesmo civilmente, uma pessoa jurídica por um ilícito civil ou administrativo? Não estaríamos reprovando alguém que, também*

*aqui, não tem consciência nem vontade? Não seria uma burla de etiquetas permitir a reprovação administrativa e civil por um crime ecológico (por exemplo), mas não uma reprovação penal?”.*

Destaque-se no voto do mesmo relator: *“Nessa linha, que é a orientação recomendada pelos congressos internacionais de direito penal, desde o 2º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Bucarest, em 1929, até o XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro, em 1994, o Brasil adotou constitucionalmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica na defesa do meio ambiente e do consumidor (arts. 225, § 3º, e 173, § 5º, respectivamente), a qual deu efetividade por meio das leis ordinárias, no caso a Lei 9.605, de 12-02-1998.*

Ainda, no mesmo voto: *“No plano da realidade, a questão está superada, sendo a lei muito clara nas suas disposições, responsabilizando criminalmente tanto o agente humano quanto o ente jurídico, atribuindo a um e outro sanções adequadas. Por óbvio que não há que se falar em inconstitucionalidade, por algo que a própria constituição previu. Também não se quer dizer que no texto constitucional está subentendida a expressão respectivamente, pretendendo com isso dizer que as sanções penais são destinadas a pessoa física e as administrativas a pessoa jurídica”.*

### **3. DIFICULDADES JURÍDICO-OPERACIONAIS. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS**

A Lei 9605/98, ao inovar no direito penal brasileiro com o reconhecimento da co-responsabilização criminal entre a pessoa jurídica e a pessoa natural, como está no artigo 3º e seu parágrafo único, apresenta, no entanto, lacuna ao não explicitar normas processuais ou procedimentais sobre esta nova criminalização. No tocante aos aspectos processuais, contém apenas três dispositivos que dizem também com matéria penal, quais sejam: o artigo 26 que determina seja sempre pública incondicionada a ação penal, o artigo 27, regulando regras especiais para a transação penal e o artigo 28 tratando da suspensão do processo determinando procedimento especial à declaração da extinção da punibilidade na busca de efetiva constatação da reparação do dano ao meio ambiente.

Em decorrência desta não previsão expressa de regras procedimentais, dificuldades jurídicas operacionais vêm surgindo na efetivação da nova responsabilização em matéria penal. *De lege ferenda*, seria conveniente a explicitação de algumas regras de processo e procedimento a facilitar a operacionalização desta nova via de proteção penal ao meio ambiente, já que, como sabemos, as mais expressivas degradações ambientais são praticadas no interesse e benefício das pessoas jurídicas, através de sua por vezes extremamente complexa estrutura. Quem sabe, aproveitando, ao menos em parte, o modelo francês que editou uma “lei de adaptação” trazendo regras de processo penal específicas à pessoa jurídica, como parece sugerir, dentre nós, Tupinambá Pinto de Azevedo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Azevedo, Tupinambá Pinto de. *Aspectos processuais da Lei n.9605/98*, em Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público, Del Rey 2003, pp. 361/407.



No atual contexto, todavia, não se apresentam autênticos e insuperáveis óbices que inviabilizem a efetivação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica no direito ambiental penal brasileiro, como muito bem destacam Ada Pellegrini Grinover<sup>3</sup> e Walter Claudius Rothenburg<sup>4</sup>. Por integração pelas normas e princípios gerais já existentes no sistema jurídico penal brasileiro poderão, perfeitamente, serem solucionadas ditas dificuldades e aparentes óbices.

A seguir, abordaremos algumas destas questões, ditas processuais, que tem surgido na operacionalização da efetividade da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, trazidas como alegados óbices por parte da doutrina e pareceres de consultores contratados pelas pessoas jurídicas, referindo também a jurisprudência sobre a matéria.

Ditas questões dizem com:

- a) a existência ou não de concurso necessário entre a pessoa física e a jurídica, o interesse e benefício da última como requisito à sua responsabilização e os seus conseqüentes reflexos na elaboração da denúncia pelo agente do Ministério Público
- b) procedimento aplicável
- c) representação em juízo; na citação e intimação; na composição do dano, na transação penal e na suspensão do processo
- d) o interrogatório da pessoa jurídica: indicação ou não de preposto?
- e) aplicação da pena e seus reflexos na sentença; dosimetria; princípios “nulla poena sine lege” e da individualização da pena.
- f) execução da pena não cumprida pela pessoa coletiva; multa; restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

## 3.1 DENÚNCIA

### 3.1.1 Concurso necessário?

Uma das dificuldades com que tem se deparado os agentes do Ministério Público, na elaboração da denúncia em caso de crimes contra o ambiente praticados através da pessoa jurídica tem sido a alegada existência de concurso necessário entre a pessoa jurídica e a pessoa natural, de modo que, indispensavelmente, deverá a peça acusatória explicitar a(s) pessoa(s) físicas co-autora(s) da pessoa jurídica, oferecendo também denúncia contra as pessoas naturais, sob pena de rejeição.

O concurso de agentes no crime, sabidamente, pode ser necessário ou eventual. Quando a descrição do tipo de um delito contiver, dentre seus elementos, a pluralidade de agentes, como no caso do crime de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal), estar-se-á frente ao concurso necessário de agentes, já que integrante do tipo. Concurso eventual haverá nos demais crimes que, embora podendo

<sup>3</sup> Grinover, Ada Pellegrini, *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, em Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal, RT, 1999, pp. 46/50

<sup>4</sup> Rothenburg, Walter Claudius, em Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal, RT, 1999, pp. 153/158

ser executados por uma pessoa, eventualmente, poderão ser realizados por mais de um agente, seja como co-autor ou partícipe.

Os tipos penais descritos na Lei 9605/98 são, obviamente, delitos de autoria singular, admitindo eventual concurso de agentes, como a grande maioria dos crimes.

No tocante à pessoa jurídica, todavia, como explícita o artigo 3º da mencionada lei, está prevista a co-responsabilização entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas, autoras, co-autoras e partícipes.

No “caput” do dispositivo legal, previsto como requisito da responsabilidade criminal da pessoa coletiva que a infração *“seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado”*. Sempre, pois, haverá uma ou mais pessoas naturais deliberando pela pessoa jurídica e, pois, concurso de agentes entre a última e a(s) pessoa(s) física(s). Aquele ou aqueles que deliberarem no interesse e benefício da pessoa jurídica, serão seus co-autores, segundo a teoria do domínio do fato, ou meros mandantes segundo a teoria formal ou da tipicidade que restringe a autoria (e a co-autoria) à execução da figura típica.

Outros concorrentes, eventualmente, poderão surgir, como a(s) pessoa(s) física(s) que, não sendo quem deliberou pela pessoa jurídica, contribuiu de qualquer sorte para o crime contra o ambiente, como, exemplificativamente, os empregados que executaram as tarefas degradadoras de poluição em níveis tais a configurar o tipo poluição previsto no artigo 54 da Lei 9605/98, desde logicamente, que presentes outros requisitos à sua imputação, dentre eles, a exigibilidade de conduta diversa. Trata-se, aqui, do concurso de agentes previsto no parágrafo único do mencionado artigo 3º.

Assim, embora não seja elemento dos tipos penais contra o meio ambiente, em se tratando de atividade através e no interesse da pessoa jurídica, pressuposto estará o concurso de agentes com a pessoa natural que deliberou pela pessoa coletiva. Sendo requisito da responsabilização, deverá estar explicitado e narrado com suas circunstâncias fáticas na denúncia.

Desta forma a jurisprudência vem se manifestando, reconhecendo inépcia da peça acusatória quando não permite concluir que o delito foi cometido por decisão de representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado da empresa acusada<sup>5</sup>. Inclusive, destaque-se, há no mesmo sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça (RE331929-SP(2001/00866677-9)).

Não significa, no entanto, que sempre deverá a denúncia incluir, dentre os imputados, as pessoas físicas, mesmo aquelas que teriam deliberado pela pessoa jurídica. Isso porque, às vezes, embora evidenciada a concorrência, não se consegue apurar a(s) pessoa(s) física(s) que contribuíram. Dita conclusão tanto se aplica aos concorrentes previstos no parágrafo único do artigo 3º da Lei 9605/98,

<sup>5</sup> MS3499440/8, 3a. Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal. Ementa 112283. Voto vencedor: *“Em se tratando de crime ambiental, previsto na Lei nº9605/98, deve ser reconhecida a inépcia da denúncia que não permite concluir que o delito foi cometido por decisão de representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado da empresa acusada, pois a inicial deve imputar os fatos à pessoa jurídica de forma completa e correta, de forma a permitir o exercício da ampla defesa”* (Ciro Campos).

HC1.0000.00.352327.1/000(1), Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ementa: *“Crime ambiental – Trancimento da ação penal. Possibilidade. Denúncia inepta. Ordem Concedida. É de se trancar a ação penal intentada contra pessoa jurídica, por suposta prática de crime ambiental, se a denúncia não identifica o indivíduo que violou o comando normativo e não demonstra que essa conduta se deu em estrito cumprimento de deliberação tomada no âmbito do poder decisório da pessoa jurídica”* (Relator José Antonino Baia Borges)

como eventuais empregados que executaram as tarefas que contribuíram ao crime, quanto aos previstos no “caput” do mesmo dispositivo legal, ou seja, aquele(s) que deliberaram pela pessoa jurídica. Tal poderá ocorrer quando não identificados aqueles que deliberaram, por exemplo, dentre os sócios membros de órgão colegiado em reunião com votação secreta em decisão não unânime, como muito bem aponta Tupinambá Pinto de Azevedo<sup>6</sup>.

Assim, o que a denúncia deverá conter, necessariamente, será a deliberação por quem de direito no seio da pessoa jurídica, incluindo na imputação ditas pessoas físicas quando identificadas. Acaso não precisamente apuradas suas identificações, deverá a referida circunstância ser explicitada na peça acusatória que, assim, atenderá o requisito da lei penal ambiental, denunciando a pessoa jurídica, fundamentando seus pressupostos, mas deixando de denunciar outros concorrentes eventualmente não apurados.

O mesmo poderá ocorrer nos chamados crimes de concurso necessário de agentes, como o do artigo 288 do CP, no concurso eventual de agentes no furto ou roubo, hipóteses em que, embora evidenciado o concurso (necessário ou eventual), narrado na peça acusatória, não apurado algum ou alguns dos sujeitos ativos. Não deixará, por isso, de ser admitido o concurso, a qualificadora ou a majorante, respectivamente. Da mesma sorte, reitere-se, comprovada a deliberação pela pessoa jurídica, mas não identificada(s) pessoa(s) física(s) concorrente(s), poderá, perfeitamente, ser denunciada a pessoa jurídica, já que presente requisito legal à sua imputação.

### 3.1.2 Interesse ou benefício da pessoa jurídica

Outro pressuposto à responsabilização criminal da pessoa jurídica, segundo a Lei dos Crimes contra o Ambiente, é que a infração seja cometida no interesse ou benefício da pessoa coletiva (artigo 3º, “caput”).

Assim, a peça acusatória deverá explicitar os requisitos benefício e/ou interesse da pessoa jurídica. De regra, qualquer conduta no exercício regular da atividade de uma empresa, por exemplo, será no seu interesse ou benefício. Todavia, poderá determinada conduta ser exercitada sem deliberação por quem de direito, ou com excesso de mandato ou até contrariamente aos interesses da empresa. Em tais casos, ausente pressuposto legal, não será denunciada a pessoa jurídica e, tão somente, a pessoa ou as pessoas físicas responsáveis.

Interessante citar aqui precedente jurisprudencial em mandado de segurança relatado pelo Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas: *“As pessoas jurídicas podem ser processadas por crime ambiental, todavia, a denúncia deve mencionar que ação ou omissão foi fruto de decisão de seu representante legal ou contratual, ou do seu órgão colegiado, ainda que esta decisão tenha sido informal ou implícita.* (parte da ementa no MS. 2002.04.01.054936-2/SC) No corpo do acórdão sustentado que a vantagem

<sup>6</sup> obra citada, pp.366 e 399

(*interesse ou benefício da entidade*) pode estar implícita nos atos da diretoria, não sendo necessário que tenha sido deliberada em reunião e registrada em ata, até porque isso seria praticamente impossível de ocorrer. Todavia, mesmo implícita, deve ser apontada na denúncia.

Ainda, de valia recomendação da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, no parecer lançado no RE331929-SP(2001/0086677-9), STJ: “*Indiscutível a desnecessidade de ato formal. Todavia, necessária a indicação mínima de tomada de posição. Por exemplo: orientação para contenção de despesas, para compra de material de baixa qualidade, a demissão de funcionários qualificados e contratação de inexperiente, a instalação de uma fábrica sem o licenciamento ambiental, etc.*”

De se destacar também o constante no item 42 da Ementa no acórdão do MS. 2002.04.01.013843-0/P que foi relatado pelo Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa do Tribunal Regional Federal da 4a. Região: “O art.3º da Lei 9.605/98 condiciona a responsabilidade criminal da empresa ao fato de ter sua direção atuado *no interesse ou benefício de sua entidade*. O que se deve examinar para saber se o tipo penal do art. 3º da Lei 9.605/98 acabou por ser subsumido é analisar o conteúdo da decisão do órgão diretivo. Se ela foi tomada no desenvolvimento empresarial e para garantir o sucesso dele, não há interesse individual do gerente na decisão, mas da sociedade. Logo, a mesma surgiu para satisfazer o interesse da garantia do resultado da produção. Esse proveito para o sucesso da empresa pode ser intencional (dolo) ou fruto de negligência (culpa).”

Em termos de Direito Ambiental Penal, estamos frente a novos paradigmas, dentre eles a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Assim, o agente do Ministério Público deve estar atento às peculiaridades desses novos direitos, a exigirem mecanismos procedimentais especiais, de modo que se recomendam denúncias bem mais arrazoadas, bem mais detalhadas, explicitando todos os requisitos àquela responsabilização, autêntico novo paradigma. Assim, deverá arazoar como pressupostos: a) deliberação por quem de direito, inclusive a forma da decisão, b) interesse ou benefício da pessoa jurídica. c) narrar a conduta do (s) executor (es), com a qual se confundirá a atividade da pessoa jurídica já que aqueles executam conduta por esta, d) incluir as pessoas físicas identificadas como co-autoras ou partícipes.

### **3.2 PROCESSO**

As garantias constitucionais do processo aplicam-se não somente às pessoas naturais quanto às jurídicas. Como bem observa Ada Pellegrini Grinover, “embora historicamente relacionadas à proteção do indivíduo submetido à persecução penal, seu valor não pode ser menosprezado quando se admite hoje a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois se a simples instauração do processo penal sempre representou um dos maiores dramas para a pessoa humana, não são menores as repercussões que uma acusação criminal dirigida a uma empresa pode

acarretar ao normal desenvolvimento de suas atividades e, sobretudo ao seu conceito e de seus dirigentes e funcionários no seio da comunidade”.<sup>7</sup>

A respeito, interessante lembrar decisão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inicialmente se posicionando contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica forte ainda no brocardo *societas delinquere non potest*. No mesmo julgado, a referida câmara, por sua então composição, analisando o artigo 225, § 3º da Constituição Federal e o artigo 3º da Lei 9605/98, entendeu que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada por ato próprio, mas, tão-somente, por ato de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado. Em seguida, sustentou não se poder afirmar a inconstitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica quando está claramente prevista na Constituição e regulamentada na Lei Ambiental. Então, reconheceu que as penas previstas nos artigos 21 e 22 da mencionada lei constituiriam autênticas medidas de segurança patrimoniais, como decorrência da ação delitiva de seus dirigentes. Finaliza o acórdão entendendo “que a pessoa jurídica, em se tratando de crime ambiental, nem deva ser denunciada, podendo o Ministério Público, ao final da denúncia, pedir a aplicação à pessoa jurídica à qual o denunciado está vinculado, de uma das penas previstas nos arts. 21 e 22 da Lei 9.605”. (Apelação Crime 70005157896, Relator Desembargador Gaspar Marques Batista).

Com a máxima vênia aos prolores da decisão ora comentada, admitir aplicação de medida que tem, não há dúvida alguma, caráter punitivo, sem denúncia, sem oportunidade de defesa, fere as garantias constitucionais, dentre elas o devido processo legal e a ampla defesa. Ditas garantias, não há dúvida, devem ser estendidas à pessoa moral. Mesmo no âmbito cível, onde é admitida a responsabilidade objetiva em matéria ambiental, deve ser assegurado o chamamento a juízo para exercício do direito de defesa. Assim também no âmbito administrativo e, com muito maior razão, em matéria de aplicação de medida punitiva, indispensável se mostra o chamamento a juízo para exercício de defesa.

De se observar, no entanto, que, mais recentemente, a mesma Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria é verdade, se manifestou pela possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, admitindo denúncia e imposição do devido processo legal (Apelação Criminal 70009597717, 14/10/2004, Relator Desembargador José Eugênio Tedesco, já referida anteriormente neste texto). Dita decisão deu margem aos Embargos Infringentes 700010589323, impetrados pela empresa denunciada, oportunidade em que o 2º. Grupo Criminal do mesmo Tribunal de Justiça, por ampla maioria, sendo relator o Desembargador Danúbio Edon Franco, rejeitou os embargos, decidindo pela denúncia e processo contra a pessoa jurídica. Na fundamentação do acórdão: “essa reprovação no plano civil – por algo que no fundo é a mesma culpa – não limitaria a possibilidade de defesa da própria empresa, que não teria os instru-

<sup>7</sup> Grinover, Ada Pellegrini, *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, texto ampliado e revisto, em palestra proferida no 3o. Curso de Direito Ambiental Penal do Instituto O Direito por um Planeta Verde, sob o título: “A pessoa jurídica como acusada no processo criminal: aspectos processuais, inédito, pp.1/2

*mentos normalmente assegurados pelas normas processuais para exercício de seus direitos (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, etc.)?”.*

Assim, aplicam-se às pessoas jurídicas e não somente às físicas as regras constitucionais bem como as processuais gerais, num autêntico processo de integração das normas do ordenamento jurídico como um todo. Portanto, presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, dentre outras, são garantias também da pessoa coletiva.

### 3.2.1 Procedimento aplicável

Conforme já destacado, não existe, na Lei 9605/98 qualquer regra explicitando o procedimento aplicável em caso de ser processada a pessoa jurídica por crime contra o meio ambiente. Dita falta de previsão tem levado alguns a sustentarem ter sido ferido o princípio constitucional do devido processo legal<sup>8</sup>.

Todavia, aplicam-se, por integração, as regras e garantias processuais gerais, de modo que os procedimentos aplicáveis em caso de processo contra a pessoa jurídica serão os ditos *comuns*, ordinário ou sumário, conforme as penas cominadas nos tipos incriminadores, pelas normas do Código de Processo Penal (sempre subsidiárias como explicita o artigo 79 da Lei 9605/98) e o procedimento sumaríssimo das Leis dos Juizados Especiais Criminais em caso de infração de menor potencial ofensivo. Inclusive, com as regras especiais previstas nos artigos 27 e 28 da Lei 9605/98 quanto à transação penal (exigindo prévia composição do dano ambiental) e à suspensão do processo (determinações específicas para a constatação da reparação do dano ambiental como condição à extinção da punibilidade).

Nenhuma dificuldade se nos afigura em tal sentido, sendo de se destacar útil a uniformização de procedimentos à pessoa natural e à pessoa jurídica, tendo em vista a ocorrência de concurso de agentes em crimes contra o meio ambiente, consoante já analisado anteriormente. Assim vem se orientando a doutrina grandemente majoritária<sup>9</sup>. No mesmo sentido também a jurisprudência, inclusive em segundo grau de jurisdição (TRF da 2a. Região, MS 2002.02.0104663-8, voto da relatora Desembargadora Federal Vera Lucia Lima, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo<sup>10</sup>, HC 351992/2, Ementa 111229, tese vencedora do Dr. Lagastra Neto<sup>11</sup>)

<sup>8</sup> Schecaira, Sérgio Salomão, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2a. edição ampliada, Editora Método, pp.166/172

<sup>9</sup> dentre outros, Ada Pellegrini Grinover (obras citadas, p.48, item 4 e p.9, item 6, respectivamente), Walter Claudius Rotherburg (obra citada, p.156), Tupinambá Pinto de Azevedo (obra citada, pp.362/363), Edis Milaré, (*Direito do Ambiente*. RT, 200, p.453)

<sup>10</sup> “De fato, inexistente na Lei nº9605/98 normas disciplinadoras do procedimento para apuração de delitos cometidos por pessoa jurídica. Todavia, o artigo 79 deste diploma legal expressamente determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal”, mais adiante, no mesmo voto: “... nas ações penais em que a pessoa jurídica figure como acusada, deverá o órgão julgador valer-se não só das normas contidas no Código de Processo Penal, mas também de outras regras procedimentais que entenda pertinentes, sempre tendo em mira a necessidade de garantia do devido processo legal e à ampla defesa”.

<sup>11</sup> “Deve ser afastada a arguição de inconstitucionalidade da Lei 9605/98, quanto à determinação de responsabilizar-se criminalmente pessoa jurídica, pois o disposto no §

3º do art. 225 da Constituição Federal demonstra cabalmente que o Brasil filiou-se às correntes mais modernas da prevenção e perseguição de pessoas físicas e jurídicas... sendo certo que, como a referida lei nada contém sobre norma processual ou de procedimento quanto ao ser art. 3º, impõe-se a aplicação integrada das normas já existentes nos diplomas e consolidações em vigor”.

É bem verdade que seria aconselhável a edição de algumas regras especiais, mesmo que num procedimento comum para as duas espécies de acusados, de modo a esclarecer dúvidas em relação a determinados aspectos, como a representação em juízo, a citação, intimação, interrogatório, aplicação e execução das penas. Todavia, não fica obstaculizado o processo.

### 3.2.2 Representação em juízo

Nossa legislação processual penal, mesmo a Lei 9605/98, não contém dispositivo sobre a representação da pessoa jurídica no juízo criminal. Preferível o tivesse feito e, *de lege ferenda* venha a fazê-lo, quem sabe seguindo as linhas gerais do modelo francês que explicita o representante legal na época das investigações (e não do delito) que a representará em todos os atos do processo, sendo designado pelo Tribunal de Grande Instância um representante no caso de a persecução penal pelos mesmos fatos ou conexos for também contra o representante legal.

Enquanto tal não ocorra em nosso país, no entanto, por integração das normas do nosso ordenamento jurídico, a representação em juízo será regulada pelo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, artigo 12, incisos VI e VIII, ou seja, por quem os seus estatutos designarem ou, na falta, por seus diretores e a pessoa jurídica estrangeira pelo seu gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil<sup>12</sup>. Admitida a responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito público, o que não é questão resolvida frente nosso ordenamento jurídico, dependendo de interpretação, a representação será na forma do inciso I do mesmo artigo 12, ou seja, por seus respectivos procuradores.

Algumas questões processuais devem ainda ser mais detidamente examinadas sob o aspecto da representação em juízo, em especial na citação, intimação, composição do dano, transação penal e suspensão processo.

#### 3.2.2.1 Citação e intimação da pessoa jurídica

A citação e a intimação da pessoa jurídica será feita por intermédio de seu representante legal, na forma já explicitada, ou seja, de conformidade com o artigo 12 do CPC, recém examinado. Admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, a citação da União será feita consoante estabelece a Lei Complementar 73, de 10.2.1993<sup>13</sup>.

No mais, a citação da pessoa jurídica obedecerá as regras do processo penal, ou seja, artigos 531 e seguintes do Código de Processo Penal e das Leis dos Juizados Especiais Criminais. Será pessoal e por mandado, expedindo-se precatória

<sup>12</sup> Grinover, Ada Pellegrini, obra citada p.47)

<sup>13</sup> Conforme artigo 35, nos processos da competência privativa do STF, através do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral da União em caso de competência originária de tribunais superiores, nos demais tribunais através do procurador-Regional da União e, na competência dos juízos de primeiro grau, através do Procurador-Chefe ou Seccional da Fazenda Nacional

quando estiver o representante fora do território da jurisdição em que tramita o processo. Poderá ser por edital nas hipóteses dos artigos 361 a 363 do CPP. Já nos Juizados Especiais Criminais não é admitida a citação por edital. Não será possível, outrossim, citação pelo correio.

As intimações, sempre através de representante, obedecerão ao Código de Processo Penal e as Leis dos Juizados Especiais Criminais, podendo, no último caso, ser feitas por qualquer meio idôneo de comunicação como permite o artigo 67 de Lei 9099/95<sup>14</sup>, inclusive meio eletrônico trazido pela Lei dos Juizados Especiais Federais para as infrações de menor potencial ofensivo, aplicável também, por analogia, aos Juizados Especiais Estaduais.

### **3.2.2.2 Representação na composição do dano, na transação penal e na suspensão do processo**

Em se tratando de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo que a maioria dos crimes previstos na Lei 9605/95 se enquadra na classificação, será admissível composição do dano e transação penal, sem instauração de processo criminal e declaração de extinção da punibilidade, composto o dano e cumpridas as medidas aplicadas na transação. Ainda, admissível a suspensão do processo tanto nos delitos de menor quanto nos de “médio potencial ofensivo”, no que abarcada a quase totalidade das infrações contra o ambiente.

Há de se resolver a questão da representação da pessoa coletiva em tais situações. Deverão ser exigidos poderes expressos para tais fins no mandato outorgado ao seu representante?

A Lei 10259/01, regulando os Juizados Especiais Criminais Federais contém dispositivos autorizando os representantes tanto das pessoas jurídicas de direito público federal (artigo 10) quanto das de direito privado (artigo 11, parágrafo único) a conciliar e transigir, contendo o último dispositivo legal menção expressa aos artigos 71, 72 e 74 da Lei 9099/95, abarcando, portanto, não só a composição de danos como também a transação penal.

Ditas determinações devem ser aplicadas também aos Juizados Especiais Criminais Estaduais, por isonomia e analogia.

Assim, mesmo ausentes poderes especiais no mandato outorgado, autorizadas legalmente aos representantes a composição e a transação penal em nome e no interesse da pessoa jurídica autora de fato previsto como infração penal de menor potencial ofensivo.

Relativamente à suspensão do processo, embora trazida pela Lei 9099/95 que instituiu os Juizados Especiais Criminais no Brasil, não integra o procedimento especial da mencionada lei, aplicável tão somente às infrações de menor potencial ofensivo. É instituto cabível apenas nas infrações penais com pena mí-

<sup>14</sup> Lei 9099/95, artigo 67: “a intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação”



nima cominada não superior a dois anos, conhecidas como de “médio potencial ofensivo”.

Como já analisado, a Lei 10259/01, aplicável por isonomia também aos Juizados Especiais Criminais Estaduais, confere poderes apenas para a composição dos danos e para a transação penal, referindo-se expressamente aos artigos 71, 72 e 74 da Lei 9099/95. Não há qualquer menção ao artigo 89 da última lei que trouxe para o direito penal brasileiro a suspensão do processo.

Assim, entendo que, para a suspensão do processo conveniente a exigência de poderes expressos ao representante da pessoa jurídica.

É de se destacar que a representação da pessoa coletiva para os atos de composição e transação penal poderá ser conferida a quem não seja seu representante legal, exigindo-se, então, na forma do artigo 10 da Lei 10259/01, designação por escrito, bastando mandato genérico. Para a composição dos danos e a transação penal, os poderes estão conferidos pela lei (artigo 11, parágrafo único), independentemente de expressa menção no mandato. Já para a suspensão do processo, a procuração deverá conter explícitos poderes, sob pena de inviabilizado o ato<sup>15</sup>.

Exame a parte merece a representação da pessoa coletiva no interrogatório.

### 3.2.3 Interrogatório da pessoa jurídica. Indicação de preposto?

Quem será interrogado pela pessoa jurídica? Não há, em nosso direito processual penal qualquer regra específica a respeito, o que convém *de lege ferenda* seja tratado por nosso legislador, como feito no sistema francês.

Como já vimos, o representante legal da pessoa jurídica será o indicado pelo artigo 12 do CPC, de aplicação subsidiária e, pois, quem, de regra, será interrogado em nome da pessoa coletiva. Alguns problemas, no entanto, poderão ocorrer, como no caso de uma empresa de grande porte com atuação em todo o território nacional indicando seus estatutos ou contrato social, que o representante será seu presidente, pessoa extremamente atarefada, viajando constantemente pelo país e exterior. Por vezes, inviabilizado poderá até restar o ato, noutras de nenhuma utilidade à apuração dos fatos e até à defesa da empresa ré, bastando prever-se a hipótese de o representante estar totalmente alheio aos fatos imputados. Poderá, então, ser indicado procurador que tenha ciência dos fatos para ser interrogado em representação à ré?

Acaso respondida negativamente dita questão, entendendo-se que somente o representante legal é quem deverá ser interrogado pela pessoa jurídica, outro problema poderá se apresentar, na hipótese de o mesmo representante ser também réu no processo, como co-autor ou partícipe, poderá ele ser interrogado nas duas qualidades? E se as defesas, da pessoa jurídica e da natural forem colidentes?

A questão é difícil e não pacificamente solucionada pela doutrina e jurisprudência.

Tupinambá Pinto de Azevedo, o primeiro, cremos, a escrever sobre o tema,

<sup>15</sup> Neste sentido, Tupinambá Pinto de Azevedo, obra citada, pp.374/376.

tão logo em vigor a novel responsabilização criminal da pessoa jurídica, com a Lei 9605/98, a quem homenageamos neste trabalho, assim se posiciona: “Não vemos impedimento a que esses representantes outorguem procuração a terceiros, para que compareçam a juízo e falem em nome da empresa ré. Há conveniência de que o representante, submetido a interrogatório, tenha ciência direta dos fatos imputados”. Manifestou-se pela aplicação subsidiária da Consolidação das Leis do Trabalho, com indicação de preposto<sup>16</sup>.

No mesmo sentido de admissibilidade de indicação de mandatário para o interrogatório também se pronunciou Walter Claudius Rothenburg, na linha do seguimento do sistema francês<sup>17</sup>.

No entendimento oposto, isto é, pela não possibilidade de indicação de pessoa física a ser interrogada em nome da jurídica, substituindo o gestor, revendo posição sua anterior, se manifestou a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover, forte na fundamentação de que sendo o interrogatório essencial e prioritariamente meio de defesa, somente o gestor poderá ser interrogado pela pessoa jurídica<sup>18</sup>.

Interessante precedente jurisprudencial temos no MS 2002.04.01.013843-0-PR, impetrado por empresa nacional de grande porte inconformada com a decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de indicação de preposto para o ato processual único e exclusivo de prestar interrogatório em nome da pessoa jurídica. Postulou, então, indicação de preposto que tenha conhecimento do fato e cujas declarações a obrigarão, reconhecendo-se direito líquido e certo da ré, sustentando ser o interrogatório meio de prova e instrumento de defesa sem forma definida na Lei 9605/98, aplicáveis, por analogia, os princípios consagrados na legislação processual civil e trabalhista, com base no artigo 3º do CPP.

O relator, Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva, neste aspecto, concedeu liminarmente a ordem para que fosse a impetrante, pessoa jurídica, interrogada na pessoa de preposto que indicar, que tenha conhecimento dos fatos. É o que se denota do voto do relator, às folhas 16 e 17. Todavia, ficou, no julgamento final, pelo colegiado, vencido em parte, justamente neste único aspecto, o da representação em juízo para o interrogatório, prevalecendo a tese contrária, consoante voto do relator para o acórdão, Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, forte na carga de defesa contida no interrogatório, sua precípua função.

Assim se manifestou o relator do voto vencedor: “O interrogatório, como se sabe, caracteriza-se como um ato de prova e de defesa. Revela o fato e todos os componentes a serem analisados no que se refere à imputação criminal. Uma prova acusatória sem uma confissão exige muito maior carga de convencimento do que outra que corrobora uma confissão. Essa é uma evidência de que o interrogatório constitui prova. Por certo que não tem eficácia exclusiva, podendo até

<sup>16</sup> *Pessoa Jurídica: ação penal e processo na lei ambiental*, Revista de Direito Ambiental, 12/120 e *Aspectos processuais da Lei n. 9605/98*, em Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público, Del Rey, 2003, pp.376/377

<sup>17</sup> obra citada, pp.154/157

<sup>18</sup> Grinover, Ada Pellegrini, *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, texto ampliado e revisto, em palestra proferida no 3o. Curso de Direito Ambiental Penal do Instituto O Direito por um Planeta Verde, sob o título: “A pessoa jurídica como acusada no processo criminal: aspectos processuais, inédito, pp.10/12

mesmo caracterizar o crime de auto-acusação falsa descrito no art.341 do Código Penal. Também contém eficácia de defesa o interrogatório, sendo esta a precípua função dele, por isso ficando obrigado o juízo a ouvir o interrogando em qualquer fase do processo, sob pena de lesão ao princípio da ampla defesa. O réu, ao falar em juízo, tem a oportunidade de esclarecer a situação fática, explicar os motivos de sua ação, revelar fatos desconhecidos em seu proveito, dar sua interpretação referentemente a provas já colhidas, etc.” (item 39 da fundamentação da Ementa, fls.57 e 58 do voto vencedor).

O mandado de segurança acabou por ser denegado integralmente, inclusive neste aspecto, sendo determinado o interrogatório pelo representante legal, no caso o atual dirigente.

Divididos, pois, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Nossa posição:

Como bem destaca a professora Ada Pellegrini Grinover, no artigo citado, lamentavelmente ainda inédito, mas que será objeto de publicação a ser promovida pelo Instituto O Direito por um Planeta Verde, o interrogatório tanto é fonte (eventual) de prova quanto meio de defesa.

Concordando com a posição de prevalência do meio de defesa e os reflexos que dali decorrem, direito ao silêncio, também de ser reconhecido à pessoa jurídica, já que ninguém pode ser obrigado a reconhecer a própria torpeza, confissão a refletir no julgamento e o exercício mesmo do direito de se defender inerente ao interrogatório, entendo que, de regra, a pessoa jurídica deverá ser interrogada por intermédio de seu representante legal. Quem representa legalmente a pessoa jurídica é quem poderá por ela exercer defesa.

Todavia, também eficácia, embora relativa, como meio de prova, apresenta o interrogatório. Assim, que será útil à apuração dos fatos, à busca da verdade e também à própria defesa da pessoa jurídica, lhe seja possibilitado trazer aos autos pessoa capaz de, em seu nome, com conhecimento fático, melhor exercitar a defesa já no interrogatório. Poder-se-ia argumentar, neste último aspecto, que a pessoa jurídica poderia arrolar como testemunha quem indicaria como preposto, assim exercendo sua defesa. No entanto, em contraponto, se o rol de testemunhas for excedido, poderá haver risco de prejuízo à defesa.

Ademais, porque trazer ao processo para ser interrogado quem, declaradamente pela pessoa jurídica, nada trará de útil, seja à apuração da prova, seja ao interesse da defesa? Ainda mais se antevendo aquelas dificuldades de chamamento e deslocamento do representante de empresa de grande porte e com ampla atuação nacional que, depois de inúmeras e alongadas no tempo tentativas de chamamento, no interrogatório acaba por revelar nada saber até porque, na época, não era o dirigente da empresa ou o sendo tampouco tinha ciência?

A solução nos parece ser a de admissibilidade de indicação de preposto, exigindo-se, no entanto, poderes expressos para interrogatório e exercício de defesa pessoal em nome da pessoa jurídica.

A regra será, então, interrogatório pelo representante legal na época do ato do interrogatório, com possibilidade de indicação de preposto com conhecimento dos fatos, explicitando-se no mandato aqueles poderes.

E se o representante legal for também réu no mesmo processo e pelo mesmo fato, colidindo as defesas da pessoa natural e da jurídica?

Há quem entenda que, em tal processo, a sociedade não será interrogada, a não ser que exista outro administrador integrante do colegiado, que não tenha sido acusado (MS 2002.0401.013843-0/PR, item 40 da Ementa, p.58 do acórdão vencedor/Relator, Des. Fábio Bittencourt da Rosa).

Pedindo vênia ao respeitável entendimento, penso que a pessoa jurídica sempre terá o direito de ser interrogada. Havendo conflito entre sua defesa e a do representante legal também réu, a solução será o juiz proporcionar indique a empresa procurador com aqueles poderes expressos.

### **3.2.4 Sentença. Aplicação da pena: dosimetria. Princípio “nulla poena sine lege” e da individualização da pena**

Há quem sustente ter a Lei 9605/98 ferido o princípio “nulla poena sine lege” porque os tipos penais descritos na mencionada lei especial não contém as penas aplicáveis à pessoa jurídica, somente prevendo penas privativas de liberdade, exclusivamente aplicáveis à pessoa natural por óbvio, além da multa sem referência quanto à última de quantitativos e critérios de fixação para a pessoa jurídica. Não há regras específicas de dosimetria da sanção para a pessoa moral, sendo que os artigos da dita parte geral da Lei dos crimes contra o ambiente ao preverem penas à pessoa jurídica não especificam seus quantitativos mínimo e máximo, como, exemplificativamente, no caso de prestação de serviços à comunidade consistente em execução de obras de recuperação de áreas degradadas e contribuições a entidades ambientais e culturais públicas<sup>19</sup>.

No tocante ao alegado princípio “nulla poena sine lege”, entendo não ferido pela lei ambiental penal. Uma norma para ser penal no sentido estrito, de norma incriminadora, por óbvio, deverá conter dois preceitos: o primário, a expressar a conduta proibida ou exigida, e o secundário, expressando a coercibilidade através da sanção a ser imposta a quem descumprir o preceito primário. Todavia, nem sempre preceito e sanção precisam estar num mesmo dispositivo legal, bastando lembrar as conhecidas normas ditas imperfeitas, mas que completas são no sentido de configurarem norma penal incriminadora, contendo num dispositivo de lei o preceito e noutra a sanção aplicável a quem descumprir aquele, como as previstas na Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4898/65 que, nos diversos incisos dos artigos 3º e 4º descreve os tipos e no artigo 6º, parágrafo 3º prevê as sanções penais aplicáveis.

O mesmo ocorre com a Lei 9605/98 que, nos diversos artigos do capítulo V descreve os tipos penais contra o meio ambiente, explicitando penas privativas de liberdade e multa para a pessoa natural nos mesmos dispositivos legais e, nos artigos 21 a 23 prevê as penas aplicáveis à pessoa jurídica (destaque-se que o

<sup>19</sup> Schecaira, Sérgio Salomão, obra citada, pp.162/166).

artigo 24, ao contrário do que alguns sustentam, não constitui pena, mas efeito da condenação, qual seja, a liquidação forçada).

A norma penal está no sistema, sobrepairando às leis, como bem orienta a consagrada teoria das normas de Binding. Assim, não há, na lei ambiental penal, normas sem sanção e não ferido aquele princípio.

A jurisprudência já tem se manifestado neste sentido<sup>20</sup>.

No tocante ao prazo das sanções aplicáveis à pessoa jurídica, somente a proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações contém prazo máximo previsto legalmente, no caso, dez anos (artigo 22, parágrafo 3º). No tocante às demais sanções, realmente, não há expressa menção a prazos. Seria conveniente, sempre *de lege ferenda* fossem fixados legalmente prazos, o que conviria estabelecido nas normas gerais e não para cada tipo penal, de modo a afastar qualquer dificuldade com o princípio da individualização da pena. Todavia, entendo que, mesmo frente à legislação atual, dito princípio não resta ferido. De regra, os prazos das restritivas de direitos e prestações de serviços à comunidade não poderão ultrapassar o máximo cominado a cada delito como privativa de liberdade para a pessoa natural, como vem se orientando a jurisprudência<sup>21</sup>.

<sup>20</sup>HC 1.0000.00.352327-1/000-1, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, voto do relator Des. José Antonino Baía Borges: “*não procede a alegação de que os tipos penais da citada Lei 9605/98 referem-se apenas a condutas de pessoas físicas e que não existe sanção penal, na parte especial dessa Lei, aplicável a pessoas jurídicas. Ora, cuida-se no caso, não da aplicação de pena em razão da prática de determinada conduta pela própria pessoa jurídica (que, aliás, não pratica uma conduta, mas exerce uma atividade); trata-se, sim, da responsabilidade penal indireta da pessoa jurídica pela conduta humana realizada pela pessoa física, que atuou em seu nome e benefício. A par disso, a referida Lei nº 9605/98, em seu art. 21, prevê, expressamente, que se aplicam às pessoas jurídicas as penas de multa, restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade*”.

MS 2002.04.01.013843-0/PR, do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, item 35 da Ementa: “*Registre-se que as penas recebem descrição genérica numa espécie de parte geral da Lei 9605/98, ou seja, não estão contidas em cada dispositivo dos tipos da lei. Não há qualquer defeito nessa forma de regulação. Também as penas substitutivas às pessoas físicas recebem disciplina genérica no Código Penal e na própria Lei 9605/98. Ao juiz caberá a escolha da pena mais adaptada a constituir a resposta eficaz do Estado diante do crime ambiental praticado pelo ente social*” (Relator Des.Federal Fábio Bittencourt da Rosa).

No mesmo entendimento, manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação-crime 7000959717/2004, sendo relator o Des. José Eugênio Tedesco, decisão ratificada pelos Embargos Infringentes 70010589323/2005, relator o Des. Danúbio Edon Franco.

<sup>21</sup>MS2001.02.01.046636-6-RJ, do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, voto da relatora Des.Federal Vera Lúcia Lima: “*O princípio da legalidade, inscrito como garantia constitucional (art.5º, XXXIX), assegura que não poderá ser considerado crime fato não previsto pela lei. Também por força deste princípio, não poderá ser aplicada sanção que não aquela cominada abstratamente no dispositivo incriminador. Por esta razão, conclui-se que a norma deverá estabelecer a qualidade e a quantidade da sanção penal sob pena de violação à Constituição. A lei 9605/98 descreveu as condutas consideradas delituosas em seu Capítulo IV (arts. 29 a 69). Em cada um destes dispositivos, estabeleceu o legislador o mínimo e o máximo da pena privativa de liberdade a ser aplicada. Também determinou que o Código Penal e o Código de Processo Penal deveriam ser aplicados subsidiariamente ao referido diploma legal (art.79). Em uma primeira análise, poderíamos considerar desnecessária esta referência ao Código Penal, eis que já existe, no corpo deste diploma legal (art.12), regra determinando a aplicação das suas normas gerais às leis especiais, desde que compatíveis. Entretanto, tendo em vista que a lei, presumidamente, não contém palavras inúteis, é forçoso concluir que o artigo 79 foi inserido pelo legislador justamente para afastar a necessidade de expressa menção, em cada um dos artigos que tipificam as condutas à quantidade da pena, em se tratando do de pessoa jurídica. Vale dizer: se o Código Penal determina que as penas restritivas de direito terão a mesma duração da pena privativa de liberdade, e os artigos da Lei 9605/98 estabelecem o mínimo e o máximo da pena de detenção reclusão, entendeu o legislador ser desnecessária a repetição dos limites da sanção para a pessoa jurídica. Portanto, a quantidade da pena restritiva de direito será fixada nos exatos limites da pena privativa de liberdade cominada ao delito imputado à empresa*”.

No mesmo sentido, MS2002.04.01.013843-0-PR, do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, item 36 da Ementa.(Relator, Des.Federal Fábio Bittencourt da Rosa).

Quanto à pena de multa, aplica-se o mesmo critério do Código Penal que, para a pessoa física também previu nos tipos genericamente multa, sem especificar quantitativos. Os limites da pena de multa são os fixados pela parte geral do Código Penal, aplicável subsidiariamente também às leis especiais, como explicitamente previu o artigo 79 da Lei 9605/98.<sup>22</sup>

No tocante à dosimetria, tampouco dificuldade maior existe. As regras gerais em se tratando de crime contra o ambiente, serão as da lei especial com aplicação subsidiária do Código Penal. Assim, especificamente para a pessoa jurídica, o juiz, observando o artigo 68 do Código Penal, aplicará o sistema trifásico: considerando as circunstâncias ditas judiciais do artigo 6º da Lei 9605/98 combinadas com as do artigo 59 do Código Penal compatíveis com a pessoa jurídica, fixará a pena base. Em seguida, considerando as agravantes e atenuantes específicas da lei ambiental (artigos 14 e 15) com aplicação subsidiária das atenuantes e agravantes previstas no Código Penal desde que não incompatíveis com as da Lei 9605/98 (por exemplo, a reincidência somente será agravante se em crime ambiental) estabelecerá a pena provisória. Finalmente, tendo em vista as causas de aumento e de diminuição compatíveis, aplicará a pena definitiva.

Instrumentalizando-se as regras do concurso aparente de normas e os princípios da subsidiariedade e especialidade, não haverá dificuldades sérias na dosimetria da pena à pessoa coletiva assim como à pessoa natural.

### **3.2.5 Execução das penas não cumpridas voluntariamente pela pessoa jurídica. Multa. Restritivas de direitos. Prestação de serviços à comunidade**

Aplicada pena à pessoa jurídica, como proceder em caso de descumprimento? Cabível execução compulsória? Qual o juízo competente, o criminal ou o cível? Terá o Ministério Público legitimidade para promover a execução?

As penas aplicáveis à pessoa coletiva são, como explicita o artigo 21 da Lei 9605/98, multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

Cumpra destacar que a prestação de serviços à comunidade, para a pessoa natural, é espécie de restritiva de direitos, enquanto para a pessoa jurídica constitui pena autônoma. Todavia, na sua essência, configura restritiva de direitos, pelo que deverá seguir a mesma sistemática.

Não cumpridas pela condenada as restritivas de direitos e a prestação de serviços à comunidade, não poderão, como ocorre com a pessoa natural e determina o parágrafo 4º do artigo 44 do Código Penal, ser convertidas em privativa de liberdade, obviamente, pela natureza mesma da pena incompatível com a pessoa coletiva. Assim, deverão ser executadas coercitivamente. Qual o juízo competente? Qual o procedimento a ser impresso?

Constituem autênticas obrigações de fazer e como tais poderão ser executadas compulsoriamente, sob pena de ineficácia da decisão judicial. Não se trata, todavia, de reparação do dano ou outro efeito civil da sentença penal condenatória.

<sup>22</sup> Assim também a jurisprudência (MS 2002.04.01.013843-0/PR).

Assim, não perdem sua natureza de pena criminal e como tais deverão ser executadas no juízo criminal, sendo o Ministério Público competente para promover a execução. O rito a ser impresso, na ausência de legislação específica, o que também convém seja tratado *de lege ferenda*, será o da legislação processual civil.

No tocante à multa, o artigo 51 do Código Penal, sempre de aplicação subsidiária, determina que, transitada em julgado a sentença condenatória, será considerada dívida de valor, aplicando-se as normas da legislação relativa à dívida da Fazenda Pública.

Em razão do mencionado dispositivo legal, introduzido na legislação penal em 1996, existem entendimentos no sentido de que sua execução caberia à Fazenda Pública e não mais competente o juízo da execução criminal, sendo que, inclusive, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, os juízes de execução penal do Rio Grande do Sul, reunidos, deliberaram conjuntamente em tal sentido, entendendo não competentes as varas de execuções criminais e nem titular do impulso da pretensão executória o Ministério Público. Igualmente o Ministério Público por seus agentes junto à Vara de Execuções Criminais e às Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre, bem como o Conselho dos Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça com atuação na área criminal do Rio Grande Sul se manifestaram, através enunciado, pela ilegitimidade do Ministério Público para promover a execução da multa criminal.

Em 9 de julho de 2003 foi editado, pela Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande Sul, o provimento nº 18/03, em alteração à Consolidação Normativa Judicial, orientando no sentido da legitimidade ativa do Estado, através de seus procuradores, para a execução da multa, sendo, no entanto, a competência para a execução das Varas Criminais (e não da Execução Criminal). Assim, curiosamente, a competência é da justiça criminal, mas o Ministério Público não é o legitimado ativo para a pretensão executória da multa.

Talvez por questões de ordem prática, fosse conveniente dita posição, visando desafogar as varas de execuções criminais bem como os agentes do Ministério Público tão assoberbados de feitos, principalmente nos grandes centros urbanos. Todavia, não concordamos com dito entendimento. A multa, mesmo com a nova redação do artigo 51 do Código Penal, editado visando desautorizar conversão de multa em pena prisão até então prevista naquele dispositivo penal, não perde sua natureza de pena criminal e como tal deverá ser executada no juízo criminal, continuando competente para promover a execução o agente do Ministério Público. As alterações que o artigo 51 sofreu foram, na verdade, no sentido de impedir a conversão em prisão (para a pessoa natural, por óbvio) e quanto ao procedimento da execução que seguirá o rito da lei do executivo fiscal, bem como no tocante às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Em conclusão, o Direito Ambiental Penal apresenta como bem jurídico tutelado o meio ambiente, autêntico novo direito e um direito difuso por excelência, dizendo com a coletividade e com valores não só às presentes como às futuras gerações. Assim, há de trazer novos paradigmas ao Direito Penal, como a priorização da prevenção e da precaução, deixando de se ocupar apenas com o dano (que

em muitas vezes poderá ser até irreversível) e a responsabilização criminal da pessoa jurídica e de seus dirigentes até por omissão, tendo em vista as atividades cada vez mais potencialmente ofensivas ao ambiente.

Em razão destes novos paradigmas, novas posturas dos operadores de direito se mostram necessárias, com o desapego às rígidas e conservadoras regras do Direito Penal tradicional que não mais atendem às necessidades surgidas com a sociedade de risco e a priorização de direitos especiais e novos como o meio ambiente, autêntica riqueza a se preservar para o futuro.





# O LICENCIAMENTO MUNICIPAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO AMBIENTE EM PORTUGAL

FAUSTO FERREIRA

Professor de Direito Constitucional no ISMAI –  
Instituto Superior da Maia, Portugal

## 1. INTRODUÇÃO

O tema que me proponho aqui analisar aconselha, mesmo que de forma simplista, uma curta abordagem sobre alguns conceitos inerentes à realidade portuguesa, designadamente no que concerne à sua divisão político-administrativa, bem como às implicações que a mesma tem ao nível do poder de decisão das entidades territoriais.

Com a instauração do regime democrático, após a revolução de 1974, as grandes alterações que denotavam a mudança de regime, e que viriam a reconhecer a importância do poder local, chegaram através da Constituição de 1976. Assim, a Constituição de 1976 foi especialmente inovadora elevando a autonomia das autarquias locais e a descentralização democrática da administração pública ao nível de princípios constitucionais. O Título VIII da Parte III, da Constituição era consagrado ao Poder Local.

A nova Constituição integrava as autarquias locais na organização democrática do Estado, definindo – as, no n.º 2 do seu artigo 237.º, como “*peças colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas*”<sup>1</sup>.

Após a revolução e no âmbito da consolidação da democracia em Portugal, o poder local surgirá como uma das suas mais importantes realizações.

Com a Constituição de 1976, e com a consagração no novo texto constitucional dos *princípios da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública*<sup>2</sup>, o poder local, as autarquias locais passaram a ser formas autónomas de administração, sendo os seus órgãos representativos eleitos democraticamente pelos eleitores, por sufrágio directo, universal e secreto, deixando, assim, de ser uma forma de administração indirecta do Estado<sup>3</sup>. O texto constitucional definia como categorias de autarquias locais e divisão administrati-

<sup>1</sup> PORTUGAL, Assembleia da República – *Constituição da República Portuguesa*, de 1976, promulgada a 2 de Abril.

<sup>2</sup> PORTUGAL, Assembleia da República – *Constituição da República Portuguesa*, 1976, (artigo 6º).

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.354.

va<sup>4</sup> no continente, as freguesias, os municípios e as regiões administrativas, e nas regiões autónomas as freguesias e os municípios.

O distrito é mantido enquanto não forem instituídas as regiões administrativas, quanto à criação das quais o texto constitucional remete para a lei, mas deixa de ser considerado autarquia local (artigos 238.º n.º 1 e 291.º) e o governador civil também se mantém, sendo o representante do Governo no distrito.

Apesar da Constituição<sup>5</sup> remeter as atribuições e competências dos órgãos das autarquias para legislação específica, não deixou de enunciar que a mesma deveria ser elaborada de acordo com o princípio da descentralização administrativa. Por outro lado, o artigo 240.º, define o regime do património e finanças locais das autarquias (ainda que remeta o regime das finanças locais para a lei), matéria de fundamental importância para as autarquias, pois consagra a sua tão ansiada e legítima autonomia financeira.

O novo texto constitucional, no n.º 1 do seu artigo 241.º, definia que na organização das autarquias locais existissem uma assembleia com poderes deliberativos e um órgão executivo que era responsável perante a referida assembleia, a qual era eleita por sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos eleitores.

O artigo 242.º atribuía à assembleia das autarquias locais o poder regulamentar, dentro dos limites da Constituição e da lei.

Quanto à tutela administrativa, prevista no artigo 243.º, a mesma consiste na verificação do cumprimento da lei por parte das autarquias, no âmbito das suas atribuições e competências, e é exercida segundo as formas e nos casos previstos na lei.

A ingerência arbitrária e os poderes discricionários exercidos pelo poder central nas autarquias na vigência do Estado Novo, não mais tiveram paralelo após a Revolução de Abril de 1974.

O Capítulo II era dedicado à freguesia (artigo 245.º e segs.), sendo os órgãos representativos da freguesia a assembleia de freguesia e a junta de freguesia. O primeiro é o órgão deliberativo e o segundo o executivo, eleitos pelos cidadãos eleitores residentes na freguesia, em lista única, sendo o presidente da junta de freguesia o candidato que encabeçasse a lista mais votada.

O Capítulo III era por sua vez dedicado ao município (artigo 249.º e segs.), sendo os órgãos do município a assembleia municipal, a câmara municipal e o conselho Municipal. Também no caso do município a assembleia era o órgão deliberativo, a câmara o executivo, e o conselho municipal (que passa a ser facultativo na revisão de 1982 e que desaparece na revisão constitucional de 1989<sup>6</sup>) o órgão consultivo. No que concerne à eleição dos primeiro e segundo órgãos, a assembleia municipal e a câmara municipal, resultam de listas distintas, ou seja a assembleia municipal era constituída pelos presidentes das juntas de freguesias eleitos, e por membros directamente eleitos pelos cidadãos, sendo a câmara mu-

<sup>4</sup> PORTUGAL, Assembleia da República – *Constituição da República Portuguesa*, 1976, (artigo 238.º).

<sup>5</sup> PORTUGAL, Assembleia da República – *Constituição da República Portuguesa*, 1976, (artigo 239º).

<sup>6</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.892.

nicipal eleita directamente sendo o presidente da câmara o primeiro candidato da lista mais votada.

As regiões administrativas, previstas na constituição de 1976<sup>7</sup>, não foram ainda instituídas, pelo que o poder local, à excepção das ilhas, se limitava às freguesias e municípios, que embora sem os meios necessários tinham já condições para iniciarem a enorme tarefa do desenvolvimento, num País extremamente carenciado, com um atraso de cerca de quatro décadas em relação à média europeia.

Os princípios da descentralização e da autonomia, insertos na Constituição de 1976, foram levados à prática de duas diferentes formas: uma delas nos arquipélagos da Madeira e dos Açores; e a outra no continente.

À Madeira e aos Açores foram consagradas competências e atribuições mais latas, designadamente, políticas, legislativas e administrativas, no continente essa descentralização fez – se somente ao nível administrativo.

No âmbito das atribuições e competências das autarquias locais, nomeadamente dos municípios, encontra-se, entre muitas outras, actualmente, a elaboração de Planos Municipais de Ordenamento do Território (designados abreviadamente por planos municipais), que compreendem: os Planos Directores Municipais; os Planos de Urbanização; os Planos de Urbanização e os Planos de Pormenor (sendo todos estes planos ratificados pelo governo).

Os Planos Municipais de Ordenamento do Território inserem-se num sistema de gestão territorial a que corresponde uma política de ordenamento do território e de urbanismo. Esse sistema de gestão tem três âmbitos: o nacional; o regional e o municipal. O primeiro concretiza-se através de três outros planos: o Plano Nacional da Política de Ordenamento do Território; os Planos Sectoriais com Incidência Territorial e os Planos Especiais de Ordenamento do território, os quais abarcam planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas e os planos de ordenamento relativos à orla costeira. O âmbito regional materializa-se através dos planos regionais de ordenamento do território que definem a estratégia regional de desenvolvimento. Esses planos integram as directrizes estabelecidas ao nível nacional, considerando também as estratégias dos vários municípios, e servem de quadro de referência para a criação dos planos municipais.

A política de ordenamento do território no âmbito municipal materializa-se através dos Planos Intermunicipais de ordenamento do território e dos Planos Municipais de Ordenamento do Território. Este último consiste num instrumento de desenvolvimento territorial que permite a ligação entre o plano regional e os planos municipais, em áreas territoriais em que seja necessária a existência de uma coordenação integrada dos diferentes planos.

Os Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) são instrumentos que regem a ocupação, o uso e a transformação do solo no território municipal.

<sup>7</sup> PORTUGAL, Assembleia da República – *Constituição da República Portuguesa*, 1976, (artigo 256.º a 262.º).

O Plano Director Municipal (PDM) define uma estrutura particular para a área municipal, que se traduz na classificação dos solos, na definição dos perímetros urbanos e nos indicadores urbanísticos, tendo em conta a particular situação do território municipal (distribuição das actividades económicas, necessidades habitacionais, equipamentos, transportes, etc.).

O Plano de Urbanização estabelece a organização para o meio urbano, definindo o perímetro urbano, a criação genérica da forma urbana, as normas urbanísticas, o efeito das construções, o património a proteger, bem como as áreas para equipamentos e ainda a localização ou traçado de outras de infra-estruturas. O Plano de Pormenor estabelece, minuciosamente, a forma de ocupação de qualquer área específica do território municipal, desde o uso dos solos e condições de edificação até às fachadas das edificações ou ainda aos arranjos exteriores adjacentes aos mesmos.

O PMOT assinala, necessariamente, as restrições de utilidade pública, designadamente as áreas de Reserva Agrícola Nacional (RAN) e de Reserva Ecológica Nacional (REN), bem como as áreas florestais – definidas pelo regime florestal – e ainda as áreas de protecção a imóveis classificados e as áreas do domínio público hídrico.

A RAN “é o conjunto das áreas que em virtude das suas características morfológicas, climatéricas e sociais, maiores potencialidades apresentam para a produção de bens agrícolas”<sup>8</sup>. Por seu lado a REN “constitui uma estrutura biofísica básica e diversificada que, através do condicionamento à utilização de áreas com características ecológicas específicas, garante a protecção de ecossistemas e a permanência e a intensificação dos processos biológicos indispensáveis ao enquadramento equilibrado das actividades humanas”<sup>9</sup>.

Após esta breve abordagem da realidade portuguesa passo ao tema que me proponho tratar aqui hoje.

## **2. LICENCIAMENTO DE OBRAS PARTICULARES V.S. FINANCIAMENTO DOS MUNICÍPIOS**

O licenciamento municipal em Portugal, com especial relevância para o licenciamento de construções<sup>10</sup>, é actualmente um instrumento que tem, progressivamente, contribuído para a defesa do ambiente, especialmente após a elaboração do Plano Director Municipal<sup>11</sup> (designação abreviada de Plano Municipal de Ordenamento do Território).

Contudo, sabemos existirem inúmeros casos de licenciamentos de obras municipais que provocaram a degradação ambiental do território português, mas felizmente tais actuações não são, hoje, a regra da actuação camarária nesta matéria.

<sup>8</sup> Cf. art. 3.º do DL. n.º 196/89, de 14 de Junho.

<sup>9</sup> Cf. art. 1.º do DL. n.º 93/90, de 19 de Março.

<sup>10</sup> Veja-se a este propósito o Regulamento Geral das Edificações Urbanas – Decreto – Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951.

<sup>11</sup> Cf. D.L. n.º 69/90, de 2 de Março.

No entanto, admitindo que a problemática do licenciamento de obras por parte dos municípios ainda é um tema frequente há que o analisar para se perceber a questão de fundo que muitas vezes levou muitos municípios a não exercerem da melhor forma as atribuições e competências ao nível do ordenamento do território e da sua gestão urbanística,

É meu propósito, nesta breve intervenção, abordar a questão que serve de título à presente comunicação – mesmo que pareça paradoxal – promovendo algumas linhas de acção que permitam aos municípios pugnarem mais pela defesa do ambiente, especialmente da sua comunidade, na prossecução dos seus interesses próprios que passam também pela manutenção de um ambiente favorável à saúde e bem estar das suas populações, bem como ao seu desenvolvimento social e económico sustentado. Neste contexto, e relativamente a este primeiro ponto a abordar, exporei algumas formas que entendo poderem vir a inverter o percurso que marcou num passado recente a realidade ao nível da edificação em Portugal.

Antes de mais há que introduzir a questão num contexto realista no plano municipal português para que se possa perceber em que consiste o problema, mas também para que se entenda a causa do mesmo, e ainda para que se possam apontar, eventuais, soluções para a actual situação.

A emissão de licenças ou autorizações administrativas<sup>12</sup> para a realização de operações urbanísticas são a forma mais simples, por vezes a única forma, de os municípios fazerem face à necessidade de criarem receitas que lhes permitam exercerem a sua actividade em defesa dos interesses específicos da população do seu território, mesmo que em muitos casos essas receitas não ultrapassem mais de 10% do orçamento municipal (o que depende das características do território).

Contudo, há que referir que se considerarmos os valores das receitas relativas ao imposto municipal sobre transações onerosas de imóveis (IMT), ao imposto municipal sobre imóveis (IMI) e às taxas de licenciamento de obras municipais esses valores podem atingir, em média, dependendo das características de cada município, cerca de 25 a 35% do valor global do orçamento municipal.

Todavia, existem casos, como sejam alguns concelhos do distrito Porto e do distrito de Lisboa, e também da região algarvia, em que os impostos referidos e as taxas de licenciamento contabilizam cerca de 50% do orçamento dessas autarquias<sup>13</sup>.

Por isso, muitas vezes, o recurso a esses licenciamentos ou autorizações con-substanciam graves atentados contra o “património municipal” e são geralmente a última solução para muitas das autarquias portuguesas resolverem carências estruturais de que padecem, sendo que esta questão preocupa, actualmente, grande parte dos responsáveis autárquicos portugueses.

O problema do licenciamento municipal de obras particulares em Portugal – quando o mesmo prevalece sobre o “interesse ambiental” – é fundamentalmente

<sup>12</sup> Cf. art. 4.º do D.L. n.º 555/99, de 16 de Dezembro – Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação – com a redacção conferida pelo D.L. n.º 177/2001, de 4 de Junho.

<sup>13</sup> Cf. Revista do Semanário “Expresso”. Lisboa, 22 de Fevereiro de 2002.

um assunto de ordem financeira, pois há uma relação directa entre o volume de licenciamento de construção e as receitas auferidas pelas câmaras municipais.

Á excepção das transferências directas do Orçamento de Estado (OE)<sup>14</sup>, bem como os impostos que constituem receitas próprias dos municípios (IMT, IMI e imposto sobre veículos), as taxas que o licenciamento de obras particulares para construção permitem encaixar aos municípios são uma relevante fonte de receitas, como aliás já referimos

Mas como facilmente se perceberá o IMI e o IMT dependem também da construção existente no concelho. A fragilidade das finanças locais<sup>15</sup>, mesmo que a situação tenha melhorado com a nova lei das finanças locais<sup>16</sup>, leva a que as citadas taxas constituam um importante financiamento da actividade municipal e com que o orçamento do município dependa efectivamente das taxas de licenciamento cobradas.

A simples lógica de que a mais construção licenciada correspondem mais receitas para o cofre da autarquia faz com que grande parte das câmaras municipais esqueçam, por vezes, as preocupações de ordem ambiental, já que, tendo poucos recursos, é através do licenciamento de construção que vão, directa e indirectamente, colmatando o problema da sua falta de meios financeiros.

O sub-financiamento do poder local<sup>17</sup> foi uma das preocupações do primeiro governo socialista de António Guterres (1995-1999), designadamente o financiamento das câmaras municipais, tendo a nova lei das finanças locais permitido mais meios ao poder local, apesar de mesmo assim não ter resolvido a questão em absoluto<sup>18</sup>, sendo que mesmo assim se constituiu num importante esforço do poder central para minimizar o problema<sup>19</sup>.

Na verdade as autarquias apenas podem fazer face às suas necessidades financeiras para desenvolverem iniciativas/investimentos (despesas de capital) que melhorem a vida da sua população se tiverem meios para tal e por isso há que arrecadar as receitas possíveis. E se a necessidade de criarem infra-estruturas básicas já não é uma realidade na maioria dos municípios, a verdade é que nos concelhos rurais – os do interior do país – ainda há carências de ordem básica onde as taxas do licenciamento de obras constituem uma revelante fonte de receitas.

Assim, e após o exposto, para que possamos transformar o licenciamento de obras municipais num melhor instrumento de defesa do ambiente, no contexto concelhio, é condição *sine qua non* para que se consiga dirimir a relação de causa

<sup>14</sup> BRAVO, Ana Bela Santos; SÁ, Jorge A. Vasconcelos – *Descentralização e Melhor Gestão*. Lisboa, Verbo, 2000, p.46.

<sup>15</sup> Veja-se a este propósito, FERREIRA, Fausto – *Municipalismo e Regionalização em Portugal no Século XX*. Espanha, USC, 2004, p.352.

<sup>16</sup> Portugal, Assembleia da República – *Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto*.

<sup>17</sup> A Lei n.º 42/98 de 6 de Agosto, sofreu algumas alterações destacando-se as introduzidas em 2001, pela Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto, que se repercutiram directamente na forma como são feitas as transferências financeiras para as autarquias locais, designadamente para os municípios, que mantendo os percentuais globais estipulados cria um novo fundo, o Fundo de Base Municipal. Tal alteração implicou uma redistribuição dos percentuais distribuídos através do Fundo Geral Municipal, que passa para 20,5%, e do Fundo de Coesão Municipal, que passa para 5,5%. Assim, o Fundo de Base Municipal conta com 4,5% do valor global, e que tem por objectivo dotar os municípios de uma capacidade financeira mínima que garanta o seu funcionamento.

<sup>18</sup> FERREIRA, Fausto – *Municipalismo e Regionalização em Portugal no Século XX*. Espanha, USC, 2004, p.350.

<sup>19</sup> Cf. Semanário “Expresso”. Lisboa, 26 de Junho de 1998.

e efeito entre a questão financeira e a questão ambiental – já que todos os cidadãos têm direito a ambiente sadio e equilibrado em termos ecológicos<sup>20</sup>.

Contudo, não se pode exigir aos municípios que defendam o ambiente à custa das suas receitas, e conseqüentemente coloquem em risco a realização dos projectos que delinearam para o seu território, quando sabemos à partida que tais desígnios apenas poderão ser cumpridos com o esforço financeiro do próprio município. Na realidade os municípios que recebem apenas cerca de 10% do valor global do Orçamento de Estado são os responsáveis por cerca de 44% do investimento público, o que não deixa de ser a prova evidente do seu papel no desenvolvimento do país<sup>21</sup>.

Todavia, e em abono da verdade, há que dizer que, neste início de século XXI, existem já municípios que se preocupam com o “património ambiental” do seu concelho, limitando assim as intervenções ao nível da construção, designadamente em zonas que os próprios concelhos protegem, mesmo que muitas vezes essas zonas não estejam classificadas em termos de ordenamento territorial nacional<sup>22</sup>.

Coloca-se então a questão de sabermos como fazer com que os municípios com mais dificuldades financeiras não tenham de recorrer tanto ao licenciamento de obras – nos casos em que o mesmo coloca em causa o equilíbrio ambiental, sendo que entendemos que a solução é simples.

Atendendo a que as receitas que advêm das taxas de licenciamento de obras particulares estão condicionadas pela realidade de cada município, devido às suas características próprias, há a necessidade de se criar um mecanismo de compensação que tenha por base as receitas médias nacionais dos municípios nesta rubrica – tendo em conta, logicamente, pelo menos a área geográfica e o número de habitantes.

Tal solução, que se integra claramente nos critérios utilizados na criação do Fundo de Coesão Municipal (FCM) – que tem por objectivo principal a correcção de assimetrias entre municípios<sup>23</sup> – permitirá aos municípios com maior fragilidade financeira, e menos desenvolvidos, não descurem a qualidade do ambiente do seu território.

A compensação financeira referida poderá integrar o FCM, sendo mais um dos índices que orientam a sua constituição e distribuição, tendo até em conta que esta compensação promove, também, a coesão económica municipal, ou seja um dos objectivos do citado FCM<sup>24</sup>. Por outro lado, e como forma de minimizar o problema financeiro municipal, podia ainda criar-se uma forma de tributação municipal sobre os prédios rústicos a qual beneficiaria os municípios eminentemente rurais, já que além do mais a sua falta leva ao abandono da exploração agrícola, bem como florestal, não disponibilizando sequer esses terrenos para a promoção dessas actividades.

<sup>20</sup> Cf. *Constituição da República Portuguesa de 1976* – art.º 66.º.

<sup>21</sup> FERREIRA, Fausto – *ob. cit.*, p.349.

<sup>22</sup> Veja-se sobre esta matéria a Lei n.º 11/87, de 7 de Abril – Lei de Bases do Ambiente (LBA).

<sup>23</sup> Veja-se a este propósito, FERREIRA, Fausto – *Municipalismo e Regionalização em Portugal no Século XX*. Espanha, USC, 2004, pp.348-350.

<sup>24</sup> BRAVO, Ana Bela Santos; SÁ, Jorge A.AA. Vasconcelos – *Descentralização e Melhor Gestão*. Lisboa, Verbo, 2000, pp.81-82.



Resolvida esta primeira questão – em teoria – mesmo que se admita a dificuldade em conciliar *o ambiente e o desenvolvimento*<sup>25</sup>, tema a que estão sempre inerentes os factores de ordem económica e social, entendo que a forma de compensação encontrada – ou qualquer outra equivalente – permitirá fazer com que os próprios municípios sejam agentes mais interventores na defesa do ambiente em geral, e em particular no capítulo da construção – quando o licenciamento se si depender.

### **3. A ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS RESERVAS AGRÍCOLA E ECOLÓGICA E O LICENCIAMENTO MUNICIPAL DE OBRAS PARTICULARES**

Neste início do século XXI é necessário repensarem-se as reservas agrícola e ecológica nacionais, reordenando-as, pois devido à crescente migração das populações para áreas urbanas e ao conseqüente abandono das zonas rurais, há que repensar a utilização do solo. Não defendo, de forma alguma, que se coloquem em perigo as mesmas, mas sim que se racionalizem sem se colocarem em crise os solos de maiores potencialidades agrícolas, bem como não deixando de proteger também o equilíbrio ecológico e a estrutura biofísica das diversas regiões.

Assim, e neste contexto, passamos a abordar esta questão, que não deixa de estar intimamente ligada com o licenciamento municipal, pois o Plano de Ordenamento Municipal elaborado pelas câmaras municipais respeita obrigatoriamente as restrições de utilidade pública, incluindo as que decorrem da Reserva Agrícola Nacional<sup>26</sup>, da Reserva Ecológica Nacional<sup>27</sup>, as áreas protegidas do regime florestal, bem como outras áreas classificadas em termos nacionais – isto para além de outras áreas de protecção que os próprios municípios definem de *per si*.

Neste momento decorre um debate público sobre a alteração do regime jurídico das reservas agrícola e ecológica, e das implicações que tais alterações terão no licenciamento municipal de obras particulares.

O anterior Ministro do Ambiente, Luís Nobre Guedes, rejeitou em Dezembro passado a proposta apresentada pelo Prof. Arquitecto Sidónio Pardal, inserida num estudo desenvolvido a pedido da Associação Nacional de Municípios<sup>28</sup>, que defende, grosso modo, que sejam as autarquias a definir a delimitação da REN<sup>29</sup> e da RAN, deixando assim esses instrumentos de terem âmbito nacional<sup>30</sup>.

Actualmente existem também muitos especialistas que defendem que devem ser as autarquias municipais a delimitar a REN e a RAN. Hoje a desafecção do solo classificado na RAN é autorizada apenas se houver parecer favorável da

<sup>25</sup> FRANCO, António L. Sousa – *Ambiente e Desenvolvimento*. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1994, pp. 261-278.

<sup>26</sup> Cf. DL. n.º 451/82, de 16 de Novembro – Estabelece o Regime Jurídico da RAN – e DL. n.º 196/89, de 14 de Junho, com a redacção que lhe foi dada pelo DL. n.º 274/92, de 12 de Dezembro.

<sup>27</sup> Criada pelo DL. n.º 321/83, de 5 de Julho.

<sup>28</sup> PARDAL, Sidónio – *Planeamento do Espaço Rústico*. Lisboa, Instituto Superior de Agronomia e Instituto Superior Técnico, 2002.

<sup>29</sup> Estranhamente os ecossistemas únicos não estão incluídos na REN, tendo o estatuto de parques naturais e reservas. Veja-se a este propósito a Lei n.º 9/70, de 19 de Junho, e o DL. n.º 19/93, de 23 de Janeiro.

<sup>30</sup> Cf. Jornal “Público”. Porto, 8 de Dezembro de 2004.

Comissão Regional da Reserva Agrícola – sendo que a carta da RAN é definida pelo governo – Ministro da Agricultura<sup>31</sup> – não tendo os municípios qualquer intervenção relevante no processo, até porque muitas vezes o interessado dirige-se directamente à dita comissão sem que seja sequer pedido qualquer parecer ao município em causa.

No caso da REN, também a sua carta é definida pelo Governo – através dos seus organismos centrais e regionais – sendo as áreas a abranger ou a excluir tem de se aprovadas pelo Conselho de Ministros. No que concerne à desafectação de áreas incluídas na REN, a mesma depende também de parecer favorável das Delegações Regionais do Ministério do Ambiente<sup>32</sup>.

Considerando que, pelo menos desde a década de 90, as câmaras municipais na sua generalidade têm tido a preocupação de preservar o ambiente do seu território o que tem implicado – e ainda implica – grandes esforços financeiros por parte dos orçamentos municipais há que, até no cumprimento da legislação relativa às suas atribuições e competências<sup>33</sup>, ampliar as suas atribuições e competências na área ambiental, descentralizando para os municípios domínios que até agora têm estado na esfera do Estado, e que infelizmente não têm tido os resultados esperados. Bastará para tal recordar alguns exemplos de grandes empreendimentos turísticos no Algarve, como é o caso do Aparthotel Dunas Mar – em plena REN – foi viabilizada pelo governo, mesmo que por omissão, e contra pareceres de organismos estatais, como por exemplo a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional<sup>34</sup>.

Neste caso, como em tantos outros – mesmo que o licenciamento da obra seja municipal e tenha havido deferimento do pedido de licenciamento ou da autorização por parte do município – o parecer da Direcção-Geral do Turismo é vinculativo, bem como o de outras entidades<sup>35</sup>. O mesmo se passa relativamente aos empreendimentos turísticos no espaço rural, sendo neste caso o parecer da Direcção-Geral do Desenvolvimento Rural vinculativo, bem como o da Direcção Regional do Ministério da Economia<sup>36</sup>. Mas podíamos referir outros casos, como por exemplo o de um conjunto de empreendimentos viabilizado pelo Ministro do Ambiente, Nobre Guedes, em 2003, na Mata de Sesimbra – de acordo com o Plano de Ordenamento do Território da Área Metropolitana de Lisboa, espaço natural e corredor ecológico que o Estado deveria proteger – com a justificação do reconhecimento dos direitos de construção por parte dos promotores.

Quanto ao licenciamento de actividade industrial<sup>37</sup>, outra actividade em que por vezes se atribuem responsabilidades aos municípios que os mesmos não têm, há que dizer que o processo de licenciamento industrial, na sua maior parte é da responsabilidade do poder central ou de organismos seus desconcentrados<sup>38</sup>

<sup>31</sup> D.L. n.º 196/89, de 14 de Junho.

<sup>32</sup> D.L. n.º 93/90, de 19 de Março.

<sup>33</sup> Cf. Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro.

<sup>34</sup> Cf. Jornal “Publico”. Porto, 10 de Novembro de 2004.

<sup>35</sup> Cf. D.L. n.º 305/99, de 6 de Agosto e D.L. n.º 55/2001, de 11 de Março.

<sup>36</sup> Cf. D.L. n.º 54/2002, de 11 de Março.

<sup>37</sup> Veja-se a este propósito o D.L. n.º 69/2003, de 10 de Abril.

<sup>38</sup> Decreto Regulamentar n.º 8/20003, de 11 de Abril.

– direcção regional do ministério da economia, direcção regional do ministério da agricultura, etc. – sendo que dos três tipos de estabelecimentos industriais existentes o município apenas pode licenciar os de tipo 4 – os de menor risco potencial para o homem e ambiente<sup>39</sup>.

Por outro lado, não podemos deixar de referir que o regime jurídico da avaliação do impacto ambiental, exige – por imposição de directivas comunitárias que entretanto foram transpostas para a ordem jurídica interna – que os projectos públicos e privados que produzam efeitos significativos no ambiente estejam sujeitos à Avaliação do Impacte Ambiental (AIA), sendo que excepcionalmente certos projectos podem ser dispensados de tal procedimento, isto quando autorizados pelo Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território<sup>40</sup>.

Assim, e no contexto que acabamos de abordar, não podemos concordar com os que afirmam que a defesa da REN e da RAN é mais bem sucedida devido a essas áreas de classificação nacional serem definidas e geridas pelo poder central, sem qualquer papel de relevo exercido pelo poder local.

Uma das razões mais evidentes para a defesa ambiental por parte das autarquias traduz-se na exigência da criação do Plano Director Municipal (PDM)<sup>41</sup> que veio permitir uma classificação e utilização responsável, e equilibrada, do solo do território municipal, possibilitando, especialmente na última década, um crescimento económico-social sustentado. Note-se que os PDM foram elaborados pelos municípios mas existia uma comissão técnica de acompanhamento com representantes Ministério do Planeamento e Ordenamento do Território e de vários outros ministérios, presidida pela Comissão de Coordenação Regional, sendo finalmente ratificado pelo Conselho de Ministros, que dessa forma confirmava a sua conformidade com as disposições legais vigentes<sup>42</sup>.

O PDM estabeleceu, em termos municipais as regras e orientações à ocupação, uso, e transformação do solo, defendendo os ecossistemas e recursos naturais definidos nacionalmente, como sejam as áreas de Reserva Agrícola Nacional (RAN), a Reserva Ecológica Nacional (REN), as Áreas Florestais<sup>43</sup> – Regime Florestal<sup>44</sup> –, bem como as áreas integradas no domínio público hídrico, entre outras. Mas na sua maior parte os municípios não se ficaram pelo cumprimento das políticas nacionais em termos urbanísticos e de ordenamento do território para as áreas referidas, criando perímetros de protecção muito mais alargados às mesmas, com o simples intuito de protegerem o seu “património”. Os municípios são os grandes responsáveis pela criação de redes de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas, de sistemas de abastecimento de água ao domicílio, bem como da criação de sistemas municipais de recolha e tratamento de resíduos sólidos ur-

<sup>39</sup> Cf. Portaria n.º 464/2003, de 6 de Junho.

<sup>40</sup> DL. n.º 69/2000, de 3 de Maio.

<sup>41</sup> D.L. n.º 69/90, de 2 DE Março.

<sup>42</sup> *Ibidem*

<sup>43</sup> Veja-se a este propósito o Decreto de 24 de Dezembro de 1901 e o Decreto de 24 de Dezembro de 1903.

<sup>44</sup> Quanto ao Regime Florestal, a que não é feita nenhuma referência na Reserva Ecológica Nacional, os terrenos dos particulares que estejam vinculados ao referido regime podem a expropriação dos terrenos e receberem a respectiva indemnização, o que não acontece com a REN e RAN.

banos. Esta actuação do poder municipal contribuiu para que se mudasse a “face” do país nos últimos 15 ou 20 anos, demonstrando a inequívoca preocupação com a problemática ambiental.

É certo que tais investimentos foram co-financiados por fundos comunitários, mas a verdade é que essa realidade se deve à determinação dos autarcas, bem como ao seu interesse em melhorar a qualidade de vida dos seus munícipes.

Com a revogação do decreto-lei n.º 69/90 de 2 de Março, o novo regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial<sup>45</sup> é ainda mais exigente na elaboração/revisão dos PDM, pois o mesmo têm de respeitar o Plano Nacional de Política de Ordenamento do Território, Planos Sectoriais e Planos Especiais de Ordenamento do Território (coordenados pelo governo), bem como os Planos Regionais de Ordenamento do Território (coordenados pelas Comissões de Coordenação Regional – dependentes do governo)<sup>46</sup>. Contudo, os mesmos podem ser ratificados, excepcionalmente, pelo governo mesmo quando colidam com outros instrumentos de gestão territorial. Assim, os Planos Municipais de Ordenamento do Território traduzem, em termos locais, o quadro de desenvolvimento territorial definido nos instrumentos de natureza estratégica de âmbito local e regional.

Nos últimos anos têm sido os municípios a assumirem-se como maiores defensores das políticas de protecção e salvaguarda dos recursos naturais dos seus territórios, bem como de outros valores, designadamente do seu património arquitectónico e paisagístico, promovendo por isso várias campanhas de sensibilização junto das populações<sup>47</sup>.

Neste contexto, entendo que os municipais devem assumir a gestão quase integral da RAN e da REN – salvaguardando-se, excepcionalmente, a possibilidade de definição de áreas estratégicas de RAN e REN por parte do poder central – do seu território pois a sua proximidade das populações e o entendimento das suas necessidades exigem que os mesmos tenham atribuições e competências que lhes permitam actuar sobre a actuação dos espaços agrícolas e florestais, bem como na conservação e preservação dos espaços naturais – tantas vezes ao abandono, mesmo os que têm classificação nacional. Por vezes não existe a noção de que os campos agrícolas – na sua maior parte ao abandono – ocupam cerca de 32% do território nacional, sendo que as florestas ocupam 38% desse mesmo território, ocupando os matos e as pastagens na ordem dos 25%<sup>48</sup>. Tal “distribuição” do território nacional implica que apenas esteja adstrito às áreas sociais cerca de 4%. No caso da Alemanha as áreas sociais ocupam cerca de 12,5%; em França cerca de 8%<sup>49</sup>. Esta situação leva a que haja especulação imobiliária, provocando dificuldades no urbanismo, criando muitas vezes subúrbios sobrepovoados e mal estruturados, devido a uma política de ordenamento dogmática e desactualizada,

<sup>45</sup> DL n.º 380/99, de 22 de Setembro, com a redacção conferida pelo DL. n.º 53/2000, de 7 de Abril e com a redacção conferida pelo DL. 310/2003, de 10 de Dezembro.

<sup>46</sup> Art.º 24 do D.L. n.º 380/99, de 22 de Setembro de 1999, com a redacção conferida pelo DL. n.º 53/2000, de 7 de Abril e com a redacção conferida pelo DL. 310/2003, de 10 de Dezembro.

<sup>47</sup> Cf. Jornal de Notícias. Porto, 5 de Novembro de 2004.

<sup>48</sup> Fonte: Direcção-Geral de Florestas. Lisboa, 2002.

<sup>49</sup> Cf. PARDAL, Sidónio – *ob. cit.*, p.62.

obrigando, inclusivamente os municípios, a permitirem a construção de urbanizações de habitação colectiva de alta densidade – que no caso das urbanizações sociais – bairros sociais – provocam graves problemas de ordem social, promovendo a exclusão social. Por outro lado, há também que salientar que o parque edificado é superior à procura, mas tal também acontece porque uma parte substancial do mesmo está devoluta, muito dele em perigo de ruína. É Possível de uma forma equilibrada e racional aumentar os perímetros urbanos sem colocar em risco os espaços de reserva agrícola, ecológica ou florestal, fazendo com que dessa forma a especulação imobiliária seja minimizada e a pressão urbanística, por exemplo em zonas rústicas, fora do perímetro urbano diminua, onde os preços são claramente mais acessíveis.

No caso da RAN – que pretende fundamentalmente proibir a utilização do solo para edificação – chega-se ao ridículo de um agricultor ser por vezes impedido de remodelar a sua habitação, de implementar sistemas hidráulicos de rega, de criar um celeiro, ou de modernizar a sua exploração<sup>50</sup>.

A REN também não permite o uso dos solos rústicos que lhe estão afectos para edificação, dificultando ainda a agricultura e a silvicultura, o que provoca o abandono das propriedades e a conseqüente degradação da paisagem<sup>51</sup>.

A actual situação de gestão das áreas da RAN e da REN não pode manter-se pois a sua administração casuística e irracional não permite por um lado defender essas áreas e por outro impedem o normal desenvolvimento sócio-territorial e económico.

A única forma de se protegerem os espaços rústicos, não abrangidos pelos perímetros urbanos (estejam eles classificados ou não em REN ou RAN), de uma urbanização casuística e desordenada é optar-se por diferentes políticas de utilização do espaço urbano, ampliando os seus perímetros, condicionando – e não impedindo o normal processo de planeamento e uso do solo sem atender ao seu contexto sócio-económico, como acontece actualmente – a edificação fora dos perímetros urbanos.

Não é viável que as “comissões de reserva” da REN e da RAN continuem a ter um poder discricionário no âmbito do ordenamento territorial, o que lhes permite, de uma forma descontrolada, viabilizar operações urbanísticas fora dos perímetros urbanos recorrendo à figura da desafectação, sem sequer muitas vezes serem ouvidos os municípios.<sup>52</sup>

A administração central deve transferir para os municípios a gestão integral do seu território<sup>53</sup>, não podendo a mesma circunscrever-se ao perímetro urbano<sup>54</sup>,

<sup>50</sup> PARDAL, Sidónio – *ob. cit.*, p.76.

<sup>51</sup> PARDAL, Sidónio – *ob. cit.*, p.77.

<sup>52</sup> PARDAL, Sidónio – *ob. cit.*, p.90.

<sup>53</sup> Cf. Boletim da ANMP, 122. Coimbra, Fevereiro de 2004.

<sup>54</sup> É claro que não defendemos a transferência para os municípios de atribuições e competências sobre os Parques Naturais e Reservas – áreas do território que encerram ecossistemas únicos, valores únicos e notáveis. Contudo, também deveriam os municípios, juntamente com o SNPRCN, no âmbito dos seus territórios, disporem de meios para protegerem esses espaços, atendendo até ao abandono em que muito deles se encontram.

abarcando assim espaços agrícolas e silvestres, tendo contudo essa gestão municipal de respeitar os Planos de Ordenamento Nacional e Regional, devendo o poder central efectuar um controlo de mera legalidade. Impõe-se contudo que esses planos de ordenamento sejam revistos no que concerne aos critérios de demarcação das unidades afectas à REN e RAN – devido à sua inconsistência técnica e científica<sup>55</sup> – ficando bem definidos os critérios utilizados para proceder à desafectação dessas áreas, o que deve ser feito de acordo com critérios de racionalidade e eficácia – mas com a flexibilidade suficiente – que permitam a protecção e gestão adequadas dos recursos naturais integrados nessas reservas<sup>56</sup>.

Com a transferência da função de elaboração e gestão dos instrumentos de reserva ecológica e agrícola nacionais para o âmbito municipal, sendo também transferidas as respectivas competências nessa matéria, será dado um importante passo para garantir um correcto ordenamento do território nacional.

No entanto, a elaboração e gestão dessas reservas não poderá ser realizada de forma correcta e equilibrada sem que sejam definidos critérios claros no que respeita à delimitação das mesmas, tendo por base a realidade do país, o bem-estar das populações, bem como a salvaguarda dos recursos naturais, o que implica necessariamente, que esses critérios sejam actuais e se fundamentem em estudos técnicos e científicos de conteúdo credível.

<sup>55</sup> PARDAL, Sidónio – *ob. cit.*, p.111.

<sup>56</sup> Veja-se sobre esta matéria o Projecto de Resoluções do Conselho Directivo da ANMP para debate no XIV congresso. Funchal, 3 de Abril de 2004.



# O DESENVOLVIMENTO PLANEJADO NO CENTRO DAS RESPONSABILIDADES DO ESTADO: EM DESTAQUE O ZONEAMENTO ECOLÓGICO ECONÔMICO (ZEE)

*GRACE N. DALLA PRIA PEREIRA*

Advogada, Mestre em Direito Ambiental  
(LLM) pela Universidade de Londres/UK Analista Sênior de Meio Ambiente da Confederação Nacional da Indústria (CNI)

## 1. INTRODUÇÃO

A visão ecossistêmica do meio ambiente insere o homem como parte inerente à natureza. Se há qualidades exercidas pelos diversos componentes ambientais que resultam na aferição de suas funções ecológicas, há igualmente atributos vinculados às atividades humanas que compõem a lógica da preservação da espécie.

O processo histórico de compreensão do que se põe como desafio para os dias atuais e futuros originou o conceito de desenvolvimento sustentável<sup>1</sup>, uma espécie de balança de equilíbrio cujas extremidades oscilam entre o que a natureza pode propiciar para as presentes e futuras gerações e o que o homem de hoje pretende converter para seu desfrute econômico direto ou indireto, e, cujo centro vincula-se aos limites de convertibilidade e exaustão da primeira e a conseqüente mudança de paradigmas e hábitos do segundo.

Em uma escala ampliada, as atividades humanas negociadas no âmbito dos Acordos Multilaterais de Meio Ambiente (MEAS) que cuidam dos recursos naturais de características planetárias, a exemplo da Convenção sobre a Diversidade Biológica e da Convenção Quadro de Mudança do Clima, refletem uma realidade diferenciada entre as possibilidades de desenvolvimento dos países do “norte” e as dos países do “sul”. Aqueles, atualmente assumem compromissos de desenvolvimento sustentável de outras maneiras<sup>2</sup>. Esses, em franca necessidade de desenvolvimento e em geral ricos em suas bases de recursos naturais, fizeram

<sup>1</sup> O desenvolvimento sustentável é caracterizado por um triplice requisito: economicamente viável, socialmente justo e ecologicamente prudente. A Conferência da Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Eco 92 ou Rio 92) adotou na Declaração do Rio e na Agenda 21 o desenvolvimento sustentável como meta a ser buscada pelos Estados. O Princípio 4 da Declaração do Rio estabelece que: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.”

<sup>2</sup> O Princípio 7 da Declaração do Rio de 1992 dá ensejo ao princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada dos Estados sobre o meio ambiente, que tem em seu escopo na contribuição histórica dos países para a degradação do meio ambiente global. Resulta desse princípio as obrigações dos países desenvolvidos em prestar suporte financeiro para o desenvolvimento e a implementação de projetos nacionais, por meio da formalização de contratos de empréstimos negociados e firmados com instituições financeiras internacionais (Banco Mundial, BID, etc.). Além desses, há o Fundo para o Meio Ambiente Mundial (GEF) voltado para projetos de solução ambiental de alguns temas regionais e globais, mais particularmente voltados às questões de mudanças climáticas.



valer o seu direito ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, aceitando, no entanto, a responsabilidade de uma hipoteca social doméstica e supranacional que incorre sobre a utilização de seus recursos naturais.

É no centro dessa responsabilidade que se encontram os instrumentos de planejamento ambiental, tais como o Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE) no caso do Brasil, a avaliação ambiental estratégica, o licenciamento ambiental e o plano diretor dos municípios, para citar alguns.

Nesse sentido, a necessidade de se adotar instrumentos de políticas públicas aptos a ordenar a utilização dos múltiplos recursos naturais em uma dada região *vis a vis* outras considerações incidentes naquele mesmo espaço geográfico, a exemplo de questões de saúde pública, culturais e sociais, tem caráter prioritário e é uma resposta que se espera do Estado Democrático: uma pedra angular à prática dos fundamentos do desenvolvimento que deve se dar em bases sustentáveis - socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente sustentável.

Cuidaremos do tema ressaltando alguns aspectos do planejamento sócio-econômico-ambiental, com destaque para o ZEE e os insumos econômicos aptos a subsidiar a sua elaboração.

## 2. PLANEJAR É PRECISO - "GOVERNMENT BY POLICIES" ≠ "GOVERNMENT BY LAWS"

O artigo 174 da Constituição Federal *determina* que o Estado exerça a função de planejamento, qualificada em seu artigo §1: "A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento"<sup>3</sup>.

Fala-se, aqui, do planejamento do desenvolvimento nacional: planejamento técnico de ação racional, cuja compatibilidade com o mercado é absoluta<sup>4</sup>. Particularmente no que atine ao desenvolvimento sustentável, medidas de planejamento deverão possibilitar a conjugação de dois artigos específicos da nossa Constituição Federal, a saber, o artigo 170 que cuida dos princípios gerais da atividade econômica e elenca em seus incisos a soberania nacional, a propriedade privada, a livre iniciativa e a defesa do meio ambiente, dentre outros; e o artigo 225 que protagoniza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Adotar o planejamento como base para a construção das políticas concretizadoras do desenvolvimento sustentável é, assim, uma obrigação, não uma discricionariedade do Estado, diferenciada do planejamento da economia – coordenação dos processos econômicos, igualmente amparados pela norma em epígrafe. Sobre a obrigatoriedade estatal planejadora em epígrafe, Eros R. Grau assevera ser

<sup>3</sup> Artigo 174 da CF: "Como agente normativo e regulador da atividade Econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado." Ainda sobre a obrigação do Estado quanto ao tema ver CF arts. 21, IX e XVIII; 30, VIII; 43, § 1º, II; 48, IV; 49, IX; 58, § 2º, VI; 74, I; 84, XI; 165, § 4º; 166, § 1º, II.

<sup>4</sup> Eros R. Grau "A ordem econômica na Constituição de 1988", p. 271.

“verdadeiramente incompreensível, nestas condições, que tantas vezes se atribua a técnica de atuação estatal caráter socializante, o que só pode ser creditado à ignorância da noção de *planejamento*.”<sup>5</sup>

Nessa perspectiva, as variáveis ambientais devem ser consideradas dentro de um processo contínuo de planejamento confeccionado pelo Poder Público e pautado pela gestão racional dos recursos naturais, não por sua utilização como obstáculo à implementação dessas políticas públicas.

Perfeita a contribuição do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal “(...) Ademais, há não apenas compatibilidade entre planejamento, de um lado, e liberdade e democracia, de outro, mas plena interação entre esses aspectos apenas aparentemente opostos. O planejamento pode atuar como *força ampliadora das liberdades* e a existência de um plano pode permitir eficiência maior dos mecanismos de controle democrático da atuação estatal.”<sup>6</sup> (g.n.)

A Constituição Brasileira de 1988 é de esboço dirigente, diretivo e programático, não se limitando a uma conceituação estatutária e supratemporal. Nossa CF constitui-se em um plano normativo-material-global, que elenca tarefas, programas e objetivos a serem preenchidos pelo Estado e pela sociedade. Ela legitima a lógica de que a atividade planejadora deva se dar por uma ação racional, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos.

Veja-se que “(...) a *visão prospectiva* se manifesta como característica do planejamento. A visão retrospectiva da realidade e do direito compatível com a perspectiva da Constituição estatutária, já não se amolda às imposições da Constituição dirigente”.<sup>7</sup> (g.n.)

É neste sentido que se aplica o conceito de “*government by policies*” em substituição ao conceito de “*government by laws*”, condutor de uma proposta de reorganização das funções públicas de governo: uma mudança qualitativa na atuação do Estado. Sobre ele discorre Fábio Konder Comparato: “O *government by policies* em substituição ao *government by laws*, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo (...). Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.”<sup>8</sup>

O conceito de “*government by policies*” é amplamente utilizado pelo Poder Público, quando, por exemplo, confecciona o Plano Plurianual (PPA), ocasião em que se aloca recursos financeiros priorizando ações e programas que se deseja ver implementados. Há, no entanto, inequívocas controvérsias de planejamento nas disposições das prioridades eleitas pelo Poder Público e refletidas no PPA, no que toca à concretização do desenvolvimento sustentável.

<sup>5</sup> Eros R. Grau, ob.cit. p.271.

<sup>6</sup> Eros R.Grau “*Planejamento econômico e regra jurídica*”, p.41.

<sup>7</sup> V. item 4.

<sup>8</sup> Citado em Eros Roberto Grau – “A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 309.

Exemplo mais atual dessas controvérsias, expressa-se na questão do bioma Cerrado. A área total de cerrados brasileiros é de aproximadamente 200 milhões de hectares, concentrados principalmente na região Centro-Oeste. Durante um longo período, essa área foi considerada improdutivo face à existência de alumínio nocivo e a deficiência de nutrientes químicos no solo. A implantação de uma infra-estrutura apropriada, bem como a correção e adubação adequada do solo permitiram incorporar 120 milhões de hectares ao processo produtivo.

Por tal, o Poder Público iniciou, a partir de segunda metade da década de setenta, um processo intenso de ocupação dos cerrados, objetivando desenvolver uma nova fronteira agrícola nesta região, que deu origem ao Acordo de Cooperação Nipo-Brasileira para o Desenvolvimento dos Cerrados, em 1979, e ao Programa do Governo Brasileiro para o Desenvolvimento dos Cerrados (PRODECER). Atualmente a área explorada na região soma 57 milhões de hectares, sendo que a produção de soja ali participa com 50% da produção total anual.

As dotações orçamentárias e os subsídios para o desenvolvimento da fronteira agrícola nos cerrados no período de 2000/2002 foi de aproximadamente R\$ 30,7 milhões<sup>9</sup>. Ou seja, houve e continua havendo forte indicação do Poder Público no sentido de fazer perseverar a expansão das fronteiras agrícolas nos cerrados, com inegáveis impactos sociais positivos na região: número significativo de empregos gerados, arrecadação de impostos, instalação de serviços de assistência à saúde, criação de escolas etc.

No entanto, há questões ambientais em indagação pelo próprio governo quanto aos impactos no bioma: desmatamentos, construção de estradas, redes de comunicação e de energia elétrica. A criação do Grupo de Trabalho do Bioma Cerrado, no âmbito da Secretaria de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente, cuja finalidade é a de oferecer subsídios para a elaboração dos programas, projetos, ações e políticas direcionadas à *conservação e o desenvolvimento sustentável nos cerrados*<sup>10</sup>, resulta desses questionamentos e da preocupação com o eventual desaparecimento desse bioma.

Nesse passo, pretende-se ressaltar que a clara opção do Poder Público pelo desenvolvimento dos cerrados, via expansão agrícola, sinalizou à sociedade, mais especificamente, ao setor produtivo, o plano governamental, a política pública para a região. Ao fazê-lo, consumou-se um pacto mútuo entre os interessados, *um acordo expresso de objetivos por um lado e potencial realizador pelo outro*. Portanto, a questão atual que se impõe é a quem cabe pagar a conta da degradação ambiental nos cerrados. Quem originalmente planejou o desenvolvimento da região - ou com ele consentiu - ou quem levou a efeito esse planejamento sob bases previamente estabelecidas?

Interessa-nos menos responder à indagação e mais salientar a significativa responsabilidade do Poder Público de atuar como agente centralizador e conciliador das inúmeras e, por vezes, díspares iniciativas de planejamento que emanam de seus agentes, de dar o tom do que se quer para o país - e assumir as suas

<sup>9</sup> Fonte: Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento ([www.mapa.gov.br](http://www.mapa.gov.br))

<sup>10</sup> Portaria/MMA nº 361, de 12 de setembro de 2003.

conseqüências. Nesse sentido, é crucial que o plantio de soja na Amazônia, por exemplo, deva ser pautado por um planejamento estratégico que reflita os interesses nacionais para a região.

Conforme asseveramos, as atividades de planejamento não são discricionárias à Administração Pública. Elas são obrigatórias. Não poderia ser diferente, uma vez que a grande vantagem do planejamento, por exemplo, é dar publicidade prévia as intenções concretas do que o Estado pretende para o país: como pretende utilizar sua base de recursos naturais, em que medida irá prevalecer tais ou quais atividades, durante quanto tempo, com quais objetivos, enfim, para aonde queremos ir e de que modo iremos. Por meio do planejamento fica formalizado um *pacto* entre a Administração Pública e seus administrados, um plano de voo para a implementação do desenvolvimento sustentável.

## 2.1 Produção, Consumo, Produção

Planejar o que se pretende dos recursos naturais disponíveis passa, necessariamente, pela avaliação das condutas humanas, dos estilos de vida cada civilização e seus hábitos de produção e de consumo. A existência de um vínculo entre os ecossistemas naturais e sociais é inegável.

Somos uma “civilização de consumo”. Mesmo antes da Conferência Mundial de Meio Ambiente de Estocolmo em 1972 – aliás, primeiro evento em nível internacional que enfatizou ser necessária uma solução para os problemas ambientais, saindo dali o esboço da *rationale* que resultou no conceito de desenvolvimento sustentável<sup>11</sup> - já se questionava a possibilidade de alternativas para uma civilização significativamente consumista.

Não por outra razão, a Agenda 21 determina como elemento indispensável ao desenvolvimento sustentável que se alcancem padrões de consumo sustentáveis, sem o que não se atenderá nem a erradicação da miséria nem as condições necessárias ao ecossistema planetário e, por fim, nem ao direito das gerações futuras. Corroborar a assertiva o Princípio 8 da Declaração do Rio (*Earth Summit* ou Eco 92), *verbis*: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e/ou eliminar os padrões insustentáveis de produção e de consumo e promover políticas demográficas adequadas.”

De fato, as demandas de consumo sinalizam o volume de produção para os mercados domésticos e internacionais, portanto são *partes estruturantes do planejamento de utilização dos recursos naturais*. Sobre o assunto, lapidar as conclusões de Édis Milaré “(...) em se falando de economia e meio ambiente, é inseparável do conceito de *produção* de bens e serviços o *consumo* dos mesmos bens e serviços. A *ratio* da produção é o consumo. Da mesma forma, se a produção deve ser sustentável, também o consumo o deve ser. Não se pode produzir o que não se consome (não produzir desperdício nem criar necessidades artificiais de consumo), não se pode consumir o que não se produz (acrescentaríamos: adequadamente ou sustentavelmente).”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Ver a *Declaração sobre o Ambiente Humano* – Estocolmo 1972.

<sup>12</sup> Édis Milaré, *Direito do Ambiente*, p.150.

Há muito a produzir no nosso país. Somente em recursos da biodiversidade, o Brasil é reconhecido mundialmente como o país que detém a maior fatia de biodiversidade mundial. Dentre os países megadiversos ele está em primeiro lugar (15 a 20% de toda a biodiversidade do planeta terra aqui se encontra), sendo que metade do nosso Produto Interno Bruto (PIB) advém do uso direto da biodiversidade por meio da agricultura, pecuária, pesca, aquicultura, exploração florestal, silvicultura e turismo.<sup>13</sup>

Importa avaliar de que forma queremos produzir, quão disponíveis estamos para modificar os nossos hábitos de consumo e, principalmente, quão aptos estamos a investigar outras possibilidades para o crescimento econômico tão necessário.

Por outro lado, noções românticas de que a natureza é um intocável santuário prescindem de apego à realidade que se impõe aos países em desenvolvimento (DC) ou ainda aos menos desenvolvidos (LDCs). Nas palavras de José Carlos Barbieri<sup>14</sup> :

“(..) é importante considerar que a pobreza, o subconsumo forçado, é algo intolerável que deve ser eliminado como uma das tarefas mais urgentes da humanidade. A pobreza, a exclusão social e o desemprego devem ser tratados como problemas planetários, tanto quanto a chuva ácida, o efeito estufa, a depleção da camada de ozônio e o entulho espacial que se acumula ano a ano. Questões como essas estão no cerne das novas concepções de sustentabilidade”.

Inexistem, no entanto, qualificadoras eficazes do que venha a ser consumo sustentável. Indagável mesmo se existiria a possibilidade de impor restrições ao consumo direto - não me refiro à possibilidade de intervenção econômica - de um determinado recurso natural. Delas decorreriam sanções ao consumidor final face a um eventual “consumo insustentável”?

A ambição da UNEP é o alcance do “consumo sustentável para todos”. A assertiva é de Klaus Toepfer, Vice Secretário Geral das Nações Unidas e Secretário Executivo do Programa da Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP), por ocasião do lançamento do “Processo de Marrakesh”, em junho de 2003, que prevê um período de dez anos de pesquisa e análise de políticas para induzir e fortalecer o consumo sustentável (The Ten-Year Framework for Sustainable Consumption and Production).<sup>15</sup>

Vamos esperar que os resultados desse processo possam sinalizar alternativas plausíveis à “quest” pelo desenvolvimento sustentável.

### 3. Algumas questões sobre o Zoneamento Econômico Ecológico (ZEE)

O Zoneamento Ecológico Econômico é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, artigo 9º, Item II).

*Zoneamento s.m. zo-ne-a-men-to. Divisão de uma área urbana ou de uma cidade em partes ou zonas, com destinações comerciais e industriais diferentes.//*

<sup>13</sup> Fonte : Diretoria de Biodiversidade/SBF/Ministério do Meio Ambiente/2005.

<sup>14</sup> Citado em Edis Milaré, *Direito do Ambiente*, p.32

<sup>15</sup> O segundo encontro internacional para revisão do Processo de Marrakesh acontecerá na Costa Rica de 5 a 8 de setembro de 2005. Para mais detalhes sobre o assunto ver [www.uneptie.org/sustain](http://www.uneptie.org/sustain)

v: *zonear/cf:zona* (*Dicionário Contemporâneo de Português, M.T. Biderman, vozes, 1992*)

O Zoneamento consiste no planejamento de um determinado espaço geográfico em parcelas nas quais se autorizam determinadas atividades ou interdita-se, de modo absoluto ou relativo, o exercício de outras atividades. Ele é um instrumento valioso para a solução de boa parte dos problemas ambientais e para uma integração inteligente das premissas do desenvolvimento sustentável.

Ao longo do tempo, vários exercícios de planejamento regional no Brasil deram-se sob a expressão “zoneamento ecológico-econômico”(ZEE), muito embora com conceituações bastante diferenciadas. Brent Millikan frisa os seguintes exemplos<sup>16</sup>:

- Uma das primeiras referências ao zoneamento ecológico-econômico encontra-se em um texto elaborado por um grupo de trabalho criado pelo Decreto Presidencial nº 83.518, de 23 de maio de 1979, responsável para estudar e propor medidas para uma nova política florestal para a Amazônia Brasileira. O Anexo III do referido texto trata do ZEE Preliminar: Unidades de Conservação, Florestas Nacionais e Áreas de Colonização.

- No início dos anos 80, o III Plano Nacional de Desenvolvimento, por meio do II Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (II PBDCT, 1980-1985) estabeleceu como metas aperfeiçoar e acelerar o ZEE, considerando o uso do solo segundo a sua capacidade e identificar áreas que devem ser preservadas como reservas naturais, perpetuando seu potencial genético. (Decreto Federal nº 85.118, de 03 de março de 1980).

- No ano de 1981, a Portaria Interministerial nº 029/81 determinou a necessidade de instituir um *zoneamento agro-hídrico* da região Nordeste, como parte de seu zoneamento ecológico econômico. Nesse contexto, foi previsto um conjunto de ações na região semi-árida do Nordeste entre a SUDENE (Superintendente do Desenvolvimento do Nordeste) e CEANE (Coordenaria Especial para Assuntos do Nordeste) sob a coordenação dos Ministérios do Interior e da Agricultura, respectivamente.

- Em 1986, o IBGE elaborou um texto que é hoje considerado um dos primeiros marcos do processo de ZEE na esfera governamental, intitulado “Termos de Referência para uma Proposta de Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil (Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República/SAE-1988), sem que, no entanto, tenha havido avanços na implementação da proposta.

Também de se ressaltar o II Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico (1980-85) que prescreveu uma política ambiental em três áreas: meio ambiente em áreas urbanas, levantamento e defesa do patrimônio de recursos da natureza e a defesa e promoção da saúde humana, traçando normas para o zoneamento industrial e estabelecendo uma política de localização industrial.

No tocante a uma política de localização industrial, o II PND considerou especificamente os aspectos de poluição, voltada, por exemplo, para: 1) disciplinar a ocupação industrial segundo a intensidade da ação poluidora das indústrias, de-

<sup>16</sup> Brent Millikan, *Zoneamento no Brasil: Conceitos, Debates e Desafios*.

sincientivando a implantação das indústrias com maior potencial de ação poluidora nas áreas críticas e intermediárias; 2) disciplinar a ampliação de estabelecimentos industriais atualmente localizados em áreas críticas e intermediárias de forma que sua expansão não aumente a intensidade de sua ação poluidora e 3) incentivar a transferência para fora da cidade de fábricas mais poluidoras em funcionamento.

Em nível de nossas Constituições Federais<sup>17</sup>, temos que a partir da Constituição Federal de 1946 já se formulava um Plano Nacional de Viação (art. 5º, X). E a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969 previam um plano nacional e regional de desenvolvimento e um plano nacional de saúde, todos de competência da União (art.8º,V e XIV). À época, o não cumprimento pelos Estados das medidas e dos planos econômicos e financeiros cujas diretrizes tenham sido fixadas pela União era motivo para intervenção federal (art.10, V, c).

Operacionalizado primordialmente na escala local, cujas decisões remetem à competência dos municípios, R. Martín Mateo menciona sobre as diretrizes do ZEE “(...) mas a maioria delas deve operar sobre um território muito mais extenso, dentro do qual hão de conjugar-se as correspondentes opções. Como mínimo será o espaço regional o âmbito significativo para os pronunciamentos ambientais básicos, porém em muitos casos terá que levar em conta todo o espaço nacional, inclusive, aparecerão implicações supranacionais.”<sup>18</sup>

Já a atual Constituição Federal de 1988 cuida do tema em vários de seus artigos já mencionados nesse texto (ver nossa nota 3), em particular o artigo 174 e parágrafo primeiro e, ainda, o artigo 21, X, que atribuiu competência à União para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”. No Capítulo específico que cuida da Ordem Social (Título VIII), o artigo 165, § 4º determina que “os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição, serão elaborados em consonância com o Plano Plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.”

Com relação a este dispositivo, o Professor Paulo Afonso Leme Machado destaca que “(...) por exemplo as usinas hidrelétricas e usinas nucleares vão acarretar “despesas de capital” e dependem de um programa de duração continuada – (art.165, § 1º, da CF) e, portanto, deverão estar inseridas no plano plurianual.”<sup>19</sup>

Em linhas gerais, as diretrizes traçadas para a elaboração do ZEE constam do Decreto nº 4.297, de 10 de julho de 2002, que regulamentou a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938, de 31 de agosto e 1981, nesta especificidade. O artigo 2º do Decreto estabelece que o ZEE é um “instrumento de organização do território a ser *obrigatoriamente seguido* na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população.”

Seu objetivo geral é dado pelo artigo 3º do Decreto “organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados quanto a planos, progra-

<sup>17</sup> Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 174

<sup>18</sup> R. Martín Mateo, *El Medio- Ambiente Urbano y las Vecindades Industriales*, p. 160

<sup>19</sup> Paulo Afonso Leme Machado, *ob.cit.*, 176.

mas, projetos e atividades que, direta ou indiretamente, utilizem recursos naturais, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas.” A competência para elaborar e executar o ZEE é do Poder Público Federal, em particular quando se tratar de biomas tidos como patrimônio nacional, a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (CF, art. 225, § 4º).

Ademais, por meio do Decreto Presidencial de 28 de dezembro de 2001, foi criada a Comissão Coordenadora do ZEE (CZEE)<sup>20</sup>, cujas funções são a de planejar, coordenar, acompanhar e avaliar a execução dos trabalhos de zoneamento ecológico-econômico, cabendo-lhe, ainda, a articulação com os Estados federados no sentido de apoiar-lhes a execução de seus respectivos trabalhos de zoneamento, compatibilizando-os com o da União.

Por fim, no que se refere ao ZEE verifica-se existir indagações a respeito de seu caráter “normativo” ou “indicativo”, ou seja se sua aplicação é vinculante ou não. Veja-se o questionamento de Aurélio Viana: “como o zoneamento pode informar e alterar instrumentos de políticas públicas se não tem ascendência legal sobre essas políticas?”<sup>21</sup> Mas, para a aplicação da *rationale* do caráter vinculante do ZEE, importa igualmente indagar *quem* exatamente ele vincula. Sim, porque não se há de defender que ele seja de ordem normativa-imperativa à sociedade, particularmente à iniciativa privada, sendo, no entanto, flexível e indicativo para o Poder Público, em franca afronta ao princípio da igualdade de ônus do particular face ao Estado.

Quer nos parecer que a regra do artigo 174, § 1º da CF (ver nossa nota 3), determina ao Estado o exercício, na forma da lei, das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo estes *determinantes para o setor público e indicativos para o setor privado*.

José Heder Benatti propõe a utilização do ZEE como *diretriz normativa* - um indicador da norma - para a definição do conteúdo de decretos, não como definição de espaços determinados” (...) na prática se estaria zoneando sem haver a necessidade de estabelecer zonas fixas em bases cartográficas.”<sup>22</sup>

Uma vez mais lembramos que as atividades de planejamento não são discricionárias à Administração Pública, mas obrigatórias. Sim, porque é preciso dar prévia publicidade as intenções do Poder Público, de que maneira se pretende utilizar sua base de recursos naturais, em que medida irá prevalecer tais ou quais atividades, durante quanto tempo, com quais objetivos, enfim, para aonde queremos ir e de que modo iremos. Reforçamos, por meio do planejamento e desta sua ferramenta, o ZEE, fica formalizado um *pacto* entre a Administração Pública e seus administrados.

<sup>20</sup> A CCZEE é composta pelos seguintes Ministérios (art. 2º do Decreto de 28.12.2001): Justiça; Defesa; Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Desenvolvimento, Indústria e Comércio; Minas e Energia; Transportes; Desenvolvimento Agrário; Planejamento, Orçamento e Gestão; Ciência e Tecnologia; Meio Ambiente e Integração Nacional.

<sup>21</sup> Aurélio Vianna. *O Zoneamento e a Sociedade Civil*. 1994

<sup>22</sup> José Heder Benatti. *Aspectos Legais e Constitucionais do Zoneamento Ecológico Econômico/2000*.



### 3.1 Valoração econômica dos ativos ambientais: um subsídio à elaboração do Zoneamento Ecológico Econômico

Muitas das técnicas utilizadas para a confecção dos ZEEs priorizam a tradução espacial das políticas econômicas, sociais e culturais da sociedade. Entendemos, no entanto, que há de ser mais bem trabalhada a valoração econômica dos recursos naturais e dos serviços ambientais como subsídio à elaboração dos ZEEs. Isso possibilitaria um enfoque prioritariamente ecossistêmico e a inserção de alternativas científicas-tecnológicas na confecção dos instrumentos de planejamento ambiental.

É que o meio ambiente, através de seus ecossistemas naturais, fornece diretamente à sociedade um conjunto de produtos e serviços que dão suporte às necessidades humanas – a exemplo dos recursos provenientes da biodiversidade, como base para fabricação de remédios, fitoterápicos, cosméticos, madeira e o próprio oxigênio que respiramos – e alternativas de turismo e lazer.

A assimilação desse conceito vem ganhando legitimidade e a valoração dos recursos ambientais tende a estabelecer uma nova relação sociedade-recursos naturais, condizente com as novas possibilidades de produção propiciadas pelo avanço das tecnologias e a conseqüente mitigação dos impactos ambientais, a reutilização de rejeitos como insumo para reciclagem, dentre outros.

Buscando subsídios para mais bem consolidar conceito da valoração econômica dos recursos naturais e serviços ambientais, o Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, lançou em junho de 2001, a Avaliação Ecossistêmica do Milênio (AEM)<sup>23</sup>. A Avaliação Ecossistêmica do Milênio é a primeira tentativa de comunidade científica de descrever e avaliar em escala global a gama completa de bens & serviços obtidos da natureza. Em linhas gerais, a AEM objetiva servir de instrumento para identificação de ações prioritárias, fornecendo ferramentas de planejamento e gestão das perspectivas futuras sobre as conseqüências das decisões que afetam os ecossistemas e o comportamento humano.

Uma das conclusões dessa avaliação relata que “quanto mais complexas e tecnologicamente avançadas as sociedades humanas se tornam, mais facilmente se tem a impressão de que não mais dependemos da natureza (...) estas ilusões são perigosas porque ignoram os imensos benefícios da natureza às vidas de seis bilhões de pessoas nesse planeta. Podemos ter nos distanciado da natureza, mas dependemos totalmente dos serviços que ela nos fornece”<sup>24</sup>

Para as empresas, por exemplo, encontrar maneiras de reduzir o impacto de suas atividades na natureza pode trazer importantes benefícios no longo prazo, como a redução de materiais ou serviços que poderiam se tornar mais caros, seja pela sua escassez ou por eventual regulamentação governamental restritiva. Existem grandes oportunidades para as empresas se tornarem pioneiras em tec-

<sup>23</sup> Maiores informações no site [www.millenniumassessment.org](http://www.millenniumassessment.org)

<sup>24</sup> A Avaliação Ecossistêmica do Milênio foi elaborada por uma junta composta por representantes de convenções internacionais, agências da ONU, organizações científicas, líderes do setor privado e representantes da sociedade civil e organizações indígenas, e compreendeu uma escala de avaliação local, regional e global e em bacias hidrográficas, em um total de 18 avaliações sub-globais aprovadas e outras quinze em andamento

nologias que geram menos resíduos ou práticas que antecipam as tendências em políticas públicas, seja minimizando o uso de água e energia ou reciclando resíduos, colocando-as na vanguarda das demandas futuras da sociedade. Os resultados apresentados em março de 2005 pela AEM, geraram os seguintes subsídios<sup>25</sup>:

Por fim, segundo dois relatórios do Banco Mundial publicados no final de 2004<sup>26</sup>, o desenvolvimento de técnicas para a avaliação de custos e benefícios ambientais tem tido significativo progresso. Quanto mais se compreende os bens e serviços ambientais, mais surgem novas formas de financiamento de oportunidades que colocam os países ricos em biodiversidade em posição privilegiada. A valoração dos recursos ambientais confere a esses países créditos expressivos. O Protocolo de Kyoto sobre Mudanças Climáticas, que entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, é o exemplo mais concreto e inovativo da valoração dos recursos ambientais por meio da utilização de mecanismos de mercado que resultam na conservação do meio ambiente como fato gerador de lucro.

Sobre o assunto, a expressão do Ministro de Meio Ambiente da Inglaterra, Elliot Morley, bem sinaliza o potencial futuro dos países em desenvolvimento frente aos países desenvolvidos “*give us the money or the forest gets it*”<sup>27</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

A aplicação das premissas do desenvolvimento sustentável impõe ao Poder Público a utilização de instrumentos de planejamento que possibilitem o elenco e a organização estratégica das prioridades nacionais. A valoração dos recursos do meio ambiente - ativos ambientais - assume caráter essencial na lógica de planejamento do Estado, principalmente os em desenvolvimento, posto que resultam na utilização de mecanismos de mercado como fato gerador de lucro pela conservação do meio ambiente.

Em nível nacional, o Zoneamento Ecológico Econômico é o mecanismo por excelência para a elaboração do planejamento sócio-econômico-ambiental em larga escala. Internacionalmente, a Avaliação Ecossistêmica do Milênio, projeto lançado pelas Nações Unidas em junho de 2001, descreve e avalia em escala global os bens e serviços obtidos da natureza, gerando insumos para os tomadores de decisão e da sociedade.

Mecanismos de planejamento não faltam. Importa implementá-los. E, para tanto, inexiste discricionariedade da Administração Pública, mas obrigação de fazê-lo. Não poderia ser diferente, uma vez que é preciso dar prévia publicidade às intenções do Estado sobre como pretende utilizar a base de recursos naturais do país, em que medida irá prevalecer esta ou aquela prioridade, durante quanto tempo e com qual objetivo.

<sup>25</sup> Fonte: Avaliação Ecossistêmica do Milênio – [www.Maweb.org](http://www.Maweb.org)

<sup>26</sup> “Rescuing Environmentalism (and the planet)” – em “The Economist”/April 23rd-29th/2005, p..77.

<sup>27</sup> Em “The Economist”, v. nota 26.



# FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE URBANA

GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO

Professor de Direito Ambiental da Universidade São Francisco  
Procurador do Estado/SP. Coordenador Geral da APRODAB

## 1. HARMONIA ENTRE AS NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL E DE DIREITO URBANÍSTICO

O direito de propriedade no ambiente urbano tem hoje caráter público: “este direito está garantido ao seu detentor mas, ao mesmo tempo, deve-se respeitar sua função social”. Nesse sentido, tendo a propriedade urbana ganhado conteúdo social, ao Direito Urbanístico cabe “atuar no sentido de ordenar os espaços habitáveis buscando o bem-estar dos habitantes”<sup>1</sup>.

A propriedade urbana, que não constitui necessariamente um bem de produção, também se sujeita, como ensina Cristiane Derani, ao princípio da função social, constituindo este na “disposição, finalidade, transformação, modo de utilização desse bem, que deverá contribuir para o desenvolvimento de uma vida social urbana agradável e produtiva”<sup>2</sup>.

O art. 182 e seus parágrafos 2º, 3º e 4º, ao tratar da função social da propriedade urbana, condiciona o seu cumprimento ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, não fazendo nenhuma referência direta à proteção do meio ambiente. Isto, porém, não significa que inexistam uma dimensão ambiental na caracterização da função social da propriedade urbana. Devemos recordar que as áreas urbanas, como não poderia deixar de ser, constituem um aspecto do meio ambiente – aquele que José Afonso da Silva denomina de *meio ambiente artificial*, “constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (*espaço urbano fechado*) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: *espaço urbano aberto*)”<sup>3</sup>. Michel Prieur, aliás, destaca a necessidade crucial de adoção de medidas visando a redução da poluição urbana e a proteção dos elementos naturais existentes no ambiente urbano, o que, pode-se acrescentar, justifica tanto o estudo do aspecto urbano nas obras de Direito Ambiental como

<sup>1</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Licenças urbanísticas. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo : Max Limonad, 1998. p. 305-306.

<sup>2</sup> DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 64.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 21.

o estudo dos instrumentos jus-ambientais aplicáveis nas cidades nas obras de Direito Urbanístico<sup>4</sup>.

Com advento da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 – o Estatuto da Cidade – a temática ambiental tornou-se obrigatória na fixação das exigências fundamentais de ordenação da cidade. Desta forma, o Estatuto da Cidade, já no parágrafo único de seu art. 1º, declara que as suas finalidades consistem em propiciar o bem coletivo, a segurança e o bem estar dos cidadãos, bem como o *equilíbrio ambiental*.

Ao traçar seu plano diretor, cada município brasileiro deverá adequar-se às diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, dentre elas aquela fixada no inciso I de seu art. 2º, que assegura o direito a *cidades sustentáveis*, isto é, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

A influência do Direito Ambiental na redação desse dispositivo é evidente. Odete Medauar destaca que a locução *cidade sustentável* deriva de *desenvolvimento sustentável* – expressão cunhada em 1985, quando a “Assembléia Geral das Nações Unidas decidiu formar uma comissão de especialistas, coordenada por Gro Harlem Brundtland. Os trabalhos da comissão culminaram na emissão de um relatório, denominado Nosso Futuro para Todos, também conhecido como relatório Brundtland. Esse relatório pregou a necessidade de uma política de desenvolvimento que levasse em conta os limites ecológicos do planeta, utilizando-se adequadamente os recursos ambientais, daí a expressão desenvolvimento sustentável. Aí também se insere o sentido de satisfação das necessidades da geração presente sem sacrifício das gerações futuras, e, portanto, o sentido de solidariedade”<sup>5</sup>.

Desse texto legal, podemos pinçar os mais diversos dispositivos voltados à proteção do meio ambiente, como por exemplo, no próprio art. 2º, seu inciso IV, que dispõe que o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência deve evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente. Dentro desse mesmo artigo, o inciso VI, letras “f” e “g”, pretende a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental. Temos até mesmo exageros, como o do inciso VIII, que determina a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência, diretriz que, na dicção

<sup>4</sup> “Il est indispensable que dans une société aussi urbanisée que la nôtre, la politique de l’environnement pénètre dans le milieu urbain et l’imprègne. L’organisation de l’espace urbain et les conflits de toute nature qu’il suscite (spéculation, foncière, bruit, violence, circulation, pollution atmosphérique) sont d’ailleurs en grande partie à la source du mouvement écologique beaucoup plus développé en ville qu’à la campagne. S’il peut être agusif d’appliquer au milieu urbain les concepts de l’écologie en recherchant les éléments d’un écosystème urbain artificiel, pâle copie des écosystèmes naturels, on peut néanmoins concevoir une politique de urbanisme qui donne la priorité à des mesures visant à limiter les pollutions urbaines et à protéger les éléments naturels survivants” (PRIEUR, Michel. Droit de l’environnement. 4e éd. Paris : Dalloz, 2001, p.707).

<sup>5</sup> MEDAUAR, Odete. Comentários: arts. 1º a 3º. In: MEDAUAR, Odete & ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. São Paulo. Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

de Odete Medauar, “extrapola o aspecto o aspecto precipuamente urbanístico, mesclando-o a fatores econômicos e ambientais” e acaba por exigir a adoção de medidas que nem sempre estão na competência dos Municípios<sup>6</sup>. O inc. XII, por sua vez, impõe a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico. O inc. XIII obriga a realização de audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população. O inc. XIV determina que sejam consideradas as normas ambientais na regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda. Dentre os instrumentos de planejamento municipal, elencados no art. 4º, podem ser destacados o zoneamento ambiental (inc. III, letra “c”). Finalmente, o estudo prévio de impacto ambiental e o estudo prévio de impacto de vizinhança foram arrolados como instrumentos da Política Urbana.

A propriedade urbana segue diretrizes peculiares para a caracterização de sua função social, vinculadas que estão à ordenação da cidade expressa no plano diretor. A aproximação destas diretrizes ao mandamento constitucional fundamental vem expressa no art. 39 do Estatuto da Cidade, *verbis*: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurado o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”.

Nosso direito positivo, todavia, prevê a observância da variável ambiental no meio ambiente urbano não apenas no Estatuto da Cidade, mas em outros diplomas legais igualmente importantes, dentre os quais o Código Florestal.

Dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal, acerca da observância do disposto nos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere seu *caput* e incisos, no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido.

A clareza do dispositivo não impediu que alguns entendessem que este dispositivo estava a dizer exatamente o contrário do que diz, isto é, que declarava a não aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas. Não vemos, porém, como se possa extrair tal exegese de referido dispositivo, razão pela qual comungamos com a posição de Paulo de Bessa Antunes, para quem “O respeito aos limites e princípios estabelecidos pelo Código Florestal deve ser interpretado como a impossibilidade legal de que os municípios tornem mais flexíveis os parâmetros estabelecidos na lei federal”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Id., p. 23.

<sup>7</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 1996, p. 254.

Com o advento da Lei Federal n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), esta convicção foi reforçada, vez que seu art. 2º, item VI, e alíneas “c” e “g”, dispõem que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”, mediante diversas diretrizes gerais, dentre as quais a de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana, bem como a evitar a degradação ambiental. Se considerarmos que a degradação das matas ciliares e a impermeabilização das áreas de várzea constituem talvez os principais geradores de enchentes e inundações nas grandes cidades, chegaremos à conclusão de que o descumprimento do disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal, nas áreas urbanas, acarreta um custo social elevadíssimo para os cofres públicos e sacrifícios incomensuráveis para a população atingida pelas calamidades públicas.

## 2. PREMISSAS CONSTITUCIONAIS

Antes de respondermos à indagação sobre a incidência do Código Florestal em áreas urbanas, especificamente nas áreas de preservação permanente, faz-se necessário pesquisar o sistema constitucional de competências materiais e legislativas em matéria de urbanismo e meio ambiente.

Tratemos, inicialmente, do Direito Urbanístico.

A doutrina o conceitua como “o ramo que cuida do conjunto de normas e teorias a respeito das questões urbanas, de natureza multidisciplinar, ao pinçar normas de outros setores do direito, como o civil, o administrativo, o constitucional, o tributário e o ambiental. Diz-se que as normas de direito urbanístico têm como traço peculiar o caráter mutante, a natureza discriminatória e desigualitária, na medida que definem os destinos, as funções, as formas e a intensidade de utilização da propriedade do solo”<sup>8</sup>. José Afonso da Silva, por sua vez, apresenta duas perspectivas do Direito Urbanístico. O Direito Urbanístico *objetivo* “consiste no conjunto de normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”, ao passo que o Direito Urbanístico, *como ciência*, “é o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis”<sup>9</sup>.

O art. 21, inc. XX, da Constituição Federal, fixa a competência da União para *instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*. O art. 30, incs. I e VIII, por seu turno, estabelece que compete aos Municípios *legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*. Mais à

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Aluísio Pires de, CARVALHO, Paulo César Pires. Estatuto da Cidade. Anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba : Juruá, 2001. p. 33.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 42.

frente, o art. 182, também da Carta de 1988, dispõe que *a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*. O § 1º deste artigo fixa a obrigatoriedade da implantação de um plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, para cidades com mais de 20 mil habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Mediante lei específica, o Poder Público municipal poderá exigir (nos termos da lei federal), do proprietário do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, IPTU progressivo no tempo ou desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas (§ 4º). O art. 25 da Constituição Federal, finalmente, dispõe em seu § 3º que *os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*.

Estas são, em síntese, as principais regras constitucionais relativas à competência em matéria *urbanística*, das quais inferimos que “os assuntos relacionados ao direito urbanístico são de competência de todas as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, já que a ocupação planejada das cidades não lhes é indiferente”<sup>10</sup>. Deste quadro constitucional podemos concluir que as competências legislativas para estabelecer as diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, pertencem à União; e, aos Municípios, aquelas destinadas a disciplinar assuntos de interesse local. Por outro lado, detêm os Municípios competência material para promover o adequado ordenamento do solo urbano. E os Estados têm, na dicção de José Afonso da Silva, “a possibilidade de estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”<sup>11</sup>.

Cuidemos, agora, do Direito Ambiental, que não se confunde com o Direito Urbanístico, não obstante também “pince” normas de outros setores.

Édis Milaré define-o como “o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende, SANTOS, Bernadete Schleder dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro : AIDE, 2002. p. 32.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 49.

<sup>12</sup> MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 2ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 109.



José Afonso da Silva, por sua vez, afirma que o Direito Ambiental é uma “disciplina jurídica de acentuada autonomia, dada a natureza específica de seu objeto – ordenação da qualidade do meio ambiente com vista a uma boa qualidade de vida -, que não se confunde, nem mesmo se assemelha, com o objeto de outros ramos do Direito”. Também aqui o consagrado constitucionalista apresenta duas definições. O Direito Ambiental *objetivo* “consiste no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente”. Como *ciência*, ele “busca o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente”<sup>13</sup>.

As competências em matéria ambiental acham-se arroladas ao longo de diversos dispositivos da Constituição Federal mas, para efeito de análise da questão posta, importa atentar para os artigos 23, incisos VI e VII (competências materiais) e 24, incisos VI, VII e VIII.

Da leitura de referidos dispositivos conclui-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de suas atribuições administrativas, devem proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, preservar a fauna e a flora. Sob a perspectiva legislativa, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Do que até o momento foi exposto, depreende-se que, a despeito da proximidade histórica entre as duas disciplinas jurídicas, seus objetos são distintos. O Direito Urbanístico disciplina a organização dos espaços habitáveis; o Direito Ambiental promove a tutela do meio ambiente. É de inteira conveniência que o legislador, ao disciplinar a organização dos espaços habitáveis nas cidades também leve em conta a defesa da qualidade ambiental, como ocorre na Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) que, ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, em inúmeras passagens atentou para este aspecto. A título meramente exemplificativo, tomemos os seguintes tópicos de referida lei federal:

- i. suas normas, de ordem pública e interesse social, regulam o uso da propriedade urbana em prol do equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único);*
- ii. a política urbana objetiva ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante diretrizes gerais de garantia do direito a cidades sustentáveis, que pressupõe saneamento ambiental (art. 2º, inc. I);*
- iii. o planejamento urbano deve evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (art. 2º, inc. IV);*
- iv. a política urbana deve promover a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, inclusive o cultural (art. 2º, inc. XII);*
- v. a política urbana deve ouvir a população nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído (art. 2º, inc. XIII);*

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 42.

- vi. *na regularização fundiária e urbanização de favelas, a política urbana deverá considerar as normas ambientais (art. 2º, inc. XIV);*
- vii. *o planejamento municipal deverá utilizar-se de instrumentos de planejamento municipal próprios do Direito Ambiental, como o zoneamento ambiental (art. 4º, inc. III, letra “c”);*
- viii. *a título de instrumentos da política urbana, deverão ser utilizados, ainda, institutos jurídicos e políticos como a instituição de unidades de conservação (art. 4º, inc. V, letra “e”) e estudo prévio de impacto ambiental (art. 4º, inc. VI, 1ª parte);*
- ix. *o plano diretor torna-se obrigatório para cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (art. 41. inc. V)*

Depreende-se que determinadas leis, como a n. 10.257/01, dizem respeito aos dois ramos do Direito, o Ambiental e o Urbanístico, sem que isto signifique confusão entre os mesmos.

Fernando Alves Correia, aliás, apresenta com bastante clareza a distinção entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico:

*“O direito urbanístico não tem como fim direto e imediato a proteção do ambiente, mas a fixação de regras jurídicas de uso, ocupação e transformação do território, o que significa que o ‘móbil’ ambiental, embora presente, não constitui a idéia condutora da regra jurídica urbanística, e, ao contrário, as normas jurídico-ambientais são intrinsecamente preordenadas aos fins de tutela do ambiente.*

*Em segundo lugar, no que concerne à substância, há matérias que constituem o núcleo central do direito do ambiente e que, de modo algum, se podem confundir com as do direito urbanístico (proteção da fauna e da flora; prevenção da poluição nas suas diferentes modalidades; a matéria da responsabilidade civil por danos ao ambiente; a matéria do ilícito ambiental, quer de índole criminal, quer de índole administrativa; o contencioso do direito ambiental; o direito organizatório do ambiente; a matéria do Direito Internacional Público e Privado do Meio Ambiente”<sup>14</sup>.*

A Constituição do Estado de São Paulo, reconhecendo, aliás, a unidade do meio ambiente, dispõe em seu art. 191: “O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, *artificial* e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico” (g.n.).

Por *meio ambiente artificial* há que se entender seus aspectos *urbano e cultural*.

Tecidas estas considerações introdutórias, que têm por objetivo destacar a distinção existente entre Direito Ambiental e Direito Urbanístico, podemos con-

<sup>14</sup> CORREIA, Fernando Alves. O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade. Lisboa : Almedina, 1989, pp.87-88. *Apud* MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado. 2ª edição. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994. p. 12.

cluír que normas ambientais não alcançam apenas o chamado meio ambiente rural. O Estatuto da Cidade demonstra à saciedade que tais normas incidem com toda intensidade também sobre outros aspectos do meio ambiente, como é o caso do urbano.

### 3. CÓDIGO FLORESTAL

No ano de 1934 foi publicado o primeiro Código Florestal Brasileiro, que se assentaria em bases claramente voltadas ao princípio da função social da propriedade, na medida em que, já em seu art. 1º, declarava que as florestas (mas também as demais formas de vegetação reconhecidas de utilidade às terras que revestem, conforme art. 2º) constituem *bem de interesse comum a todos*. Desta forma, se é certo que o proprietário das terras continuava a ter o livre uso, gozo e disposição das florestas que nelas existissem, por outro lado, considerando que tais florestas constituíam bem que não era de seu interesse exclusivo, mas de toda a coletividade, o exercício do direito de propriedade ficava condicionado ao respeito que as leis, em geral, e especialmente aquele Código, estabeleciam.

Trazia, ainda, o novo texto normativo, a proibição da derrubada de matas existentes nas margens dos cursos d'água e das encostas dos morros – dispositivos que subsistem hoje na Lei 4.771/65 – o Código Florestal vigente.

A base constitucional do Código Florestal encontrava-se no já mencionado art. 113, item 17, da Carta de 1934. A Constituição de 1937, conquanto não tenha feito, em seu art. 122, item 14, a mesma referência à prevalência do interesse social ou coletivo, estabeleceu que o conteúdo e os limites do direito de propriedade seriam aqueles definidos nas leis que lhe regulassem o exercício.

Em 1965 foi editada a Lei Federal n. 4.771, que vem a ser o Código Florestal ainda hoje vigente. Seu objeto maior de tutela acha-se descrito em seu art. 1º, isto é, as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem. São elas consideradas bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem. Desse dispositivo extrai-se que o regime especial de propriedade florestal não se confunde com a do Código Civil e mais, que o Código Florestal não se limita a proteger florestas mas, também, quaisquer outras formas de vegetação *reconhecidas de utilidade às terras que revestem*. Esta expressa referência à utilidade de formas de vegetação para as terras que revestem revela o espírito que norteou o legislador de 1965. Não se tratava, na época, de lei objetivando a proteção da biodiversidade – conceito, aliás, que somente se consolidou na década de 1990. O Código Florestal estava imbuído de um caráter preponderantemente agrário. É certo, porém, que na década de 1980, com a evolução do Direito Ambiental, este importante diploma legal viria a adquirir uma nova dimensão. Hoje, não paira dúvida acerca da importância da Lei n. 4.771/65 para a proteção da biodiversidade e, também, para um mais exato delineamento da função social da propriedade em sua dimensão ambiental.

O Código Florestal (Lei n. 4.771/65), reproduzindo em parte aspectos do meio ambiente que já eram protegidos pelo Código de 1934, relaciona duas importantes espécies de limitações à modificabilidade da propriedade: as *áreas de preservação permanente* e as *áreas de reserva legal*.

### 3.1 Áreas de Preservação Permanente

Área de Preservação Permanente (APP) é o espaço protegido nos termos dos artigos 2º e 3º do Código Florestal, coberto ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e da flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 1º, § 2º, da Lei n. 4.771/65, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.166-67/2001).

A limitação administrativa estabelecida pela instituição das áreas de preservação permanente consiste na sua imodificabilidade. A regra, porém, não é absoluta. O art. 3º, § 1º e o art. 4º e seus parágrafos (redação dada pela MP 2.166-67/2001) regulamentam as hipóteses de supressão total ou parcial da vegetação, que serão admitidas, mediante prévia autorização do órgão ambiental competente, quando:

- a) for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social;
- b) for caso de utilidade pública ou interesse social devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Existem dois grandes grupos de Áreas de Preservação Permanente: aquelas assim consideradas pelo só efeito do Código Florestal (art. 2º) e aquelas dependentes de declaração por ato do Poder Público.

Integram o primeiro grupo as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios e cursos d'água (matas ciliares), ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais e artificiais, nas nascentes e "olhos d'água", nos topos de morros, montes, montanhas e serras, nas encostas com declividade superior a 45º, nas restingas (como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues), nas bordas dos tabuleiros ou chapadas (a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 metros em projeções horizontais) e, qualquer que seja a vegetação, em toda região com altitude superior a 1800 metros (art. 2º do Código Florestal). A estas hipóteses acresce-se a das áreas destinadas a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas (art. 2º, letra "g" e seu § 2º).

O segundo grupo de áreas de preservação permanente – aquelas dependentes de declaração por ato do Poder Público - está elencado no art. 3º do Código Florestal e consiste nas florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a: a) *atenuar a erosão das terras*: todas as matas relacionadas no art. 2º do Código de Florestal são de preservação permanente porque *também* destinam-se a atenuar a erosão das terras. Todavia, em determinadas situações não previstas no art.

2º pode ser apontada a necessidade técnica de preservação da vegetação como, por exemplo, em morros cujo solo seja pouco consistente mas com declividade inferior a 45º; b) *fixar dunas*: esta hipótese incluiria outras fisionomias que não as restingas, já previstas no art. 2º, letra “F”; c) *formar faixas de proteção ao longo de ferrovias e rodovias*: note-se que esta hipótese está mais diretamente relacionada à garantia do bem-estar das populações humanas do que propriamente à preservação da biodiversidade; d) *auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares*; e) *proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico*: atualmente, o objeto de tutela previsto na alínea “e” do art. 3º do Código Florestal vem sendo preferencialmente protegido pela criação de unidades de conservação como parques, monumentos naturais, estações ecológicas ou simplesmente pelo seu tombamento; f) *asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção*; g) *assegurar condições de bem-estar público*: a hipótese é aberta para o exercício do poder discricionário da Administração.

### 3.2 Reserva Legal

A Medida Provisória n. 2.166-67/01 trouxe a definição de reserva legal, até então inexistente no Código Florestal: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas”.

Referida medida provisória deu nova redação ao art. 16 do Código Florestal, estabelecendo que “as florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal”, num percentual mínimo que varia de 20% a 80% da propriedade rural, de acordo com a região em que se localizar (incisos I a IV).

A reserva legal constitui restrição parcial à modificabilidade da propriedade e também restrição à faculdade de sua fruição, na medida em que o proprietário não pode dar ao imóvel o uso que bem entender. Se a vegetação da reserva legal não pode ser suprimida (art. 16, § 2º), certo é que pode ser utilizada “sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos estabelecidos no regulamento”.

Consoante o disposto no art. 16, § 8º, a área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente.

Sua localização deve “ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando

houver: I – o plano de bacia hidrográfica; II – o plano diretor municipal; III – o zoneamento ecológico-econômico; e IV – a proximidade com outra reserva legal, área de preservação permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida” (art. 16, § 4º).

É vedada a alteração da destinação da reserva legal, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área” (art. 16, § 8º, 2ª parte). Constituindo modalidade de espaço territorial especialmente protegido, a reserva legal não desaparece do mundo jurídico com a simples ampliação de perímetro urbano: sua averbação à margem do registro imobiliário só poderia ser cancelada mediante a edição de lei ordinária que tratasse especificamente de sua desafetação.

### **3.3 Uso nocivo da propriedade**

O § 1º do art. 1º do Código Florestal dispõe que as ações ou omissões contrárias às suas disposições na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil.

O texto constituía inicialmente o parágrafo único do art. 1º. Passou a ser o § 1º em razão do disposto no art. 1º da MP 2166-67, de 24 de agosto de 2001, atualizando-se, na oportunidade, a referência ao dispositivo do Código de Processo Civil, originalmente o de 1939.

O art. 275, inc. II, letra “g”, do CPC, determina a observância do procedimento sumário nos casos previstos em lei. Evidentemente, tal procedimento será pertinente nos casos de conflito de vizinhança, pois na hipótese de tutela judicial do meio ambiente, interesse difuso por excelência, a ação civil pública é o instrumento processual mais adequado (cf. Lei n. 7.347/85, art. 1º, inc. I).

O novo Código Civil (2002), em seus artigos 1277 a 1281, utiliza a expressão “uso anormal da propriedade”, estabelecendo que o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. O parágrafo único do art. 1277 proíbe as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

A doutrina pouco tem atentado para a importância deste § 1º do art. 1º do Código Florestal, que aponta em direção a uma característica evidente dos valores protegidos nessa lei: a degradação de uma área de preservação permanente ou de uma reserva legal constituem danos ambientais que de imediato repercutem nas propriedades lindeiras. Nada mais adequado, portanto, do que fixar o cumprimento do Código Florestal como verdadeiro direito de vizinhança – dimensão esta que não exclui a de interesse difuso.

### 3.4 Árvores imunes de corte

O art. 7º do Código Florestal dispõe que *qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de porta-sementes*. Trata-se de hipótese exemplar de cumprimento da função social da propriedade de bem natural, aplicável tanto em propriedades urbanas como em propriedades rurais, públicas ou privadas.

A dúvida que poderia ser suscitada é se este dispositivo cuida de declaração de imunidade de corte de apenas uma árvore ou de toda uma espécie em território nacional. Juracy P. Magalhães observa, a respeito: “Hoje há um grande número de árvores declaradas imunes de corte por atos estaduais e municipais. No Distrito Federal, por exemplo, de uma só vez foram declaradas imunes de corte (Decreto n. 14.783) 11 espécies de árvores. São elas: copaíba, sucupira-branca, pequi, cagaita, gomeira, pau-doce, aroeira, embiricu, peroba, jacarandá e ipê. É uma política louvável porque evita o desaparecimento de espécies importantes e altamente valorizadas. Sem essa proteção, certamente desapareceriam pelo grande interesse que despertam no mercado madeireiro”<sup>15</sup>.

Por outro lado, se entendêssemos que o art. 7º alude a unidades de árvore especificamente determinadas, chegaríamos à conclusão de que a hipótese é de mero tombamento administrativo de um bem determinado. Este é o entendimento de Luís Carlos Silva de Moraes: “O caso em questão é de tombamento. Sua declaração pode ser sobre determinado bem, local histórico ou *local paisagístico*. Contudo, caso imposto um ônus sobre o proprietário do imóvel onde se localiza a referida árvore, necessária à indenização. Isso só acontece quando as condições de conservação da coisa acarretam despesas extraordinárias para o proprietário, caso em que deverão ser suportadas pela Administração ou realizada a desapropriação do referido bem”<sup>16</sup>. Cabe, porém, a indagação: qual o dano a ser reparado? O autor não esclarece.

Os motivos elencados na lei não permitem que se chegue a uma conclusão definitiva: localização, raridade, beleza ou condição de porta-semente não constituem necessariamente elementos individualizadores de um único exemplar de árvore. Atentando-se para o bem tutelado pela Lei n. 4.771/65 – o Código Florestal busca a proteção de florestas e outras formas de vegetação e não um único e determinado exemplar de uma espécie – talvez seja possível concluir que melhor interpretação está com Juracy P. Magalhães. Para a proteção de bens em razão de seu valor estético, histórico ou paisagístico já existe o Decreto-Lei n. 25, de 1937, que pode ser utilizado para o tombamento de *sítios de relevante interesse ecológico*, mas que não seria um instrumento jurídico adequado para a declaração de imunidade de corte de toda uma espécie botânica. De qualquer forma, parece que as duas possibilidades não são excludentes, podendo-se invocar o art. 7º do Código Florestal tanto para a proteção de um único exemplar de árvore como de toda uma espécie.

<sup>15</sup> MAGALHÃES, Juracy P. Comentários ao Código Florestal. 2ª edição, atualizada e aumentada. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2001, pp. 130-131.

<sup>16</sup> MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. São Paulo : Atlas, 1999, p. 68.

### 3.5 Áreas de Preservação Permanente e as áreas urbanas

Retomemos o exame da legislação relativa às áreas de preservação permanente, já desenvolvido no tópico 03.1., agora sob a perspectiva urbanística.

O Código Florestal dispõe, em seu art. 2º, sobre as áreas de preservação permanente *pelo só efeito da lei 4.771/65*. Até o advento da MP 2166-67/2001, que modificou referida lei, o conceito de *área de preservação permanente* (APP) era apenas doutrinário. Hoje, o art. 1º, § 2º, inc. II, do Código Florestal, a define nos seguintes moldes: “Área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

Atente-se para o fato de que a finalidade da APP não se confunde com a da área de reserva legal que, nos termos do inc. III do mesmo art. 1º, § 2º da Lei n. 4.771/65, é a “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas”.

Já sabemos que o Código Florestal distingue duas diferentes espécies de APP: aquelas que são consideradas *pelo só efeito da lei* (art. 2º) e aquelas consideradas *quando assim declaradas por ato do Poder Público* (art. 3º). Interessa-nos examinar somente as APPs relacionadas no art. 2º do Código Florestal, eis que seu parágrafo único estabelece expressamente:

*Art. 2º.....*

*Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.*

O território municipal pode ser subdividido em zonas urbana, urbanizável, de expansão urbana e rural. A definição de área ou zona urbana sempre foi uma questão tormentosa, sendo conhecida a regra fixada pelo art. 32, § 1º, do Código Tributário que, para os efeitos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) considera como tal a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

- I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II – abastecimento de água;
- III – sistema de esgotos sanitários;
- IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; e
- V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.



A Resolução CONAMA n. 302/2002, por sua vez, dispõe que **área urbana consolidada** é aquela que atende aos seguintes requisitos:

- a) definição legal pelo poder público;
- b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana:
  1. malha viária com canalização de águas pluviais;
  2. rede de abastecimento de água;
  3. rede de esgoto;
  4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
  5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
  6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e
- c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km<sup>2</sup>.

De igual teor é o art. 2º, XIII, da Resolução CONAMA n. 303/2002.

José Afonso da Silva ensina que o solo tem a qualificação urbana “quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a *edificabilidade* e a *viabilidade*” (de viário), que não são, por natureza, qualidades do solo. Essa qualificação é função das normas urbanísticas que lhe fixam o *destino urbanístico*, a que fica vinculado o proprietário. Esse destino consiste primordialmente na ordenação do terreno e na sua predeterminação a uma das funções do urbanismo. Mas a figura do destino urbanístico dos terrenos não se resume nisso, pois, como assinalou Garcia de Enterría, ‘o destino é um instrumento de ordenação da propriedade que se planifica, através de sua natureza vinculante. Isso significa que é a figura por meio da qual se constrói o direito de propriedade... O destino cria uma *utilidade legal* que pode aproveitar ao proprietário e que se contrapõe à *utilidade natural* dos terrenos, identificada com a sua natureza rústica’<sup>17</sup>.

Não é caso, porém, de, aqui, se esgotar o debate sobre a definição de zona ou perímetro urbano, visto que esta discussão acabaria por nos afastar da questão central, bastando, por ora, recordar os termos da Lei n. 6.766/79, que deixa para a lei municipal definir quais são as zonas urbanas e as de expansão urbana, de acordo com o interesse peculiar do próprio município.

O que merece ser indagado neste passo é se o art. 2º do Código Florestal aplica-se ou não em perímetro urbano dos municípios, por força de seu parágrafo único.

Édis Milaré adota uma posição cautelosa a respeito, limitando-se a dizer:

*“A preservação de áreas verdes no perímetro urbano dos Municípios tem o objetivo de ordenar a ocupação espacial, visando a contribuir para o equilíbrio do meio em que mais intensamente vive e trabalha o homem. As normas que disciplinam, no ambiente urbano, a preservação de áreas verdes, são as contidas no Plano Diretor, na lei de uso de solo, seja municipal, seja metropolitana, e em outras editadas especialmente para tal fim”.*

*“Existe controvérsia doutrinária acerca da aplicabilidade do art. 2º do Código Florestal em área urbana, quanto à proteção e delimitação das áreas de preservação permanente”<sup>18</sup>.*

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, cit., p. 71.

<sup>18</sup> MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 2ª edição. São Paulo : RT, 2001. p. 170.

A doutrina, no entanto, inclina-se majoritariamente no sentido da aplicação do art. 2º do Código Florestal em perímetro urbano.

Paulo de Bessa Antunes, por exemplo, ensina que “todas as formas de vegetação ou de acidentes geográficos” mencionados em referido dispositivo legal “podem estar compreendidas no interior de áreas urbanas”, por força de seu parágrafo único: “O parágrafo acima mencionado foi plenamente recepcionado pelo artigo 30 da Constituição Federal”<sup>19</sup>.

José Afonso da Silva, por sua vez, tratando das áreas verdes urbanas, afirma que a política dos espaços verdes revela-se “na *proteção da Natureza, a serviço da urbanização*, conexas com a proteção florestal ou parte dela, com o objetivo de ordenar a coroa florestal em torno das grandes aglomerações, manter os espaços verdes existentes no centro das cidades, criar áreas verdes abertas ao público, preservar áreas verdes entre as habitações – tudo visando a contribuir para o equilíbrio do meio em que mais intensamente vive e trabalha o Homem” e, ao final, conclui que a política dos espaços verdes “há de ser estabelecida pelos Planos Diretores e leis de uso do solo dos Municípios ou Regiões Metropolitanas e Aglomerações Urbanas, *mas no referente às florestas de preservação permanente aí existentes terão que observar os princípios e limites previstos no art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal, conforme determinação de seu parágrafo único, acrescentado pela Lei 7.803, de 1989*”<sup>20</sup> (grifamos).

Paulo Affonso Leme Machado, ao discorrer sobre o art. 2º, § único, do Código Florestal, espousa idêntica opinião: “Desnecessário seria este artigo, diante da obrigação que têm os Municípios de respeitar as normas gerais ambientais da União. Contudo, ao introduzir-se esse parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado art. 2º. Isto quer dizer, por exemplo, que um Município, ao construir uma avenida nas margens de um curso d’água, não pode deixar de respeitar a faixa de implantação da vegetação de ‘preservação permanente’, de acordo com a largura do curso d’água. A autonomia municipal ambiental entrosa-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente”<sup>21</sup>.

Finalmente, Rodrigo Andreotti Musetti, após discorrer sobre as diferentes funções das áreas de preservação permanente no ambiente urbano e rural, conclui: “O conceito de desenvolvimento sustentável veio mostrar que só podemos progredir, com qualidade de vida, se preservarmos o ambiente para a nossa e para as futuras gerações. Progredir retirando da natureza o desnecessário e além de sua capacidade não significa que estamos nos desenvolvendo. É por este motivo que o Código Florestal determina que os planos diretores e as leis de uso do solo devem respeitar os princípios e limites referentes às áreas de preservação permanente do art. 2º; a atividade urbanística, por natureza, deve respeitar a vocação e a função

<sup>19</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Ob. Cit., p. 254.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, cit., p. 175.

<sup>21</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 11ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003. pp. 385-386.

ambiental natural das áreas de preservação permanente e do ambiente em geral, pois a função primordial da Cidade é garantir aos seus integrantes uma vida com qualidade, e isto só é possível preservando-se o meio ambiente municipal”<sup>22</sup>.

O Projeto de Lei n. 47/2004 do Senado Federal (n. 2.109/99 na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, dispunha em seu art. 64: “Na produção imobiliária, seja por incorporação ou parcelamento do solo, em áreas urbanas e de expansão urbana, não se aplicam os dispositivos da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965”. Todavia, este dispositivo foi em boa hora vetado pelo Presidente da República, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, conforme Mensagem n. 461, de 2/8/2004:

*“O art. 225 da Constituição da República impõe ao poder público o dever de defender o meio ambiente, aí incluído o dever de ‘definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos’ (§ 1º, inciso III). Também impõe especial proteção da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira (§ 4º do mesmo artigo).*

*Os contornos exatos dessa proteção são aqueles constantes da lei ordinária, sendo constitucionalmente admissível alterar tal proteção de modo a torná-la mais ou menos rígida. No entanto, não é constitucionalmente admissível a simples supressão da norma de proteção ambiental, constante da Lei nº 4.771, de 1965 - Código Florestal, em especial, referente às áreas urbanas já existentes e também às áreas de futura expansão urbana.*

*Com efeito, o art. 64 do projeto de lei sob análise estabelece que qualquer construção de imóvel (sequer está restringido para residência) em qualquer área que não seja totalmente afastada de zona urbana não se sujeita à Lei nº 4.771, de 1965, fazendo as vezes de norma geral, aplicável a todas as pessoas, órgãos e instituições. Considerando que a Lei nº 4.771, de 1965 é um dos pilares da política ambiental do País, sendo pois, um dos mais importantes instrumentos de gestão ambiental, ter-se-á o afastamento de todas as condicionantes ambientais, relativas às construções.*

*Assim, temos que o dispositivo viola o art. 225 da Constituição da República ao afastar todas as limitações à construção em áreas de preservação permanente, área de Mata Atlântica, Serra do Mar, Zona Costeira etc.”*

Para tanto, foi decisiva a atuação da sociedade civil organizada em defesa da manutenção dos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal. Na ocasião, foi elaborada carta divulgada publicamente e entregue à Presidência da República. Ressaltou-se que o Código Florestal é um dos principais instrumentos de controle e de gestão pública de áreas de risco como morros, margens de rios, nascentes, lagoas e outros espaços territoriais de especial interesse ambiental e que muitas prefeituras, no desejo de ampliar a arrecadação de IPTU, tendem a ampliar suas áreas de expansão urbana sobre os remanescentes florestais brasileiros já bastante depauperados, notadamente na região mais urbanizada do País,

<sup>22</sup> MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos. Leme-SP : LED, 2001. pp. 183-184.

as regiões metropolitanas da costa leste, onde habitam mais de 120 milhões de brasileiros. Por tal motivo, a revogação do Código Florestal para as áreas urbanas e de expansão urbana estimularia a ocupação de áreas de interesse ambiental, com graves reflexos que vão muito além da questão ambiental. A carta, em seguida apresentava as seguintes ponderações:

*“1. Ao excluir a aplicação do Código Florestal em áreas urbanas e de expansão urbana sem qualquer condicionante como, por exemplo, a exigência de Plano Diretor ou de Zoneamento Ambiental, a Lei federal entrega todos os poderes para os municípios decidirem sobre os destinos de áreas que abrigam vegetação de interesse para a conservação do solo e das águas, bens cujas características próprias e relevância demandam gestão integrada e transcendente ao interesse meramente local. O IBAMA e os órgãos estaduais não poderão agir no controle e fiscalização dessa áreas, já que a lei que fundamenta o controle por esses órgãos (o Código Florestal) não mais vigorará nas áreas de expansão urbana.*

*2. Ao excluir a aplicação do Código Florestal em áreas urbanas e de expansão urbana a Lei permite que os poderes locais burluem a obrigatoriedade de manutenção da chamada reserva legal das propriedades rurais. Ao declarar uma área como de expansão urbana mediante um simples decreto do executivo, sem a exigência mínima de Plano Diretor ou Zoneamento Ambiental, tais espaços hoje considerados de interesse nacional poderão ser desmatados sem restrições, o que agravará substancialmente as taxas de desmatamentos em todos os Biomas Brasileiros.*

*3. Ao excluir a aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas e de expansão urbana, pela redação aprovada, a Lei permitirá que outras atividades associadas à “produção imobiliária” possam acontecer nas áreas de preservação permanente como, por exemplo, a mineração em margem de rios, nascentes, terrenos com alta declividade e topos de morros hoje protegidos pelo Código Florestal, comprometendo substancialmente a produção e conservação de água no País, já bastante prejudicada principalmente nas regiões metropolitanas do Nordeste, Sul e Sudeste, assim como agravando problemas de enchentes e escassez nas áreas urbanas, além da poluição dos corpos hídricos.*

*4. A ausência da ação dos órgãos estaduais e federal de meio ambiente no controle e gestão da ocupação dos espaços territoriais protegidos pelo Código Florestal em áreas urbanas e de expansão urbana é grave, pois de acordo com o IBGE apenas 17,6% dos municípios brasileiros possuem Plano Diretor, 29% possuem Conselho Municipal de Meio ambiente (dos quais menos da metade funciona efetivamente) e menos de 10% possuem infra-estrutura suficiente e pessoal habilitado a proceder à fiscalização e ao controle da expansão urbana desordenada.*

*5. A criação de espaços territoriais especialmente protegidos sob a forma de unidades de conservação (Lei Federal 9.985/00) fica praticamente inviabilizada pois as áreas hoje protegidas pelo Código Florestal serão objeto de especulação imobiliária dada a possibilidade legal de ocupação o que elevará seus preços e inviabilizará a aquisição pelo poder público de áreas para proteção ambiental e lazer, fundamentais principalmente nas regiões metropolitanas.*

*6. Praticamente todo o litoral brasileiro é hoje considerado pelas legislações municipais como área urbana ou de expansão urbana de sorte que deixarão de*

*ser consideradas áreas de preservação permanente dunas, ilhas, costões rochosos, estuários, brejos e falésias, praias, restingas, lagunas e manguezais, além de nascentes, margens de rios e montanhas em todo país, com a consequente liberação para ocupação de tais espaços.*

*7. Cabe destacar que as áreas de preservação permanente situadas em área urbana têm uma função social da maior relevância, na medida em que contribuem para a proteção da população em épocas de chuvas contra deslizamento de terras em terrenos com declividade igual ou superior a 45º graus bem como contra inundações de habitações localizadas nas margens dos cursos d'água. Vale dizer que o Código Florestal em seu artigo 1º afirma serem de interesse comum de todos os cidadãos deste país as florestas e demais formas de vegetação nativa de interesse às terras revestem. A Constituição Federal, em seu artigo 225, atribui ao poder público a incumbência de proteger e restaurar os processos ecológicos essenciais e estabelece que a Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Zona Costeira e a Floresta Amazônica, os principais biomas a serem impactados pelo dispositivo questionado, são considerados Patrimônio Nacional, cuja utilização deve ser feita em condições que assegurem a preservação do meio ambiente (parágrafo 4º). Com a entrada em vigor do dispositivo ora questionado os espaços territoriais hoje protegidos pelo Código Florestal passarão a ser geridos principalmente pelos órgãos municipais, a despeito do interesse nacional e de afetarem áreas consideradas Patrimônio Nacional”.*

### **3.5.1 A aparente colidência entre o art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal e o art. 4º, inc. III, da Lei n. 6.766/79**

O art. 2º do Código Florestal tem natureza nitidamente *ambiental* e constitui *norma geral*, limitadora da autonomia legislativa dos municípios. Nesse sentido, assevera Luís Carlos Silva de Moraes, tratando exatamente do parágrafo único de citado artigo, que, por autorização constitucional, “certas regras GERAIS da área urbana serão determinadas pela União, como verdadeira limitação ao conteúdo da lei municipal sobre a ordenação do solo urbano, em razão da redação do art. 21, incisos IX e XX, CF/88. Ambos os dispositivos dão um sentido de homogeneidade do desenvolvimento urbano, ou seja, atua a União na *limitação à matéria da legislação municipal*”<sup>23</sup>.

A definição legal de APP trazida pelo art. 1º, inc. III, do Código Florestal, com a redação dada pela Medida Provisória 2166-67/2001, não dá margem a dúvidas e, se por um lado sua função ambiental é variável de acordo com as características e o tamanho das cidades, por outro lado é inegável a sua função ambiental de preservação da paisagem, da permeabilidade superficial, da estabilidade geológica, da biodiversidade e do solo e de garantia de bem-estar das populações humanas. Pode-se, de imediato, concluir que a vegetação natural situada no topo de morros e montes, nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º e em altitude superior a 1800 metros (qualquer que seja a vegetação), nas nascentes,

<sup>23</sup> MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. São Paulo : Atlas, 1999. p. 48.

ainda que intermitentes e nos chamados ‘olhos d’água’, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura, seja a zona rural ou urbana, constitui área de preservação permanente, por força do art. 2º, alíneas “c”, “d”, “e” e “h”, do Código Florestal, c/c seu parágrafo único.

O art. 4º, inc. III, da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79) assim dispõe:

*Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: III – ao longo das águas correntes e dormentes<sup>24</sup> e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias<sup>25</sup>, será obrigatória a reserva de uma faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.*

Ora, referido dispositivo legal é aparentemente incompatível com o disposto no art. 2º do Código Florestal, que considera de preservação permanente, pelo só efeito de referida lei, as florestas e demais formas de vegetação situadas:

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

*1) de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;*

*2) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) metros a 50 (cinquenta) metros de largura;*

*3) de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;*

*4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros;*

*5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros.*

*b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais.*

*(...)*

Não existindo nenhuma diferença de ordem hierárquica entre os dois diplomas, ambos leis ordinárias federais, impõe-se o exame cronológico da publicação dos textos legais.

A redação do art. 4º, inc. III, da Lei n. 6.766/79, não sofreu nenhuma alteração desde que referida lei foi editada, em 19 de dezembro de 1979.

<sup>24</sup> Por águas dormentes deve-se entender os lagos, represas, açudes etc.

<sup>25</sup> A Lei n. 10.932, de 2 de agosto de 2004, para atender a interesses voltados à Política Energética, alterou o art. 4º da Lei n. 6.766/79, excluindo as faixas ao longo dos dutos da regra geral fixada na Lei n. 6.766/79, que também as arrolava como áreas “non aedificandi”. O novo texto legal introduz a possibilidade de exigir-se, no âmbito do licenciamento ambiental, a reserva de faixa não edificável, porém esta exigência dar-se-á “conforme estabelecido nas normas técnicas pertinentes”. Duvidosa será a edição de tais normas técnicas no processo de licenciamento de mega-projetos, já que foi para a implementação destes projetos que a nova lei foi editada. E o que dizer dos oleodutos ou gasodutos já implantados? Como promover a desocupação de construções irregulares ao longo dessa faixa agora? Parece que a tragédia da Vila Socó, em Cubatão, não serviu ao menos de lição para os nossos governantes. É, realmente, lamentável este retrocesso legislativo, consistente na perda de um dispositivo legal de caráter geral, já tradicional em nosso ordenamento (com 25 anos de existência), que seria de enorme valia para a implementação de corredores ecológicos.

Em 11 de julho de 1989, porém, foi editada a Lei n. 7.803/89, que deu nova redação à alínea “a” do art. 2º do Código Florestal e ao mesmo acrescentou um parágrafo único.

Ora, a Lei n. 6.766/79, em seu art. 4º, inc. III, obriga a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado das águas correntes (isto é, rios ou quaisquer cursos d’água).

Áreas de preservação permanente, por sua vez, não admitindo supressão da vegetação, são também áreas *non aedificandi*.

A partir destes elementos, poder-se-ia concluir que a Lei n. 7.803/89 teria revogado o inc. III do art. 4º da Lei n. 6.766/89, pois, consoante o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível*.

Nesse sentido, sustentam Daniel R. Fink e Márcio Silva Pereira:

*“Ao aumentar a faixa mínima marginal de curso d’água a ser preservada, de quinze para trinta metros, regulando a mesma matéria – área a ser preservada em loteamento para fins urbanos -, os dois estatutos federais apresentam contradição aparente entre si que se resolve pela aplicação do princípio geral segundo o qual prevalece a lei mais recente.*

*“Podemos afirmar, assim, que ocorreu derrogação do inc. III, do art. 4º, da Lei 6.766/79, pela Lei 7.511/86, que alterou o Código Florestal. Tal derrogação, contudo, abrange tão somente as expressões ‘águas correntes’, posto que o art. 4º, inc. III, ainda prevalece ao longo das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos”<sup>26</sup>.*

Entendemos, porém, que não ocorreu tal derrogação, pois os objetos de ambas as leis são distintos.

A Lei n. 6.766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e, ao tratar em seu art. 4º, inc. III, de faixas *non aedificandi*, não pretendeu promover a proteção da biodiversidade.

Se alguma dúvida poderia pairar no tocante às faixas ao longo de águas correntes ou dormentes, ela é afastada na seqüência do dispositivo, que cuida também das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos. Ora, é evidente que não existe, nessas áreas (margens de rodovias), valores ambientais de maior significado a serem tutelados exceto, talvez, em alguns casos, a paisagem. O bem tutelado, na Lei n. 6.766/79, é a segurança da população. Qualquer construção que fosse autorizada dentro da faixa de 15 metros das margens de rios, rodovias ou ferrovias traria risco de vida à população que a utilizasse, daí porque, com muita propriedade, o legislador estabeleceu tais requisitos urbanísticos para loteamento urbano.

Já o Código Florestal, em seu art. 2º, letra “a”, teve em mira a função ambiental das matas ciliares, a preservação dos recursos hídricos, a estabilidade geológica, o fluxo gênico. Não está em questão, aqui, a proteção da segurança dos

<sup>26</sup> FINK, Daniel Roberto, PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de preservação permanente e meio ambiente urbano. *In: Revista de Direito Ambiental*. São Paulo : RT, 1996. Vol. 2, p. 84.

moradores das cidades, conquanto as áreas de preservação permanente também visem a assegurar o bem estar das populações humanas.

Neste caso, caberia indagar qual dentre as duas normas deverá incidir sobre os imóveis urbanos localizados nas margens dos rios. Se ambas as leis estão em vigor e a Lei n. 6.766/79 estabelece uma faixa *non aedificandi* de 15 metros, aparentemente tal norma seria inócua, já que o Código Florestal fixa a faixa mínima de 30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura e a faixa máxima de 500 metros para os rios que tenham largura superior a 600 metros. A inocuidade é, porém, apenas aparente. Ocorre que a supressão da vegetação nas áreas de preservação permanente não é vedada de forma absoluta. O art. 4º, § 2º, do Código Florestal, com a redação determinada pela Medida Provisória n. 2.166-67/2000, estabelece:

*§ 2º. A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico*<sup>27</sup>.

Atente-se para o fato de que, antes das alterações introduzidas no Código Florestal pela já citada medida provisória, aplicava-se genericamente o disposto no art. 3º, § 1º, *verbis*:

*Art. 3º. ....*

*§ 1º. A supressão total ou parcial de floresta de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.*

Ora, a autorização concedida pelo Poder Executivo Federal (até a edição da MP 2.166-67/2000) ou pelo órgão ambiental competente – municipal, se houver

<sup>27</sup> O dispositivo introduzido no Código Florestal por meio de medida provisória é de constitucionalidade duvidosa. A esse respeito, afirma Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

“As alterações introduzidas pelo ‘legislador provisório’ descaracterizam o regime de preservação permanente previsto na Lei n. 4.771/65. Dá-se perigoso elastério a um importante instrumento de proteção das formações florestais, possibilitando a modificação desses espaços protegidos mediante a manifestação de vontade do administrador”.

“Todavia, a ‘flexibilização’ desse instrumento de proteção do patrimônio florestal contraria a diretiva constitucional, verificando-se profundo descompasso entre a reforma empreendida no Código Florestal e as disposições da Constituição Federal relativas às florestas. Ora, não há dúvida de que as áreas de preservação permanente inserem-se no âmbito dos ‘espaços especialmente protegidos’ a que se refere o art. 225, § 1º, inciso III, CF. E nesse dispositivo ficou claramente estabelecido que a alteração e a supressão dos espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos somente serão permitidas através de lei. Lei em sentido formal” (COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Proteção Jurídica do Meio Ambiente. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 211-212).

É inequívoco que as áreas de preservação permanente e de reserva legal, assim como os tombamentos ambientais e as unidades de conservação da natureza constituem espaços territoriais especialmente protegidos. Todavia, não parece que o art. 225, § 1º, inc. III, da Constituição Federal tenha pretendido abraçar todas essas modalidades de espaços protegidos. Pelo contrário, o dispositivo em referência é um inciso do § 1º, que dispõe sobre as *incumbências* do Poder Público. Ora, as áreas de preservação permanente e de reserva legal *não são incumbências do Poder Público e não necessitam de definição por parte do Poder Público*. As APPs existem *peço só efeito da lei* (Código Florestal) e são identificadas *ictu oculii*. As áreas de reserva legal, por sua vez, são definidas pelo proprietário do imóvel rural e averbadas em cartório. O dispositivo constitucional diz respeito às *unidades de conservação da natureza e às áreas tombadas por seu valor ecológico e cultural*, ambos espaços territoriais definidos pelo Poder Público, e não às *áreas de preservação permanente*.



conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor no município; estadual, nos demais casos – para a supressão da vegetação em área de preservação permanente situada em zona urbana *não afasta a aplicabilidade da regra do art. 4º, inc. III, da Lei n. 6.766/79.*

Em outras palavras, a vedação para construção na faixa de 15 metros ao longo dos rios, lagos e represas, em perímetro urbano, é absoluta, ainda que os órgãos ambientais competentes tenham autorizado a supressão de vegetação na faixa de preservação permanente (que é, para os rios, de pelo menos 30 metros).

Não é demais ressaltar que, em sua redação original, o art. 2º, alínea “a”, do Código Florestal, estabelecia uma faixa mínima de apenas 5 (cinco) metros para a proteção dos cursos d’água. Somente com o advento da Lei n. 7.511/89 é que essa faixa mínima foi elevada para 30 metros. Isto significa que, no período que medeia a edição da Lei n. 6.766/79 e a Lei n. 7.511/89, a faixa *non aedificandi* ao longo dos cursos d’água em perímetro urbano era maior do que a de preservação permanente. Havia, assim, uma primeira faixa de cinco metros, *non aedificandi* e de preservação permanente; e uma segunda faixa, de mais dez metros, apenas *non aedificandi* (onde, portanto, era possível a utilização dos espaços para outras finalidades que não a construção). Com o advento da Lei n. 7.803/89, a área de preservação permanente dos cursos d’água no meio ambiente urbano passou a ser maior do que a área *non aedificandi*.

### 3.5.2 Ação Normativa do CONAMA

O art. 4º, inc. III, da Lei n. 6.766/79 é aplicável também para as “águas dormentes”. Na realidade, sua redação nesta passagem é inadequada, haja vista a impropriedade da alusão a “cada lado” em se tratando de lagos e represas. No entanto, isto não obstaculiza a aplicação da regra que veda a construção na faixa de 15 metros de suas margens.

O Código Florestal, por sua vez, ao instituir em seu art. 2º, alínea “b”, as áreas de preservação permanente ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais, não fixou tais limites.

A não fixação dessa metragem levou o CONAMA a regulamentar referido dispositivo legal. Atente-se que o art. 8º da Lei n. 6.938/81 estabelece, em seu inc. I, que compete ao CONAMA estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA. O inc. VI, por sua vez dispõe sobre sua competência privativa para estabelecer normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, mediante audiência dos Ministérios competentes. Finalmente, o inc. VII confere competência ao CONAMA para estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manipulação da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Questiona-se se, em razão do disposto no art. 25 do ADCT, estaria vedada a ação normativa do CONAMA (aqui incluídas suas resoluções e portarias). Re-

ferido dispositivo constitucional estabelece: “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – *ação normativa*; (...)”.

Determinados autores, examinando o tema, sustentam que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais, que devem ter a natureza de *lei formal*. Assim, diplomas federais de categoria inferior, emitidos por órgãos subalternos à Presidência da República, não obrigariam os Estados e Municípios. Por força do princípio da legalidade e da autonomia federativa, as resoluções do CONAMA não teriam validade.

Luís Carlos Silva de Moraes, por sua vez, afirma que as competências atribuídas pelos incisos VI e VII, do art. 8º, da Lei n. 6.938/81, “devem se adaptar à nova ordem constitucional, ou seja, nunca, em hipótese alguma, poderão inovar de forma originária, cabendo ao Conama, *a regulamentação de algo já instituído pela legislação, onde não for aplicável, necessariamente, o princípio da reserva legal*”<sup>28</sup>.

Tratando especificamente das Resoluções nn. 302 e 303 do CONAMA, juristas de nomeada sustentam que o órgão colegiado teria ultrapassado os limites indicados em lei e invadido seara de competência privativa do Congresso Nacional. Em reforço a esta tese, sustenta-se que tal procedimento macularia o próprio Estado de Direito, da mesma forma que ocorreria se o Conselho Monetário Nacional passasse a criar impostos ou o Conselho Nacional de Política Criminal definisse crimes.

Ora, os dois exemplos – instituição de novos tributos e penas por Conselhos Federais – constituem exatamente os mais importantes exemplos de aplicabilidade do princípio da legalidade estrita<sup>29</sup>, não podendo ser invocados analogicamente para o tratamento jurídico da proteção do meio ambiente e do regramento do exercício do direito de propriedade. Na verdade, o princípio da legalidade estrita

<sup>28</sup> “O Conama não pode criar nada que já não tenha ao menos uma genérica previsão em dispositivo de lei (limites máximos e mínimos). Pode interpretar os dizeres da lei, em fatores físicos, químicos e geográficos, com a realidade factual, sempre vinculado à proteção do bem jurídico que, em última análise, assim o é também por instituição legal, nunca por normativo administrativo”.

“As normas, critérios e padrões não são quanto ao meio ambiente, mas sobre o procedimento de controle e manutenção de qualidade do meio ambiente, no uso racional dos recursos, o que identifica a destinação da regra: o poder de polícia. Atos de controle e manutenção são inerentes ao exercício do poder de polícia, ou seja, de fiscalizar preventiva ou repressivamente bem jurídico já instituído”.

“Desdobrando a competência do Conama não pode inovar originariamente, no campo das proibições do direito de uso da propriedade e/ou atividade; é-lhe permitido assumir matriz legal e decompor aos casos específicos, interpretando e indicando os métodos e soluções científicas para se atender ou alcançar as exigências estipuladas no sistema jurídico nacional, em sua parcela de direito objetivo que trata do meio ambiente” (MORAES, Luís Carlos Silva de. Curso de Direito Ambiental. São Paulo : Atlas, 2001. pp. 62-63).

<sup>29</sup> A perda da competência normativa do Conselho Monetário Nacional (CMN), aliás, já foi defendida pelo advogado Gustavo Korte: “(...) pela mora do Congresso Nacional e diante do artigo 25 do ADCT, o Conselho Monetário Nacional (CMN), assim como o Banco Central, perderam, desde 05 de abril de 1989, a competência normativa que lhe fora delegada pela Lei 4595/64 (Lei que regula o sistema financeiro). Também escapou-lhes o poder normativo sobre taxas de juros, voltando a prevalecer, desde 05.04.89, as determinações da Lei 1521/51 e do Decreto 22626/33, ou seja, os limites legais de juros em doze por cento ao ano KORTE, Gustavo. A variação cambial, o leasing e os juros legais. Available from World Wide Web: <URL: <http://www.ahkbrasil.com/jur0399p.shtml>>.

no Direito Penal e no Direito Tributário, encontra-se na perspectiva dos Direitos Humanos de primeira geração (*oponíveis contra o Estado*), ao passo que os direitos à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos de segunda e terceira geração, *que exigem uma atitude positiva do Poder Público*, como se dá no caso da tutela da segurança e saúde do trabalho, da saúde pública ou da biodiversidade.

Leve-se, também, em consideração que a revogação a que alude o art. 25 do ADCT opera apenas para o futuro, permanecendo válidas todas as portarias e resoluções editadas até 5 de abril de 1989<sup>30</sup>. Este, porém, não é ainda o cerne da questão. O que realmente importa considerar é que as resoluções do CONAMA destinam-se a efetivar a legislação vigente, não constituindo esta atividade uma forma de ação normativa usurpadora de competência assinalada ao Congresso Nacional. As situações disciplinadas pelo Direito Ambiental são multifacetárias e extremamente complexas, exigindo regulamentação técnica com um nível de minúcias tal que não se pode pretender exigir da legislação ordinária.

O art. 8º da Lei n. 6.938/81 em nenhum momento *atribui ou delega* competência ao CONAMA para qualquer tipo de ação normativa. Se assim o fizesse, esta atribuição ou delegação estaria hoje revogada pelo art. 25, inc. I, do ADCT. Não é, porém, o que ocorre. As resoluções do CONAMA visam a concretizar a aplicação do Direito Ambiental, cujo ápice é a Constituição Federal – art. 225 e seus incisos e parágrafos. A especificação, nas Resoluções 302 e 303 do CONAMA, de determinadas modalidades de áreas de preservação permanente está muito longe de consubstanciar indevida delegação ou atribuição de competência do Congresso Nacional. Trata-se, na verdade, de implementação da vontade do legislador constituinte (art. 225, § 1º, inc. III – definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos), que se encontra albergada em lei ordinária – arts. 2º e 3º da Lei Federal 4.771/65 (Código Florestal). O Código Florestal determina que as florestas e demais formas de vegetação nas áreas nele descritas são de preservação permanente. No entanto, o legislador ordinário deixou de minudenciar, na letra “b” do art. 2º, o significado do termo “*redor*” (das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais e artificiais). Seria sua intenção

<sup>30</sup> Nesse sentido, a jurisprudência: “TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO – CONSTITUCIONALIDADE – CONTRIBUIÇÃO SÓCIO-PREVIDENCIÁRIA – 13º SALÁRIO – LEGALIDADE DA INCIDÊNCIA. 1. Não é inconstitucional a contribuição social do salário-educação, instituída originariamente por Lei ordinária (Lei nº 4.440, de 27/10/64) e recepcionada pela carta política de 1988 (art. 212, § 5º), que determinou a sua cobrança “na forma da Lei”. Lei nº 9.424, de 26/12/96. Não se faz necessária a Lei Complementar. 2. A revogação a que alude o art. 25 do ADCT/88, no que se refere à delegação de competência constante do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.422, de 23/10/75 (fixação da alíquota do salário-educação em 2,5%), opera somente para o futuro. A alíquota fixada em conformidade com a ordem constitucional precedente permanece válida. 3. A medida provisória nº 1.518, de 19/09/96, que alterou a legislação relativa ao salário-educação, e que se converteu (após várias reedições) na Lei nº 9.424/96, não pode ser considerada como ato regulamentar do disposto na Emenda Constitucional nº 14/96, cuja vigência foi estabelecida para 1º/01/97. Não se registra, portanto, violação à restrição do art. 246 da constituição. (STF. ADIN nº 1.518/DF.) 4. O 13º salário (gratificação natalina) constitui parte integrante da remuneração dos empregados, compondo o salário-de-contribuição. (CF. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.787/89 e art. 28, § 7º. Lei nº 8.212, de 24/07/91) 5. Deve, por conseguinte, sofrer a incidência da contribuição social (contribuição previdenciária) prevista no art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, de 30/06/89. 4. Improvimento da apelação.” (TRF 1ª R. – AC 199833000081542 – BA – 3ª T. – Rel. Juiz Olindo Menezes – DJU 13.08.2001 – p. 1093).

tornar inócuo tal dispositivo? É evidente que não! Impõe-se, assim que o CONAMA implemente os comandos constitucional e legal, promovendo a proteção ecológica desses espaços territoriais. Assim foi feito e, nos termos do art. 3º, III, “a” e “b”, da Resolução 303, essa área de preservação permanente será de trinta metros para os lagos e lagoas naturais que estejam situados em áreas urbanas consolidadas e de cem metros para aquelas que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d’água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros.

É importante consignar que a hermenêutica de nosso direito positivo orienta-se por determinados princípios fundamentais elencados no art. 1º da Constituição da República, dentre os quais destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A regulamentação de leis voltadas à proteção de direitos humanos de segunda e de terceira geração coloca em primeiro plano os fundamentos principiológicos de nosso ordenamento constitucional. Apenas à guisa de exemplo, praticamente todas a disciplina sobre saúde e segurança do trabalho é formada por normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. Sustentar que a normatividade do Ministério do Trabalho não tem base constitucional significaria extinguir de nosso ordenamento todas as Normas Regulamentadoras sobre Segurança e Medicina do Trabalho.

Nem se diga que as Resoluções do CONAMA nn. 302 e 303 não seriam válidas por afetarem o direito de propriedade e, assim ferirem o princípio da legalidade. Acórdão relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, cuidando de saber se o art. 25 da Resolução n. 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina, feria ou não o art. 524 do antigo Código Civil – correspondente ao art. 1228 do atual -, isto é, se, respeitadas as normas técnicas de uma instituição hospitalar, tinha um médico o direito de internar e assistir seus pacientes em hospital privado, com ou sem caráter filantrópico, ainda que não fizesse parte de seu corpo clínico, concluiu que referido dispositivo codificado deveria ser interpretado à luz do que dispõe o art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal<sup>31</sup>. Da mesma forma, ao implementar um importante aspecto da função social da propriedade – proteção ambiental das águas – as Resoluções do CONAMA mencionadas não inovam o ordenamento legal, apenas conferem eficácia a um dispositivo do Código Florestal que, à míngua de regulamentação, não poderia ser aplicado.

Observe-se, finalmente, no que diz respeito às áreas de preservação permanente ao redor de lagos, lagoas e reservatórios d’água naturais e artificiais, a necessidade de aplicação, também, onde for o caso, da legislação estadual atinente à proteção de mananciais.

<sup>31</sup> RESP n. 27.039-3/SP, STJ, 3ª Turma, rel. o Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, publicado no D.J. de 7 de dezembro de 1994, p. 1171 (JBCC 174/301; Lex STJ 58/129; RSTJ 59/268).

### 03.5.3 APPs em áreas urbanas consolidadas.

Como já foi visto, o ordenamento jurídico vigente oferece os requisitos para a caracterização de áreas urbanas consolidadas. Todavia, nem o Código Florestal nem as Resoluções do CONAMA enfrentam a questão mais crucial, isto é, como recuperar áreas de preservação permanente urbanas com ocupação consolidada. Tome-se, como exemplo, as avenidas marginais aos rios nas grandes cidades ou os bairros situados em regiões íngremes. À luz do Código Florestal, são de preservação permanente as margens desses rios, o topo de morros – caso da Avenida Paulista, em São Paulo – e as encostas de morros com inclinação igual ou superior a 45°. Seria, porém, rematado despropósito pretender a demolição da infraestrutura urbana existente nessas áreas.

Não é necessário invocar a regra do direito adquirido para solucionar tais hipóteses, mesmo porque não existe direito adquirido de degradar o meio ambiente. Aplicando-se, porém, o princípio da *razoabilidade*, quando a reversão ao *status* original de APPs exigir a realização de obras de tal porte que acarretem significativo impacto ambiental e de vizinhança (arts. 36 a 38 do Estatuto da Cidade: demolições, retirada de camada asfáltica, problemas de tráfego, poluição sonora e visual, dentre outros) e, ainda, naquelas em que o custo da recuperação seja despropositado, a mesma não deverá ser exigida. Este é o quadro normalmente verificado em áreas urbanas de grande densidade populacional e de inexistência de instabilidade ambiental provocada pela intervenção antrópica no ambiente. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou o Recurso Especial n. 499.188-SE, cuidando de hipótese de construção de estrada de rodagem em área de preservação permanente (dunas) não precedida de estudo de impacto ambiental tratou de hipótese assemelhada. Referido recurso especial havia sido interposto pela União Federal contra acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que concluíra pela aplicação do princípio do poluidor-pagador em face da “impossibilidade fática e jurídica do desfazimento da obra, cujas consequências ambientais e sociais seriam bem piores que as de sua realização”.

A *contrario sensu*, desde que os custos com a demolição de obras situadas em áreas de preservação permanente e o impacto ambiental provocado pelas próprias obras sejam de pequena monta, se comparados com os benefícios trazidos pela revitalização da APP, a exigência de sua recuperação será pertinente.

A solução aqui alvitrada atende aos princípios do Direito Ambiental e da moralidade administrativa, com a finalidade de que se alcance, não apenas a regra do art. 225, “caput”, mas também a do art. 37, “caput”, ambos da Constituição da República.

Assim, se, o art. 1º da Resolução CONAMA n. 01/86 conceitua impacto ambiental como *qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente afetam (inc. I) a saúde, a segurança e o bem estar da população; (inc. II) as atividades sociais e econômicas; e inc. IV) as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente*, constituiria um contra-senso exigir a realização de obras altamente impactantes visando uma

duvidosa recuperação da *biota* (inc. III) ou da *qualidade dos recursos ambientais* (inc. V).

Tecidas tais considerações, pode-se concluir que:

a) A Lei Federal n. 6.766/76 não afasta a aplicação do art. 2º do Código Florestal nas áreas urbanas;

b) No que diz respeito aos lagos, lagoas e reservatórios naturais e artificiais, devem ser obedecidos os parâmetros fixados pelas Resoluções do CONAMA;

c) A recuperação de áreas de preservação permanente urbanas com ocupação consolidada somente há de ser exigida nas hipóteses em que os benefícios ambientais trazidos por sua revitalização sejam superiores ao impacto ambiental e de vizinhança decorrente da realização da obra e seus custos sejam compatíveis com o benefício trazido para a coletividade.

## BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 1996.

CORREIA, Fernando Alves. O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade. Lisboa : Almedina, 1989, pp.87-88. *Apud* MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado. 2ª edição. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Proteção Jurídica do Meio Ambiente. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo : Max Limonad, 1997.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. 2ª edição. Rio de Janeiro : Adcoas, 2005.

FINK, Daniel Roberto, PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de preservação permanente e meio ambiente urbano. *In*: Revista de Direito Ambiental. São Paulo : RT, 1996. Vol. 2.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende, SANTOS, Bernadete Schleder dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro : AIDE, 2002.

KORTE, Gustavo. A variação cambial, o leasing e os juros legais. Available from World Wide Web: <URL: <http://www.ahkbrasil.com/jur0399p.shtml>>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 11ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, Juraci P. Comentários ao Código Florestal. 2ª edição, atualizada e aumentada. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2001.

MEDAUAR, Odete. Comentários: arts. 1º a 3º. *In*: MEDAUAR, Odete & ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. São Paulo. Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente. 2ª Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. São Paulo : Atlas, 1999.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. Código Florestal Comentado. São Paulo : Atlas, 1999.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Da proteção jurídico ambiental dos recursos hídricos. Leme-SP : LED, 2001.
- OLIVEIRA, Alúcio Pires de, CARVALHO, Paulo César Pires. Estatuto da Cidade. Anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba : Juruá, 2001.
- PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. 4e éd. Paris : Dalloz, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
- SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2000.
- SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 1995.
- WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Licenças urbanísticas. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo : Max Limonad, 1998.

# A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR BACIA HIDROGRÁFICA E A EXPERIÊNCIA MINEIRA<sup>1</sup>

JARBAS SOARES JÚNIOR

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Presidente da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente – ABRAMPA

## 1. INTRODUÇÃO

Há muitos anos, os Promotores e Procuradores de Justiça que militam na seara ambiental notaram que o modelo ortodoxo de atuação do Ministério Público não se adequava à realidade da complexa missão que o constituinte outorgou à Instituição. Defender em juízo, e fora dele, o meio ambiente para esta e também para as futuras gerações, num mundo globalizado, de complexidade crescente, e em que se busca o lucro a qualquer custo, tornava-se um objetivo quase intangível com a estrutura existente no Ministério Público.

O Procurador de Justiça Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, um dos precursores do Direito Ambiental no Brasil e, notoriamente, um dos maiores estudiosos do tema, vendo sempre além do seu tempo, vislumbrou essa questão e propôs a mudança do formato tradicional de atuação das Promotorias de Meio Ambiente para um outro que ele chamou de “Promotoria Regional ou por Ecossistema ou Bacia Hidrográfica”.<sup>2</sup>

Em resumo, entendia Benjamin, com propriedade, que o modelo vigente trazia em si um isolacionismo. Cada órgão do Ministério Público se isolava em sua Comarca ou Promotoria, subtraindo-se da atuação da instituição um dos seus mais importantes pilares: a *unidade*.

Além disto, acentuava que a acumulação das várias atribuições nas Promotorias, dentre elas a função de defender o meio ambiente, impedia ao membro do Ministério Público a especialização na matéria ambiental, que, como se sabe, tem múltiplas faces.

Lado outro, essa não especialização, ou generalismo, como se referiu o autor, tornava a ação ministerial atécnica, imprecisa e, portanto, pouco eficiente. A falta de um planejamento para sua atuação em defesa dos recursos ambientais, inclusive pela

<sup>1</sup> O presente texto foi atualizado em 28 abr. 2005, para apresentação no 9º Congresso Internacional e 10º Congresso Nacional de Direito Ambiental.

<sup>2</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Um Novo Modelo para o Ministério Público na Proteção do Meio Ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 1998.



ausência de uma coordenação de Promotorias do Meio Ambiente em nível estadual, impedia uma ação mais holística do Ministério Público na matéria ambiental.

Enfim, a conclusão lógica a que chegou Benjamin era de que, sem especialização, estrutura adequada e uma atuação coordenada e integrada das diversas Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, o Ministério Público continuaria patinando, enquanto a devastação do meio ambiente avançava a cada dia, inclusive em razão da criminalidade organizada, que era um novo componente que se apresentava ao *Parquet*, também na área ambiental.

Pois foi assim que Benjamin, já como Coordenador das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo, buscou alternativas para viabilizar o que anteriormente defendera em tese apresentada no Congresso Nacional do Ministério Público do ano de 1994.

Sem condições políticas internas para implantar, na totalidade, o modelo que imaginou, inclusive porque esbarrava sempre na posição, defendida por alguns, de que a sua proposta feriria o princípio do promotor natural, o então Coordenador do Centro de Apoio buscou alternativas para modificar e tornar mais eficiente o modelo vigente. Instalou grupos especiais de Promotorias por assunto, ecossistema e bacias hidrográficas, com o intuito de uniformizar e otimizar a atuação das Promotorias das mais variadas regiões do Estado de São Paulo. Mas, não satisfeito, deu início ao seu projeto de *Promotorias Regionais de Meio Ambiente* com a designação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de um Promotor de Justiça para atuar, com exclusividade, na defesa do meio ambiente em determinada região do Estado, salvo engano no Vale do Ribeira, e em cooperação com os seus colegas.

Embora precária a designação, dava-se início à mudança de paradigma da atuação do Ministério Público na questão ambiental.

## **2. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR BACIA HIDROGRÁFICA E A EXPERIÊNCIA MINEIRA**

A mudança de foco de atuação do Ministério Público na matéria ambiental, que se iniciou em São Paulo com a introdução de novas formas de atuação dos órgãos de execução, pela formação de grupos especiais de Promotorias, ou por meio da referida Promotoria Regional, despertou os agentes ministeriais para os desafios que se apresentavam.

Ainda em 1997, foi realizado em Minas Gerais, precisamente na cidade de São Francisco, que se localiza no norte do Estado e é banhada pelo Rio São Francisco, o “Encontro do São Francisco, o Rio da Unidade Nacional”, com a participação de juristas, técnicos e membros dos Ministérios Públicos de vários estados, com objetivo de verificar a possibilidade de se implementar uma Promotoria de Justiça regional para a defesa dos recursos ambientais do Rio São Francisco. Embora as discussões tivessem avançado nessa direção, a idéia, que contou com a adesão inclusive do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, que participou do evento, não vingou em virtude de óbices posteriormente apresentados pelo então Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais.

O certo é que ficou clara a necessidade do Ministério Público rever a sua forma de atuação na defesa do meio ambiente, sob pena de continuar sendo pouco efetiva a sua ação.

A idéia foi posta de lado até que, em meados de 2001, o projeto de transposição das águas do Rio São Francisco para regiões do nordeste brasileiro perdia força pela absoluta impossibilidade de se obter a vazão necessária capaz de atender à demanda prevista. Ao contrário do que se imaginava, o Rio São Francisco, já sem forças e assoreado em quase todo o seu percurso, pedia socorro. Precisa ele, o São Francisco, de água, das águas de seus tributários.

O Governo Federal, então, pressionado, desistiu do projeto e iniciou um outro, mais lógico, de revitalização do velho rio.

Foi nesse momento, com a sinalização positiva do Ministério do Meio Ambiente – MMA, que buscava aparelhar os órgãos ambientais com atuação na bacia hidrográfica do Rio São Francisco, que foi vislumbrada a oportunidade de, efetivamente, ser instalada a primeira Promotoria de Justiça para atuar, exclusivamente, em defesa dos recursos ambientais de uma bacia hidrográfica, a *Promotoria de Justiça da Bacia do Rio São Francisco*.

O MMA oferecera ao Ministério Público, por intermédio da sua Secretaria Executiva, à época sob o comando daquele que futuramente assumiria a pasta, o Ministro José Carlos Carvalho, a possibilidade de se assinar um convênio com a União para a criação de Promotorias do Meio Ambiente para a defesa, proteção e recuperação da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos da bacia do Rio São Francisco.

Era a oportunidade de transformar em realidade o sonho acalentado por tantos, a partir da visão de Benjamin, de se criar efetivamente uma Promotoria por bacia hidrográfica, como é o caso do modelo mineiro.

A concepção dessa Promotoria, é certo, passava por uma discussão ainda maior, sobre qual o formato a ser instalado.

A partir das discussões iniciadas em São Paulo, foram vislumbradas quatro possibilidades de atuação uniforme do Ministério Público na matéria ambiental. A primeira, após a identificação de um problema ambiental comum, com a especialização e uniformização de atuação das diversas Promotorias envolvidas para o seu enfrentamento. Lembro-me que, em São Paulo, foi criado um grupo especial de Promotorias de Meio Ambiente para enfrentar o grave problema da queima da palha de cana-de-açúcar, cujas conseqüências eram, e são, nefastas ao meio ambiente. O outro modelo era o regional. Dividia-se o estado em regiões e promovia-se a articulação das Promotorias, naquelas regiões, para a solução de questões ambientais comuns. O terceiro modelo seria de atuação por ecossistema. Exemplos de ecossistemas que exigem uma atuação mais efetiva do Ministério Público são muitos. Podemos mencionar a urgente necessidade de se proteger os ricos ecossistemas do Cerrado, da Mata Atlântica – já quase dizimada –, e da Floresta Amazônica.

A quarta possibilidade, a de atuação do Ministério Público por bacia hidrográfica, mostrou-se mais completa e consentânea com a legislação em vigor, com a ação administrativa do Poder Executivo, seja federal ou estadual, e com os pró-

prios elementos que compõem o meio ambiente. A este respeito, são oportunas as seguintes considerações de Barbosa, Paula & Monte-Mór *apud* Alvarenga *et al.*<sup>3</sup>:

*[...] uma “bacia” tem considerável mérito enquanto unidade física e econômica de análise. [...] O gerenciamento adequado requer, assim, que as bacias sejam consideradas como sistemas ‘multiníveis’ que incluem água, solo e componentes sócio-políticos internos e externos. Dessa forma, uma “bacia” característica seria a sobreposição de sistemas naturais e sociais. O sistema natural estaria definido nas bases aquáticas e terrestres (fauna, flora, recursos aquáticos e minerais). O sistema social determinará como essas bases serão utilizadas. Políticas governamentais enquanto uma extensão da organização social e institucional influenciam padrões locais de utilização dos recursos naturais.*

A idéia de uma proteção holística do meio ambiente, ou seja, que considera em conjunto os elementos água, flora, fauna e solo, defendida por Benjamin, ganharia mais força com uma atuação por bacia hidrográfica do Ministério Público, que, na verdade, foi a alternativa privilegiada pelo legislador ordinário, ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos.

A Lei n.º 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, definiu a bacia hidrográfica como “a unidade territorial de atuação e de planejamento do sistema nacional”, conforme acentua o Professor Paulo Affonso Leme Machado.<sup>4</sup>

A partir da análise da Lei n.º 9.433/1997, pode-se verificar que o legislador tomou a bacia hidrográfica como referencial para a política de recursos hídricos, ao preceituar, por exemplo, que os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e para o País (art. 8º) e que os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados (art. 22). A referida lei é ainda mais direta ao consagrar, em seu art. 1º, V, a bacia hidrográfica como “[...] unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos”.

Ora, se a gestão dos recursos hídricos deve se integrar à gestão ambiental –como preceitua o art. 3º, III, da Lei n.º 9.433/1997 – e a bacia hidrográfica serve como referencial para a atuação do Poder Público, torna-se imperioso que essa unidade de ação pública se estenda à estratégia de uma instituição que tem como uma das suas missões mais importantes a defesa do meio ambiente, em juízo e fora dele: o Ministério Público.

E várias são as razões. Mas uma delas apenas esgotava a discussão, por absoluta praticidade. Se todos os órgãos e entidades ambientais trabalham numa

<sup>3</sup> ALVARENGA, Luciano José; CASTRO, Frederico do Valle Ferreira de; GUERRA, Amanda Estela; RODRIGUES, Ludmila Alves; LAGES, Simone Garabini. A nova territorialidade sob a ótica da política de recursos hídricos. In: II ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 2004, Indaiatuba. *Anais eletrônicos...* Campinas, ANPPAS, 2004. Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro/segundo/Papers/GT/GT03/luciano\\_alvarenga.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro/segundo/Papers/GT/GT03/luciano_alvarenga.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2005.

<sup>4</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos; direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

direção, não há razão para o Ministério Público, instituição que, inclusive, deve zelar pelo princípio da eficiência (art. 37, *caput*, Constituição Federal), adotar outro caminho.

Outro ponto que serve como suporte, como sempre lembra Benjamin, é que, realmente, não tendo o meio ambiente uma fronteira, a bacia hidrográfica é a referência mais razoável para, pelo menos, definirmos a atuação dos órgãos públicos envolvidos, por meio de políticas públicas ou mesmo de planos gerenciais.

E foi exatamente esse o caminho que o Ministério Público trilhou para implementar a sua primeira Promotoria de Justiça por bacia hidrográfica, a chamada *Promotoria de Justiça da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco*.

A nova geração de Promotores e Procuradores de Justiça de Minas Gerais deu início ao novo modelo de atuação do Ministério Público para a proteção do meio ambiente, em suas várias faces, na bacia do Rio São Francisco, que corresponde a praticamente um terço do território do Estado de Minas Gerais e a 40% (quarenta por cento) de toda a bacia hidrográfica do Rio São Francisco, que ainda é composta por parcelas dos territórios dos Estados de Goiás, Bahia, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Distrito Federal.

Tendo por ponto inicial o convênio celebrado com o Ministério do Meio Ambiente, no valor de R\$ 1.500.0000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), foi criada, em fevereiro de 2002, a *Promotoria do Rio São Francisco*, por meio de resolução do então Procurador-Geral de Justiça, Nedens Ulisses Freire Vieira, que designou 05 (cinco) Promotores de Justiça para atuação exclusiva em defesa do Rio da Integração Nacional.

Primeiramente, esses Promotores foram designados para atuarem distribuídos nas diversas regiões da bacia do Rio São Francisco, exatamente nas suas principais sub-bacias.

A preocupação inicial, ao dividirmos a atuação do Ministério Público nas sub-bacias do Rio São Francisco, era evitar a discussão, indesejável no momento, sobre a dominialidade do rio e, conseqüentemente, sobre a competência para as ações civis e penais que seriam apresentadas. Ora, a se considerar o Rio São Francisco como bem da União, a competência se deslocaria para a Justiça Federal e a atribuição de agir para Ministério Público Federal, o que dificultaria a presença da instituição Ministério Público nas diversas sub-bacias. Felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha em sentido diverso, abrindo a oportunidade de uma atuação mais efetiva dos Ministérios Públicos estaduais na defesa dos recursos naturais que compõem os rios de domínio – apenas de domínio – da União.

Essa divisão por sub-bacias é analisada pelo Professor Paulo Affonso Leme Machado<sup>5</sup>, que tece algumas considerações sobre a bacia principal, seus tributários e competências.

<sup>5</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34-36 e 46.

O certo é que a posição adotada em Minas Gerais teve respaldo técnico-jurídico. A bacia do Rio São Francisco foi dividida em 04 (quatro) grandes sub-bacias hidrográficas que, enfim, abastecem a sua calha. Aliás, a calha é a consequência de tudo que ocorre nos seus tributários.

Temos, portanto, 04 (quatro) Coordenadorias de Promotorias de Justiça do Meio Ambiente nas 04 (quatro) sub-divisões a que chegamos. Uma, chamada de “Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente do Alto do São Francisco”, que engloba a região da Serra da Canastra e, portanto, a nascente do “Velho Rio” e uma extensa região de Minas Gerais. A outra, denominada “Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente das Bacias dos Rios Paracatu e Uruçuaia”, que abrange a região noroeste de Minas Gerais e faz divisa com o Estado de Goiás. A terceira atende toda a região central mineira, inclusive a região metropolitana, a mais poluidora do Rio São Francisco, e é denominada “Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente das Bacias do Rio das Velhas e Paraopeba”, o maior afluente do São Francisco. A quarta Promotoria atende a região norte do Estado, na divisa com o Estado da Bahia, chamada de “Coordenadoria de Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente da Bacia do Rio Verde Grande”, onde há conflitos graves pelo uso das suas águas, já tão escassas. Além dessas 04 (quatro) coordenadorias, foi criada uma outra, e principal, chamada de Coordenadoria-Geral, com sede em Belo Horizonte, para estreitar uma interlocução permanente com os órgãos ambientais, com a Administração Superior do Ministério Público e, sobretudo, para manter a necessária integração das demais coordenadorias e promotorias, uma vez que o território da bacia do Rio São Francisco é superior a muitos países europeus.

Esses Promotores de Justiça são Coordenadores das Promotorias de Meio Ambiente localizadas em cada sub-bacia, e, por designação formal da Procuradoria-Geral de Justiça, cumulam a função de coordenadores dessas Promotorias com aquelas próprias de órgãos de execução. Ou seja, além de serem responsáveis pela coordenação e uniformização das ações do Ministério Público naquela sub-bacia, e entre todas as coordenadorias de sub-bacias, também respondem, em cooperação, com cada Promotoria individualmente. O objetivo de tal concepção, além da integração das Promotorias e da unidade de sua atuação, foi fortalecer o trabalho local com a figura do cooperador, já que teríamos, doravante, em tese, pelo menos 02 (dois) Promotores de Justiça de defesa do meio ambiente em cada Comarca. Isto também impossibilitou a chamada solução de continuidade, pois embora o avanço na carreira promovesse a substituição do titular da Promotoria, o coordenador continuava a par das ações iniciadas em conjunto com o Promotor de Justiça que foi promovido ou removido de Promotoria.

Nesse momento, também se esvaziava qualquer discussão sobre eventual violação ao princípio do promotor natural. A independência funcional do Promotor de Justiça local fora mantida com a designação do cooperador, que é também o coordenador das ações ambientais do Ministério Público na região.

Assim, sem embargo da atuação dos Promotores de Justiça em exercício nas Comarcas situadas na bacia do Rio São Francisco, e sem ferir o princípio do promotor natural, que continuava com as suas atribuições, obviamente, inclusive

na questão ambiental, os coordenadores passaram a ter a possibilidade de manter o trabalho ainda não concluído e instaurar e instruir inquéritos civis públicos.

Permitiu-se, portanto, uma atuação ministerial por bacia hidrográfica, e, como tal, uniforme, e não mais pontual (restrita aos limites de cada Comarca), conferindo-se maior agilidade e amplitude à solução das demandas ambientais, por meio, notadamente, da celebração de uma série de convênios e termos de ajustamento de conduta, no formato tradicional ou por bacia hidrográfica.<sup>6</sup>

Por fim, é bom registrar que, com recursos do MMA, foi disponibilizada estrutura material adequada à Coordenadoria Geral (Belo Horizonte) e às Coordenadorias Regionais (cujas sedes são localizadas em Montes Claros, Sete Lagoas, Paracatu e Divinópolis, que são cidades-pólo de suas regiões), com sedes próprias, veículos *pick up* 4x4, microcomputadores (encaminhados a todas as 84 Promotorias de Justiça da bacia do Rio São Francisco), *notebooks*, *scanners*, mobiliário completo, máquinas fotográficas digitais, filmadoras, aparelhos GPS, de TV, de vídeo, além de bibliotecas de Direito Ambiental, com livros técnicos especializados.

Em razão do êxito alcançado, a experiência mineira está sendo adotada pelos Estados da Bahia, Alagoas, Pernambuco, Sergipe, Goiás e Distrito Federal, que têm parte de seus territórios inseridos na bacia do Rio São Francisco, o que ocasionou, por iniciativa dos Procuradores-Gerais de Justiça desses Estados, a criação da *Coordenadoria Interestadual das Promotorias Justiça de Defesa do Rio São Francisco*, cujo objetivo é articular as ações dos Ministérios Públicos envolvidos no trabalho e uniformizar, dentro do possível, suas ações em defesa dos recursos ambientais da bacia hidrográfica do Rio São Francisco.

Eu tenho dito que o rio que um dia integrou nosso país, e não integra mais devido ao seu assoreamento, integra hoje, na busca de sua revitalização, os Ministérios Públicos dos Estados abrangidos por sua bacia, ajudando, assim, a suplantiar os óbices existentes a uma ação comum da instituição Ministério Público como um todo, tal qual defendeu Benjamin em seu estudo.

### 3. CONCLUSÕES

Como corolário dessas ações, o Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins, que foi o primeiro Coordenador-Geral das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente da Bacia do Rio São Francisco, acentua que a adoção do modelo utilizado em Minas Gerais permite:

- a) a especialização técnica e jurídica dos Promotores de Justiça de Meio Ambiente;
- b) a uniformização da atuação das diversas Promotorias de Justiça envolvidas na questão ambiental da bacia hidrográfica;

<sup>6</sup> Cf. levantamentos estatísticos no endereço eletrônico da Promotoria de Justiça de Defesa do Rio São Francisco: <<http://www.pjg.mg.gov.br/pjsf/index.html>>.

- c) a atuação conjunta dos diversos Promotores de Justiça em um mesmo inquérito ou ação civil, sem ferir o princípio do promotor natural;
- d) a instauração de inquéritos civis “guarda-chuva” para apurar fatos ambientais de interesse de várias Comarcas, em que as informações coligidas e provas técnicas podem ser utilizadas por todos os órgãos de execução;
- e) a celebração de termos de ajustamento de conduta tendo como referência toda a extensão da bacia hidrográfica; e
- f) a criação de uma estrutura própria para cada região ou sub-bacia, descentralizando a organização do Ministério Público.<sup>7</sup>

Chega-se, enfim, às seguintes conclusões:

a) “As bacias hidrográficas constituem-se em unidades básicas de planejamento do uso, de conservação e de recuperação dos recursos naturais”, (arts. 1º, V, e 20, Lei n.º 9.433/1997), e devem servir de referência à organização do Ministério Público na questão ambiental;

b) A atuação do Ministério Público na questão ambiental por regiões, que normalmente têm problemas ambientais comuns, por ecossistema, que pressupõe toda uma conexão de flora, ou, sobretudo, por bacia hidrográfica, cujos parâmetros são os recursos hídricos, mas não isoladamente, e assim com a uniformização, coerência e continuidade de suas iniciativas, e conseqüente especialização dos Promotores de Justiça, talvez seja a única forma de se atender o princípio da eficiência insculpido na Carta Magna em se tratando de atuação do Ministério Público para a defesa do meio ambiente;

c) A nova estrutura do Ministério Público do Estado de Minas Gerais tem se revelado eficaz para a adequada solução das demandas ambientais, notadamente por combater as tradicionais mazelas do modelo original da atuação institucional, como o centralismo executório, comarquismo, estadualismo, judicialismo, atecnicismo, espontaneísmo, isolacionismo, fragmentação recursal, cumulatividade e generalismo, como acentuava, em seu trabalho, Benjamin.

<sup>7</sup> Palestra proferida no Curso de Capacitação para Coordenadores de Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente da Bacia do Rio São Francisco, realizado em Três Marias, Minas Gerais, em 12 set. 2002.

# ACORDOS AMBIENTAIS<sup>1</sup>

NELSON DE FREITAS PORFÍRIO JUNIOR

Juiz Federal  
Mestre e Doutor pela Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

## 1. INTRODUÇÃO

A notória e crescente *ineficácia* das intervenções administrativas ambientais, baseadas principalmente em atos sancionatórios e unilaterais, vêm obrigando o Estado a desenvolver mecanismos mais ágeis e criativos de atuação, dentre os quais têm assumido especial relevância aqueles que incluem formas de *participação direta* da sociedade nos procedimentos administrativos de tomada de decisão. Dentre elas destacam-se aquelas que se baseiam na *consensualidade*, na *negociação* e na celebração de diversos tipos de *acordos* entre a Administração Pública e os responsáveis por atentados ou ameaças ao meio ambiente. A participação e o envolvimento direto dos interessados e da coletividade em geral nos procedimentos de tomada de decisões administrativas pode tornar mais eficaz a aplicação das normas ambientais e mais eficientes as atuações das autoridades ambientais, com redução de gastos públicos e privados e conduzindo a resultados concretos em prazos mais curtos.

Por outro lado, o adequado equacionamento e a solução satisfatória dos graves problemas ambientais enfrentados pela sociedade pós-industrial moderna parecem reclamar uma modificação profunda nas estruturas organizativas do Estado e não apenas a adaptação de velhos métodos (freqüentemente autoritários) e instituições, gerados sob a égide do liberalismo e do individualismo e acentuadamente marcados pela burocratização e formalismo excessivos. De outra parte, aponta-se a necessidade premente de se repensar o funcionamento da Administração Pública, para a superação do que consideram ser um *deficit* crônico de legitimidade democrática, caracterizado por processos decisórios com pouca ou nenhuma participação das pessoas afetadas pelas decisões, que se revelam em grande parte autoritárias ou mesmo arbitrarias, o que, em muitos casos, é agravado pela inexistência de mecanismos efetivos de controle e de revisão por parte dos interessados e da sociedade.

Além disso, com a progressiva consolidação dos regimes democráticos, a sociedade civil apresenta-se cada vez mais organizada e mobilizada, como bem

---

<sup>1</sup> O presente trabalho compõe-se de excertos, com acréscimos, de Tese de Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O autor agradece críticas e observações, através do e-mail nelsonporfirio@uol.com.br.



o demonstra o grande número de organizações não-governamentais (ONGs) de âmbito nacional e internacional surgidas nos últimos anos, principalmente na área ambiental. A sociedade passa, então, a reivindicar para si o exercício de determinadas tarefas que, desde a consolidação do Estado contemporâneo, sempre competiram exclusivamente ao Poder Público. Passa, ainda, a exigir participação **direta** não apenas nas tomadas de decisões administrativas como também na própria definição das prioridades a serem atendidas pelo governo e na elaboração de políticas públicas<sup>2</sup>.

Como a eclosão desses fenômenos parece ter sido especialmente catalisada e fomentada a partir do despertar de consciências para a questão ambiental, pode-se especular que estaríamos assistindo ao surgimento de um novo “pacto social”, fundado em novos princípios estruturantes, que erige a proteção do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos naturais como uma das principais finalidades do Estado, na medida em que esses são pré-requisitos básicos para a manutenção da vida e da sociedade humanas, ao menos nos padrões que conhecemos. Bastante ilustrativo desse novo estado de coisas é o reconhecimento de um direito ao meio ambiente adequado e a sua subsequente constitucionalização – como um direito fundamental - em diversos países, a partir da década de 70 do século XX.

As formas tradicionais de atuação da Administração Pública encontram-se exauridas e já não respondem às novas solicitações do *desenvolvimento sustentável*, noção que também foi elevada à condição de princípio constitucional<sup>3</sup>. O aparente paradoxo entre desenvolvimento econômico, de um lado, e preservação ambiental, de outro, pode ser superado mediante formas de atuação administrativa criativas e inovadoras, onde se destacam especificamente aquelas conduzidas sob a égide da consensualidade e da participação popular. Dentre essas, ênfase especial deve ser dada aos chamados *acordos ambientais* entre a Administração Pública e particulares, que já existem em diversos países há algumas décadas e que são mencionados na doutrina estrangeira como um dos mecanismos mais *promissores* e *eficazes* de atuação para a defesa do meio ambiente, mas que no Brasil apenas começam a ser empregados<sup>4</sup>, ainda de forma tímida e sob os olhares desconfiados de muitos jusambientalistas, que apontam possíveis óbices constitucionais e legais à sua implementação.

Conhecidos genericamente no exterior como *environmental agreements* (acordos ambientais) ou *voluntary agreements* (acordos voluntários), os acordos ambientais constituem uma categoria nova de instrumentos de gestão e controle

<sup>2</sup> Veja-se, por exemplo, entre nós, a introdução da “gestão orçamentária participativa”, instrumento previsto na alínea f do inciso III do art. 4º e no art. 44 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), mediante o qual a comunidade municipal deve ser obrigatoriamente chamada a participar da elaboração do plano plurianual, das leis de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, através de debates, audiências e consultas públicas, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

<sup>3</sup> Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se implícito no artigo 225, *caput*, quando ali se fala na obrigação de defender e preservar o meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”.

<sup>4</sup> A Lei 6.938, de 31.8.1981, já previa a possibilidade de o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) “homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental” (art. 8º, IV). Posteriormente, com a edição da Lei 8.078, de 11.9.1990 (que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei 7.347/85), foram introduzidos em nosso país os chamados “compromissos de ajustamento de conduta”, mediante os quais determinados órgãos públicos podem firmar acordos com infratores ambientais com a finalidade de adequação às exigências legais.

da qualidade ambiental, que se tem desenvolvido especialmente em alguns países da Europa e nos Estados Unidos. São, em muitos casos, originários da chamada “auto-regulação voluntária” (*self-regulation*), pela qual indústrias ou atividades poluidoras assumem o compromisso unilateral de limitar ou reduzir suas emissões de poluentes, especialmente para evitar a edição de normas e padrões obrigatórios por parte do governo. No momento em que o Estado, verificando que tais compromissos podem conduzir a uma melhoria global da qualidade ambiental e passa a incentivá-los, mediante a concessão de algum tipo de vantagem econômica ou de tolerância para a adequação aos parâmetros ambientais, eles começam a ser *formalizados* e deixam de ser meros compromissos morais ou éticos para se transformar em acordos juridicamente vinculativos.

## 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSENSUALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

O acentuado aumento do número e da complexidade das relações sociais e o agigantamento do Estado, causado, entre outros, pela necessidade de prover as prestações exigidas para o atendimento dos direitos sociais, trouxeram consigo um notável acréscimo da conflituosidade, não apenas de indivíduos ou de grupos entre si, mas também entre estes e o Poder Público. Para a resolução desses novos conflitos, que frequentemente envolvem uma multiplicidade de partes e interesses, os mecanismos administrativos tradicionais já não oferecem soluções plenamente satisfatórias<sup>5</sup>. Os processos administrativo e judiciário clássicos, desenvolvidos basicamente para a composição de interesses privados, que quase sempre se encontram bem definidos e nitidamente contrapostos, mostram-se inadequados quando o que está em questão são relações jurídicas e conflitos *multilaterais* ou que envolvem interesses *metaindividuais* (como os interesses difusos e os coletivos), cujas fronteiras nem sempre estão bem definidas.

A conciliação ou as soluções negociadas podem ser as melhores – talvez as únicas - alternativas eficazes para a composição *satisfatória e duradoura* de tais conflitos. E, mais do que isso, a via da negociação pode até mesmo *prevenir* o surgimento de futuros conflitos, por antecipar eventuais áreas de atrito ou pontos de discórdia entre os participantes. Isto é altamente desejável, especialmente em matéria ambiental, pois pode evitar a ocorrência de danos – quase sempre irreversíveis - e os altos custos sociais e econômicos que lhes são associados. Assim, em se tratando de atuações da Administração Pública, é desejável que, quando possível, a conciliação ou a negociação ocorra *antes* que o conflito venha a se manifestar ou os fatos já estejam consumados.

<sup>5</sup> Nesse contexto, muitos autores referem uma certa “crise” do ato administrativo, entendendo que ele “já não mais reflete a forma de atuação dominante da Administração Pública em relação aos particulares, bem como não consegue abarcar a integralidade das relações Administração-Administrado” (v., p. ex., Robertônio Santos. “Direito Administrativo: um Novo Eixo Central”, in *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 3, nº 11. Belo Horizonte: IPPA/Fórum, jan./fev./mar. 2003, p. 210). Sobre o assunto, veja-se, ainda, Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996).

O tema da *consensualidade* na Administração Pública (também referido como concertação, negociação ou contratualização) é ainda recente na doutrina pátria, podendo-se afirmar que, de certa forma, está intimamente ligado ao tema da *participação*, outra tendência atual ligada ao exercício da função administrativa<sup>6</sup>. Odete Medauar, com apoio em Levi, Cassese e Nigro, assinala que a presença dos cidadãos e de organizações sociais no interior da Administração é uma verdadeira *exigência* da moderna relação entre o Estado e a sociedade, que demanda coordenação recíproca e não uma rigorosa separação entre ambos<sup>7</sup>.

Nesse diapasão, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, relacionam-se algumas das vantagens de se adotar o *consenso* como forma de ação estatal: aumento da governabilidade (eficiência), maior controle de abusos (legalidade), consideração de todos os interesses (justiça), maior legitimidade das decisões, diminuição de desvios morais (licitude), desenvolvimento da responsabilidade das pessoas (civismo) e maior aceitação e obediência aos comandos estatais (ordem)<sup>8</sup>. Sobre esse último aspecto, Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez observam, com percuciência, que os atos unilaterais sancionatórios podem ser eficazes para impor a ordem e assegurar o respeito à lei, mas são *insuficientes* para polarizar as energias sociais tendo em vista a consecução dos objetivos propostos nos planos econômicos (e ambientais, acrescentamos). Em outras palavras, afirmam que os atos unilaterais asseguram eficazmente a *submissão*, mas são incapazes de suscitar o *entusiasmo* e o desejo de *colaboração*<sup>9</sup>.

A participação popular nos procedimentos decisórios da Administração Pública – através de audiências públicas ou consultas – já é um grande avanço em relação aos processos decisórios unilaterais, mas parece ser insuficiente, uma vez que, na maioria das vezes, não há quaisquer garantias de que a participação não seja meramente *formal*, ou seja, de que as críticas e questionamentos dos interessados sejam efetivamente levadas em consideração no momento da decisão final. Se, por outro lado, o ato ou decisão da Administração Pública contiver uma fundamentação baseada no *consenso*, obtido após o desenrolar do procedimento administrativo, os particulares ficarão “voluntariamente convencidos” da legalidade e da justiça material da decisão, o que tende a aumentar a sua eficácia e favorece o princípio democrático<sup>10</sup>.

A partir da Constituição de 1988, com a “implementação de uma nova e atual concepção jurídica do Estado brasileiro”, incrementou-se a “tendência à contratuali-

<sup>6</sup> Nesse sentido, David Duarte, para quem a concertação é “uma forma particular de participação, na justa medida em que se situa entre os pólos tipo do fenómeno participatório: o direito de ser ouvido e a intervenção vinculante no processo de decisão. A concertação é o agir negociado, que, se não é decisão, é mais do que audição” (*Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 112).

<sup>7</sup> Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, 2ª ed., rev., atual. e amp., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 228-229.

<sup>8</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, in *Revista de direito administrativo*, n. 231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 145.

<sup>9</sup> Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez, *Curso de derecho administrativo*, 9ª ed., v. I, Madrid: Civitas, 1999, p. 648.

<sup>10</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, que aponta, assim, a importante *função de consenso* que pode ser exercida pelo procedimento administrativo (“Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n° 3798, ano 123, Coimbra, 1991, p. 268).

zação das relações entre a Administração e os particulares e entidades autônomas no âmbito da prestação de serviços públicos e intervenção na economia”<sup>11</sup>.

Observe-se que a adoção do consenso pode se dar não apenas por meio de contratos formais, mas também pela via de acordos, que parte da doutrina não considera estritamente contratuais, como os convênios e os consórcios<sup>12</sup>. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, acordos e contratos seriam *espécies distintas* do gênero *pacto*, sendo que a diferença entre ambos estaria em que as prestações contratuais seriam sempre *recíprocas*, voltadas ao atendimento de *interesses distintos*, enquanto que as prestações dos acordos seriam *integrativas*, voltadas ao atendimento de *interesses comuns*<sup>13</sup>.

Deve-se ressaltar, porém, que essa tendência à consensualidade ou à Administração concertada ainda não chegou ao âmbito das atividades tradicionalmente denominadas de “poder de polícia”<sup>14</sup>. Diferenciando-se de outros países, como Portugal, Alemanha ou Espanha, nosso país não dispõe de uma legislação específica genérica prevendo a possibilidade de a Administração Pública transacionar ou celebrar acordos em substituição à prática de atos administrativos unilaterais ou mesmo como alternativa a procedimentos administrativos.

Eventualmente, em situações em que a lei não determine a prática de um ato absolutamente vinculado, pode-se pensar na possibilidade de a Administração negociar ou discutir o conteúdo do mesmo com os interessados, mas trata-se de ocorrência bastante rara em nosso meio, pois, em regra, as autoridades competentes receiam afrontar os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público - ao menos como são entendidos pelos doutrinadores tradicionais -, temendo serem sujeitas a responder por ato de improbidade administrativa<sup>15</sup>.

De fato, ainda é muito prevalente o entendimento segundo o qual a Administração Pública só pode fazer exatamente aquilo que a lei determina e estritamente segundo a forma legalmente prevista. Assim, se não houver mandamento legal expresso, possibilitando a realização de uma solução negociada, ou, ao menos, prevendo-a como uma das alternativas para a solução do conflito postas à disposição da autoridade pública, esta dificilmente tomará a iniciativa de dialogar ou negociar com as partes em litígio.

<sup>11</sup> Cf. Cláudio Cairo Gonçalves, “O contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico”, in *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, n. 7, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, outubro/2001, p. 12. Em outro trabalho, o autor chega a cogitar sobre a existência de um “*princípio da consensualidade*”, sem, porém, fixar seus contornos precisos (“O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – uma introdução”, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, Rio de Janeiro, abr./jun. 2003, p. 112-113).

<sup>12</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, p. 145.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Não se ignora que o conceito tradicional de “poder de polícia” da Administração Pública passa atualmente por uma profunda reelaboração, como assinala, por exemplo, Andreas J. Krell, que faz um breve histórico de sua evolução (*Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 123-126). Tanto assim, que alguns administrativistas, como o argentino Agustín Gordillo e os brasileiros Lúcia Valle Figueiredo e Carlos A. Sundfeld, exigem a sua pura e simples **supressão** ou, com apoio na doutrina alemã, preferem falar em uma “Administração ordenadora” (*Ordnungsverwaltung*).

<sup>15</sup> Veja-se que a Lei 8.429/92, que regulamenta e sanciona os atos de improbidade administrativa previstos no § 4º do art. 37 da Constituição, dispõe, no *caput* do art. 11, que “*qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*” constitui “ato de improbidade administrativa que atenta contra os *princípios da administração pública*” (destaques nossos).

### 3. A CONSENSUALIDADE E O DIREITO AMBIENTAL

Após um período inicial de afirmação como disciplina jurídica autônoma, que se iniciou nos anos 70 do século XX, o direito ambiental atravessa atualmente uma fase caracterizada pela busca de soluções práticas para conferir maior eficácia às normas relativas à proteção ao meio ambiente e ao uso racional e sustentável dos recursos naturais. Apesar de a questão ambiental ter sido definitivamente incorporada à agenda política, inclusive ingressando em muitos dos textos constitucionais editados desde então, não deixa de ser paradoxal que, não obstante a extensa e prolífica produção de detalhada legislação ambiental, até mesmo com inúmeras hipóteses de responsabilização criminal, os resultados práticos venham se revelando extremamente modestos na maioria dos países, fazendo com que o estado geral do meio ambiente continue a se deteriorar em ritmo alarmante.

Tanto assim, que nos Estados Unidos, por exemplo, um dos países pioneiros na formulação do direito ambiental e na implantação de políticas públicas ligadas ao meio ambiente, trava-se atualmente um intenso debate sobre a necessidade de *innovar-se* na matéria. Fala-se em certa “reinvenção da regulação”, experimentando-se novas formas de regulamentação e atuação administrativa, que colocam em segundo plano o regime tradicional de “comando-e-controle”<sup>16</sup>. A constatação de que os métodos tradicionais não têm trazido os resultados positivos desejados incentivou sobremaneira a proliferação de estudos sobre estratégias complementares ou alternativas, como, por exemplo, os instrumentos “baseados no mercado” (*market-based instruments*), a regulação das atividades poluidoras pelo próprio setor industrial (auto-regulação) ou diretamente pela comunidade afetada, bem como diversas outras modalidades de participação, cooperação e negociação entre o Poder Público e os particulares, no âmbito do que se tem denominado Administração concertada ou consensual<sup>17</sup>.

Começa-se a admitir que a Administração Pública, abrindo mão de certa parcela de seu poder impositivo, possa estabelecer novas relações jurídicas com os particulares, celebrando acordos para a adequação de comportamentos contrários às normas e padrões ambientais vigentes ou até mesmo para que estes se tornem ainda menos agressivos ao meio ambiente do que o mínimo exigido pela legislação.

Os defensores dessas novas tendências afirmam ser *necessário e desejável* que haja certa “desregulamentação” das políticas ambientais, priorizando-se a busca de *resultados concretos* em detrimento de um formalismo jurídico exacerbado, fundado exclusivamente na aplicação rígida e automá-

<sup>16</sup> Cf. José Eduardo Figueiredo Dias, “Que estratégia para o direito ambiental norte-americano do século XXI: o ‘cacete’ ou a ‘cenoura’?”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, n. 77, Coimbra, 2001, p. 291. Esclareça-se, com o autor, que a expressão “comando-e-controle” (*command-and-control*) é amplamente utilizada nos Estados Unidos para designar o regime de comando típico do Estado administrativo, baseado na *imposição unilateral* de regras pelo governo.

<sup>17</sup> José Eduardo Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 291.

<sup>18</sup> Cf., p. ex., Eckard Reh binder, “Environmental agreements. A new instrument of environmental policy”, European University Institute, Jean Monnet Chair Paper RSC No 97/45, s. p.

tica da lei<sup>18</sup>. Os instrumentos tradicionais, coercitivos, não se prestariam a compatibilizar as necessidades do desenvolvimento sustentável com a indispensável proteção do meio ambiente, por não levarem em consideração importantes aspectos econômicos envolvidos nos processos de adaptação. Nesse sentido, alega-se que, quando os custos de adoção de novas tecnologias – mais favoráveis ao ambiente – forem demasiadamente elevados, as grandes empresas e grupos econômicos poderão simplesmente opor-se à sua implantação efetiva, talvez até mesmo conseguindo alterar a legislação de acordo com os seus interesses, por meio de *lobbies* e de grupos de pressão junto ao Poder Legislativo.

Preconiza-se, assim, a necessidade de uma nova forma de atuação administrativa, denominada de “informal” ou “cooperativa”<sup>19</sup>, que inclua não apenas os acordos entre Administração Pública e particulares, mas também advertências e recomendações “oficiais”, ou seja, manifestações da Administração no sentido de incentivar ou desincentivar determinadas condutas, embora de forma não coercitiva<sup>20</sup>. O Poder Público passa assim a influenciar ou orientar a formação da vontade dos particulares, buscando direcionar suas condutas no sentido das expectativas do Estado, mas sem a imposição formal de obrigações de fazer, não fazer ou tolerar. Em outras palavras, o Estado deseja a adoção de determinadas formas de conduta e procura convencer nesse sentido, mas não as impõe; ou, por outra, declara que certas condutas são indesejáveis e tenta desincentivá-las, mas não as proíbe. Nessas condições, a legalidade estrita deixa de ser o meio exclusivo de controle social no Estado de Direito<sup>21</sup>.

Teoricamente, as vantagens de tais procedimentos consensuais são numerosas, incluindo: o aumento do grau de liberdade<sup>22</sup>, a redução da máquina burocrática do Estado e o aumento da disposição ao cumprimento voluntário das normas, resultante da participação direta na sua elaboração e do direcionamento indireto

<sup>19</sup> Cf. Michael Kloepfer, “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, in *Documentación Administrativa*, nº 235-236, Madrid, jul-dec. 1993, p. 37. O autor menciona a existência de críticas ao uso do termo “informal”, que poderia equivocadamente evocar práticas pouco éticas, favorecimentos ilícitos ou compadrios, entendendo ser mais apropriado falar-se em atuação administrativa “cooperativa”. De fato, como bem assinala João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, um mínimo de formalidade deve ser sempre mantido, em razão do próprio princípio do Estado de Direito, pelo que afirma, com J. J. Gomes Canotilho, que a atividade administrativa informal terá de ser exercida dentro do “quadro de referência das normas (princípios e regras) do Direito Constitucional formal”, sendo limitada, ainda, pelos direitos fundamentais. O autor também assinala a preocupação, na literatura alemã, de enquadramento jurídico das manifestações administrativas informais, pelo menos a um nível mínimo, “nomeadamente em sede de protecção jurídica dos particulares” (*O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, p. 152-154).

<sup>20</sup> Michael Kloepfer, *op. cit.*, p. 38. Como exemplo, o autor cita a introdução, na Alemanha, do selo azul de qualidade ambiental, que é outorgado pela Agência Federal do Meio Ambiente apenas a produtos favoráveis ao meio ambiente e que preencham determinados requisitos.

<sup>21</sup> Michael Kloepfer, *op. cit.*, p. 35.

<sup>22</sup> Para Eckard Rehbinder, os acordos permitem grande flexibilidade às empresas quanto à implementação de projetos de adequação ambiental, especialmente quanto à definição das técnicas e do cronograma que melhor atendam à equação custo-benefício (“Environmental agreements. A new instrument of environmental policy”, s.p.).

de condutas<sup>23</sup>. Para o alemão Michael Kloepfer, esta profissão de fé ecológico-liberal pode idealmente significar proteção ambiental maior, com mais liberdade, menos Estado e menores custos econômicos<sup>24</sup>.

#### 4. ACORDOS AMBIENTAIS NO BRASIL

*Os acordos ambientais são instrumentos administrativos bastante recentes e inovadores, com finalidades e conteúdos nitidamente distintos daqueles que se encontram nos contratos administrativos tradicionais. Podem tanto ser contratos de adaptação de condutas, que visam apenas conceder prazos e condições especiais para o cumprimento da legislação ambiental vigente, como podem ser acordos de melhoria de desempenho ambiental, em que as empresas comprometem-se a exceder os padrões legais mínimos de qualidade ambiental, normalmente em troca de algum tipo de vantagem concedida pelo Estado, como subsídios ou isenções fiscais. Podem também ser verdadeiros instrumentos de participação direta da comunidade na elaboração de políticas públicas ambientais ou em procedimentos de licenciamento ambiental, quando a negociação poderá abranger até mesmo o próprio conteúdo das normas ambientais, como, por exemplo, a fixação de padrões específicos de emissão de poluentes em determinada região.*

##### 4.1. O inciso IV do art. 8º da Lei 6.938/81

Pode-se afirmar que a possibilidade de celebração de acordos ambientais entre a Administração Pública e os particulares, surgiu em nosso país com a edição da Lei 6.938, de 31.8.1981, que trata da “Política Nacional do Meio Ambiente”. De fato, o inciso IV, do art. 8º, daquele diploma legal<sup>25</sup> previa expressamente a possibilidade de o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) homologar acordos “visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental”.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Carla Antonucci já observava, no início da década de 90 do século passado, examinando a evolução das atuações administrativas em matéria ambiental na Itália, Alemanha e França, uma crescente tendência favorável a soluções do tipo *negocial*, mais adaptadas à ponderação dos diversos interesses em jogo, exigência obrigatória para uma adequada tutela do meio ambiente. Para a autora italiana, tal tendência, caracterizada pela *participação* e pela *informação* como elementos fundamentais, também pode ser encarada como o resultado de uma mudança progressiva do relacionamento entre autoridades e cidadãos, na direção de uma certa *paridade* ou equilíbrio entre os dois pólos desse binômio e dentro da ótica de um novo método de governo que, baseado em formas *consensuais e contratuais*, busca atingir um certo “consenso estável”, como condição imprescindível para a efetividade das normas ambientais e para a eficácia das imposições administrativas, que parecem ser o ponto crucial de todas as políticas ambientais. Assim, se de um lado, não se pode prescindir de aparatos de controle e coerção eficazes, de outro exige-se cada vez mais o *consenso*, que pode ser gerado no âmbito de procedimentos administrativos especiais e que demanda a difusão e o estabelecimento de uma cultura ambiental e política (“La tutela dell’ambiente: situazioni e prospettive attuali in Italia, Francia e Germania”, in *Il politico, Rivista Italiana di Scienze Politiche*, n. 1. Univ. Pavia, 1992, p. 164-165).

<sup>24</sup> Michael Kloepfer, “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, p. 35. O autor informa que o Projeto de Código Ambiental alemão, em tramitação no Parlamento, prescreve a adoção de medidas não-imperativas, sempre que estas tenham eficácia pelo menos igual, e prioriza os instrumentos flexíveis.

<sup>25</sup> Esse dispositivo foi regulamentado pelo artigo 42 do Decreto 99.274, de 6.6.1990, que dispõe: “As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento”.

Para alguns autores, essa possibilidade corresponderia simplesmente à consagração legal do chamado *princípio da compensação*, que permitiria aos causadores de danos ambientais compensá-los mediante a execução de ações reparadoras no mesmo local (ou em outros, se a restauração à situação original não for mais possível). Exemplificando, a degradação de um ecossistema em razão de uma queimada ou derramamento de óleo poderia ser compensada pelo reflorestamento ou pela limpeza da área atingida, fazendo-se a reposição das espécies animais e vegetais afetadas e mediante o compromisso de preservação e monitoração permanentes.

Tratava-se, então, de uma previsão inovadora, uma vez que se facultava ao Poder Público deixar – ainda que parcialmente - de aplicar sanções expressamente previstas em lei<sup>26</sup>, quando a doutrina tradicional sempre entendeu que a atuação sancionatória da Administração Pública é absolutamente *vinculada*, ou seja, não se admitia a existência de nenhuma margem de discricionariedade para a autoridade competente deixar de aplicar a multa cabível, quando presentes os pressupostos legais<sup>27</sup>.

#### **4.2. Os compromissos de ajustamento de conduta do § 6º do art. 5º, da Lei 7.347/85**

A maior parte dos acordos ambientais atualmente celebrados no Brasil encontra supedâneo legal no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347, de 24.7.1985 (Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei 8.078, de 11.9.1990), que possibilitou aos órgãos públicos a celebração de compromissos (ou termos) de “ajustamento de conduta”, nos seguintes termos<sup>28</sup>:

*“§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante condições, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.*

Embora se trate de dispositivo inserido em uma lei cujo objeto é o de disciplinar o rito procedimental de uma ação judicial, destinada à tutela de interesses difusos e coletivos, é certo que o compromisso nele previsto não precisa se dar necessariamente durante o trâmite da ação civil pública, podendo ser, ao contrário, uma excelente alternativa *extrajudicial* para a resolução do conflito.

Considerando que os “órgãos públicos legitimados” para a ação, nos termos do *caput* do art. 5º, são a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público, é forçoso concluir-se que a lei introduziu um importante e inovador mecanismo

<sup>26</sup> A aplicação de sanções em razão de infrações ambientais estava originalmente prevista no artigo 14 da Lei 6.938/81, que foi tacitamente revogado pela superveniência da Lei 9.605/98, cujos artigos 70 a 74 dedicam-se especificamente às infrações administrativas.

<sup>27</sup> Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles: “Estas sanções, em virtude do princípio da *auto-executoriedade* do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público. O que se requer é a legalidade da sanção e sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 124).

<sup>28</sup> Sobre o assunto, veja-se Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, Rio de Janeiro: Forense, 2002 e, especificamente em matéria ambiental, Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.



consensual de atuação da Administração Pública, permitindo negociação em relação a danos causados a bens e interesses difusos e coletivos, aí incluídos expressamente “os danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente” (art. 1º, I).

A negociação, quando efetuada antes da propositura da ação, parece ser especialmente propícia à celebração de acordos, pois o acusado de infração ou dano ambiental - pessoa natural ou jurídica -, encontra-se na iminência de ter que responder a um processo judicial e arcar com todas as despesas que lhe são inerentes.

O termo de ajustamento de conduta guarda certa similaridade com o “contrato de adaptação ambiental” do direito português, pois, na prática, quase sempre inclui a concessão de um prazo ao poluidor/degradador do meio ambiente para ajustar suas práticas e atividades aos padrões e limites legais, durante o qual, embora se encontre em permanente violação da legislação ambiental, não se lhe poderão aplicar sanções administrativas, desde que, naturalmente, permaneça cumprindo os termos do acordo.

A participação do Ministério Público na negociação e celebração do termo de ajustamento, embora ocorra com bastante frequência, não é requisito indispensável ao seu aperfeiçoamento, visto que a lei não a exige<sup>29</sup>.

Outro aspecto importante a destacar é que o compromisso de ajustamento de conduta tem eficácia de *título executivo extrajudicial*, o que significa dizer que, em caso de inadimplemento das obrigações assumidas, a Administração Pública poderá obter o seu cumprimento forçado através do Poder Judiciário, sem necessidade de propor prévia ação de conhecimento.

## 5. O PAPEL DOS ACORDOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Os acordos ambientais também podem ser utilizados eficazmente durante os procedimentos de *licenciamento ambiental*, em especial nos casos de empreendimentos de grande porte e significativo impacto ambiental, que atraem a atenção da sociedade e geram grande mobilização popular.

Observa-se que têm sido comuns, em nosso meio, especialmente em razão da falta de regulamentação do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal<sup>30</sup>, *conflitos de atribuições* entre órgãos ambientais de entes federativos diver-

<sup>29</sup> Nesse sentido, a seguinte decisão judicial: “Processual Civil e Tributário. Agravo de instrumento. Liminar em medida cautelar preparatória de ação civil pública. Licenças de operação de plataformas petrolíferas. Termo de ajustamento de conduta (TAC). Nulidade. Princípio da razoabilidade. 1. Num exame preliminar, não é de se extrair dos autos nenhum elemento concreto a sugerir risco iminente à proteção do meio ambiente, proveniente do termo firmado entre a Agravante e o IBAMA. 2. Tentativa de se viabilizar a adequação das exigências ambientais à continuidade do processo produtivo, de importância estratégica para o país. 3. Cláusula controvertida, em princípio, não revela a pretensa renúncia do IBAMA a seu poder de polícia, o que, fosse o caso, militaría em favor da nulidade da cláusula e não de todo o instrumento. 4. Participação da Agência Nacional de Petróleo-ANP e do Ministério Público Federal como intervenientes no TAC afigura-se desejável, entretanto, sua ausência não torna nulo o instrumento, diante da falta de previsão legal nesse sentido. 5. Ponderação de interesses, impondo a análise da questão pelo viés da razoabilidade. 6. Agravo de Instrumento provido para reformar a r. decisão recorrida e, em consequência, indeferir a liminar pretendida” (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma, AG - Agravo de Instrumento – 111470, Relator Juiz Rogerio Carvalho, decisão unânime, DJU 22/08/2003, página 303) (destaques nossos).

<sup>30</sup> Que prevê a necessária *cooperação* entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

tos, os quais acabam retardando demasiadamente a conclusão dos procedimentos licenciatórios. Nesse sentido, a consensualidade e a negociação podem ser uma maneira adequada de composição dos interesses econômicos e sociais em jogo, atendendo-se mais rapidamente ao interesse público. A realização de acordos ou convênios entre os entes federativos pode ser uma alternativa viável e expedita para a solução de conflitos ligados ao licenciamento ambiental.

Como bom exemplo do que foi afirmado, pode-se referir o *acordo*, realizado nos autos de Ação Civil Pública<sup>31</sup> ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF), cuja controvérsia dizia respeito exatamente ao *órgão competente* para o licenciamento de determinados trechos do Rodoanel Viário da Região Metropolitana de São Paulo, cujo traçado atravessa diversos municípios, passando por áreas de Mata Atlântica nativa e por áreas indígenas. Embora o licenciamento ambiental do empreendimento estivesse sendo realizado pelos órgãos ambientais do Estado de São Paulo, nos termos do previsto no art. 10 da Lei 6.938/81, o MPF entendia que a atribuição para tanto seria precipuamente da União, através do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, uma vez que estavam envolvidos interesses e bens ambientais de toda a nação (como a Mata Atlântica e os aldeamentos indígenas).

O feito foi julgado procedente em primeira instância, para condenar o IBAMA a também realizar o licenciamento ambiental, além daquele que já vinha sendo efetuado pelo Estado de São Paulo. Em sede de apelação, porém, as partes compuseram-se e chegaram a uma *solução consensual*, para que o licenciamento seja realizado em um só nível de competência – o estadual –, porém com a participação efetiva e vinculante do IBAMA durante todo o procedimento, inclusive nas etapas seguintes à concessão da licença prévia, ou seja, nas fases de licença de instalação e de licença de operação, bem como no licenciamento dos futuros trechos da obra.

É importante assinalar que tal acordo foi sobremaneira facilitado em razão da participação de representantes dos diversos órgãos envolvidos em um “Ciclo de Debates”, evento realizado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, através de sua Escola de Magistrados (EMAG)<sup>32</sup> e que, embora de forma involuntária, acabou por aproximar os litigantes e viabilizar discussões francas e abertas sobre os principais pontos controvertidos do caso, as quais envolveram também outros participantes do evento, como ambientalistas, especialistas e outros interessados, transformando-se assim em um ambiente propício para o amplo debate e a posterior conciliação em juízo, que permitiu solucionar o caso de forma bastante célere.

Para que tal ambiente favorável à conciliação venha a ser *institucionalizado*, dando-se então um salto evolutivo rumo à consensualidade e à informalidade, entende-se ser desejável a edição de uma *lei de normas gerais*, por parte da União, com base na competência concorrente que lhe é atribuída no artigo 24, inciso

<sup>31</sup> 6ª Vara Cível Federal de São Paulo, Ação Civil Pública nº 2003.61.00.025724-4.

<sup>32</sup> “Ciclo de Debates 2004: Temas atuais de Direito Ambiental”, com seis eventos realizados ao longo de 2004, sob a coordenação da Desembargadora Federal Consuelo Yoshida.

VIII, da Constituição Federal, a qual deve regular os procedimentos gerais de negociação e celebração dos acordos ambientais, fixando-lhes, ao menos, o regime geral, as espécies admissíveis, os limites da negociação, os requisitos e pressupostos básicos, as regras de definição das autoridades competentes e das partes que devam necessariamente integrá-los, os prazos máximos de duração, as sanções cabíveis em caso de descumprimento e o estabelecimento de regras procedimentais mínimas que, entre outros, devem prever a obrigatoriedade de *ampla publicidade* e as formas de *participação de terceiros*, incluindo necessariamente a representantes da coletividade afetada, organizações não-governamentais ambientais e outros interessados. Sugere-se que tal diploma legal não seja excessivamente rígido, de modo a ser devidamente complementado, em cada Estado, de acordo com as peculiaridades e necessidades locais.

Enquanto não existir previsão legal expressa para a celebração de acordos ambientais, sua realização continuará muito *restrita* em nosso país - apesar dos mencionados permissivos legais já existentes -, uma vez que a Administração Pública não tem nenhuma tradição, prática ou vocação para soluções negociadas. A lei seria importante, portanto, para, disciplinando os contornos mínimos dessa nova forma de atuação, fazer com que os órgãos administrativos ambientais, perante uma dada questão ambiental, ao menos possam considerar seriamente a possibilidade de resolvê-la mediante a negociação e o consenso entre todos os envolvidos.

# TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

PATRYCK DE ARAÚJO AYALA

Mestre em Direito, Procurador do Estado de Mato Grosso,  
Coordenador de Jurisprudência da Revista de Direito Ambiental, RT

## INTRODUÇÃO

O trabalho procura investigar alguns problemas associados ao desenvolvimento de pressupostos democráticos no contexto dos processos de decisão sobre os riscos ecológicos no Direito ambiental brasileiro, tomando como objeto específico, a atividade procedimental da Administração Pública, no domínio da gestão desses riscos.

Considera-se como ponto-de-partida para a análise, a circunstância de que, nas sociedades contemporâneas, a ciência perde a posição de instância central de legitimação do conhecimento, propondo ao objeto específico deste estudo, exigências de abordagens diferenciadas para a regulação e decisão.

Para desenvolver a proposta, o texto foi organizado ao longo de duas seções, onde primeiro se objetiva caracterizar o novo contexto das sociedades de risco e analisar as possibilidades e condições de desenvolvimento de um *Estado democrático de direito ambiental* nas sociedades de risco, onde o direito fundamental ao meio ambiente e à vida de qualidade ganha um *perfil intergeracional*, relacionando também, a condição das futuras gerações.

Nesse momento são analisadas particularmente as primeiras dificuldades suscitadas à regulação jurídica dos riscos. Sua gestão passa a depender de modelos de processos de decisão que precisam produzi-las a partir de contextos que não raras vezes, não são podem ser compreendidos de forma integral ou suficiente, a partir de abordagens *puramente* científicas.

Ressalta-se na mesma seção, a incapacidade funcional dos padrões normativos de regulação jurídica dos riscos fundados em processos de *gestão racional e científica*, que nas sociedades de risco, chegam ao seu esgotamento.

Sob essa perspectiva, afirma-se que a incapacidade funcional dos especialistas na composição de problemas relacionados à *gestão da incerteza* impõe o desenvolvimento de novos caminhos e alternativas para a adequada *gestão dos riscos*, onde as *decisões sobre os riscos* devem ser realizadas em processos públicos, abertos, plurais, e sob uma abordagem de *gestão responsável da inovação*, e

de *responsabilidade na pesquisa científica*, favorecendo a consolidação da noção de responsabilidade na atividade industrial e no desenvolvimento econômico.

Em um segundo momento, passa-se a atividade administrativa de gestão dos riscos, propriamente dita.

Assim, procura-se sustentar que a implementação de um modelo integral de Estado de Direito Ambiental, exige, especialmente da Administração Pública, a execução de qualidades diferenciadas de procedimentos, que possam cumprir adequadamente a função de proteção da condição jurídica das futuras gerações e do bem ambiental.

Nesse sentido, argumenta-se que o procedimento administrativo ambiental — especialmente aqueles relacionados *stricto sensu*, com a gestão dos riscos, como o licenciamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental — devem ser compreendidos de modo a privilegiar uma dimensão substantiva, instrumental, que enfatize o objetivo de *instrumento para a formação de decisões sobre os riscos*.

Por essa razão, propõe-se a necessidade de se priorizar, no procedimento administrativo ambiental, e na atividade processual de gestão dos riscos atribuída à Administração Pública, a implementação efetiva da *garantia de participação no procedimento*, dos principais interessados e potenciais afetados pelos efeitos daquelas decisões.

Nesse ponto, destaca-se a importância que precisa ser atribuída cada vez mais, pela Administração Pública, à oportunidade de participação decisória por iniciativa da sociedade. Essa dimensão fortalece e consolida a afirmação de um modelo de *Administração consensual*, fundada em exigências de colaboração ativa do cidadão com a Administração Pública.

A análise realizada não busca descrever, em espécie, os principais procedimentos de gestão de riscos previstos na legislação ambiental (a saber, o licenciamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental). A proposta parte da hipótese pela qual a gestão adequada dos riscos pelo Direito Ambiental (através do procedimento administrativo), depende da conjugação sistemática de diversos instrumentos, e da interferência decisória realizada em espaços e momentos diferenciados.

Nessa perspectiva, o licenciamento e o estudo prévio de impacto ambiental, são compreendidos, tão somente, como partes de um processo de decisão complexo, que envolve o setor produtivo, poderes públicos e sociedade, na tomada de decisões, em diversos momentos, relacionadas às diversas atividades econômicas e potencialmente degradadoras.

Objetiva-se avaliar, nesse processo de decisão complexo, o grau de eficácia dos instrumentos de participação pública na influência e na formação das decisões sobre os riscos.

Sob essa perspectiva, argumenta-se que o modelo normativo nacional apresenta défices de democracia ambiental, para propor a transformação de um perfil de gestão de riscos que poderia ser classificado como institucional, em um perfil de garantia do *protagonismo do cidadão* na formação, execução e constituição dos resultados decisórios.

De início, são analisadas as condições para a organização de um procedimento administrativo ambiental que possa atender, funcionalmente, exigências democráticas de participação pública. Estas são analisadas, pontualmente, no contexto do procedimento administrativo ambiental, a partir do mais relevante instrumento normativo de participação previsto pela legislação ambiental brasileira (audiências públicas), e do princípio da transparência.

Por fim, reconhecendo a existência de *défices de democracia* nos atuais modelos de gestão (e no modelo normativo de participação proposto para as audiências públicas), o texto procura evidenciar a urgência na proposição de instrumentos e abordagens que lidem de forma adequada em setor pontual, o da comunicação dos riscos, enfatizando-se uma abordagem pela qual *os riscos devem ser discutidos sob bases democráticas*, e as alternativas devem ser buscadas como *resultados da cooperação* entre a atividade dos especialistas e a sociedade. Referido perfil deve ser considerado pelas instituições, na revisão do modelo de gestão de riscos que atualmente orienta a execução dos principais instrumentos relacionados a essa atividade, o licenciamento ambiental, e o estudo prévio de impacto ambiental.

Nesse modelo, propõe-se que os procedimentos de decisão sobre os riscos prevejam que a informação científica conquanto relevante, não poderá ser *decisiva* na proposição de alternativas. Será apenas um dos aspectos *considerados* nos processos de análise e avaliação dos riscos, ao lado da contribuição da sociedade, mediante a interferência decisória da população, das vítimas potenciais, das associações, e de todos os interessados.

## 1. ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL E DEMOCRACIA AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL<sup>1</sup>: MODELOS E DESAFIOS PARA UMA GESTÃO SOCIAL DOS RISCOS

As sociedades contemporâneas — eminentemente industriais e baseadas em um modelo de exploração econômica superlativa dos recursos naturais — tendem a produzir e reproduzir comportamentos aptos a constituir particulares estados de desfavorabilidade ambiental, com características próprias e que se encontram diretamente relacionadas à insustentabilidade desse modelo de desenvolvimento.

A configuração desses estados deixou de ser objeto de uma possível e cômoda relação estabelecida entre estes e ameaças involuntárias e imprevisíveis à segurança pessoal de cada indivíduo — antes originárias de eventos estatísticos e causas naturais — para se identificar a um novo perfil; um perfil dos riscos que é próprio das sociedades contemporâneas.

Giddens explica que:

*Risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo. Risco se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. A palavra só passa a ser amplamente utilizada em sociedades orientadas para o futuro — que vêem o futuro precisamente como um território a ser conquistado ou colonizado. O*

<sup>1</sup> Para a caracterização da sociedade de risco, e de sua nova configuração global, consultar: BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. de: Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 29-73.

*conceito de risco pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado — de fato, a característica primordial da civilização industrial moderna.*<sup>2</sup>

Os riscos possuem agora, grande aptidão de expor uma série indeterminada de sujeitos a estados de desfavorabilidade, estendendo-se potencialmente em uma escala global, e relacionando também, os membros das futuras gerações com *resultados decisórios* que são atribuídos a uma restrita e limitada iniciativa de membros desta geração, responsáveis pela proliferação de efeitos negativos que são, portanto, além de *globais, intergeracionais*<sup>3</sup>.

Nesse contexto de novos problemas, o desenvolvimento de novas dimensões tecnológicas da exploração e intervenção humana sobre os recursos naturais — que é associado, a princípio, à intervenção das autoridades científicas e dos especialistas nas sociedades de risco — submete o Direito ambiental a novos desafios.

A proliferação e acumulação dos riscos em escala global, e a necessidade de sua adequada regulação em nome da proteção das gerações futuras, impõem ao Direito Ambiental a exigência de se perpetuar um *novo sentido de responsabilidade*, associado à iniciativa de organização de novas bases de ação e intervenção regulatória para a concretização de seus objetivos. Estas devem levar em consideração uma nova ordem de problemas, que pela sua extensão, exigem o estabelecimento de *compromissos jurídicos de conteúdo solidário*.

Desse modo, observa-se que a construção de novas bases de ação para a proteção jurídica do meio ambiente relaciona a eficácia do Direito ambiental com desafios vinculados à concretização dessa proteção, agora, também, em benefício de titulares temporalmente muito distantes dos sujeitos obrigados na relação jurídica, que *relaciona presente e futuro*, e expressa de forma inédita, principalmente, os vínculos que possuímos com as futuras gerações.

Essa circunstância importará modificar radicalmente: a) a forma de identificação dos novos conflitos que qualificam a proteção jurídica do ambiente nas sociedades de risco; b) a forma de compreensão e entendimento prático e comum dessas novas relações por todos os cidadãos; e c) o modo pelo qual são definidas as opções, e pelo qual são orientados os julgamentos das alternativas possíveis para a tomada de decisões a partir de problemas de risco.

Os cientistas perdem nas atuais sociedades, a capacidade de *se comunicar de forma eficiente com os riscos contemporâneos*, aspecto que expõe a capacidade de tomar decisões a dúvidas e críticas, permitindo sugerir novos caminhos alternativos que permitam *completar* a atividade que não mais pode ser desenvolvida convenientemente pela ciência, uma vez que esta perdeu a capacidade de assegurar e afiançar decisões para contextos onde a segurança e a certeza não podem ser atingidas.

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. O que a globalização está fazendo de nós, p. 33.

<sup>3</sup> Sobre a globalização dos riscos, considerada como o perfil específico dos riscos da modernidade, cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. de: Raul Fiker. 6. reimpressão. São Paulo: Unesp, 1991, p. 126-127.

Esses caminhos considerarão que é necessária: a) a proposição de novas formas de relacionamento processual com a gestão do conhecimento; b) novas formas de organização processual das decisões privilegiando qualidades diferenciadas de conhecimento (não necessariamente científicas), e, sobretudo; c) uma nova ordem de interesses que deve ser avaliada nesses processos de decisão, beneficiando a proteção da condição jurídica das futuras gerações<sup>4</sup>.

As conseqüências desse processo incidem diretamente sobre as instâncias de produção do conhecimento científico, importando, principalmente, a abertura do diálogo sobre a definição do papel da ciência como instância de *legitimação do saber* nas sociedades tecnológicas.

Esta se vê contestada pela crescente visibilidade de sua *incapacidade regulatória da segurança*, e é constantemente desafiada pelo severo déficit de informação com que lida e que também produz. Isso porque, particularmente no domínio da gestão dos riscos, é possível verificar-se não apenas o desconhecimento integral (ausência), ou parcial (insuficiência) sobre os riscos com que lida, mas também, a sonegação sistemática da informação pelas próprias autoridades responsáveis por sua gestão.

Esse conjunto de aspectos impõe a obrigação de superar esse quadro de acentuada *instabilidade cognitiva*, através de soluções que *busquem produzir a informação ainda indisponível*. O objetivo é possível como veremos, através de soluções jurídicas autenticamente *transdisciplinares*, pois estruturam novas formas de conhecimento, que conquanto jurídicas, não se encontram mais vinculadas à infalibilidade científica. Procuram a composição de interesses mediante técnicas de negociação, buscando de forma *prática*, a construção do *consenso democrático*, necessário face à exigência de *transparência* na tomada das decisões, exigida nos processos de *gestão dos riscos*.

## **1.1 RISCO E CIÊNCIA: A PRODUÇÃO DO SABER E A GESTÃO DO CONHECIMENTO NAS SOCIEDADES TECNOLÓGICAS**

Como já foi mencionado, um dos efeitos que expressam com maior fidelidade a consideração dos riscos na percepção social daqueles que convivem com seus efeitos negativos, é a *descrença na capacidade de legitimação científica das decisões sobre os riscos*.

Sua ineficácia é demonstrada pela *inabilidade* dos peritos e especialistas na resolução de conflitos, e pela *incapacidade regulatória* do Direito ambiental quando estrutura ações e julgamentos em torno da dependência de juízos técnico-científicos. Estes revelaram-se inadequados para enfrentar temáticas de conflituosidade onde a marca é a imprevisão, uma vez que objetivam garantir um pretense

<sup>4</sup> Sobre a matéria, conferir especificamente: AYALA, Patryck de Araújo. *Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de direito ambiental*. Dissertação. Mestrado em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p. 169-183.



estado de segurança, objetivo nitidamente *descontextualizado* dos novos espaços sociais inseguráveis, como são os espaços das sociedades de risco.

Perante a necessidade de gerir os riscos nas sociedades que convivem diariamente com os efeitos do desenvolvimento de tecnologias que interferem em nossos hábitos de consumo diários, juízos dependentes de avaliações científicas especializadas cedem espaço para decisões eminentemente políticas, e o privilégio dedicado à tecnologia é ocupado agora pela ética. Essa nova realidade modifica qualitativamente a própria organização dos processos de tomada de decisão, permitindo a *interferência pública* da sociedade, da comunidade científica, da indústria, e das autoridades decisórias propriamente ditas, para a formação da decisão exigida na particular hipótese de gestão de determinada espécie de risco.

Afirmar-se a incapacidade funcional da ciência — seja para a correta compreensão dos riscos, ou para a orientação de alternativas para as ações e processos relacionados à tomada de decisões em matéria ambiental — não importa, entretanto, considerar que a ciência não cumpra nenhuma função nas sociedades contemporâneas.

O que se deve reconhecer é que a gestão científica e racional dos riscos perdeu o *privilégio* que antes ocupava na organização das relações na sociedade quando se constatou que as novas qualidades (anonimato, invisibilidade, acumulação, indeterminação temporal e espacial) e os efeitos emergentes de tecnologias inéditas e emergentes (biotecnologia e engenharia genética, v.g), geralmente não puderam ser convenientemente *controlados* e, sobretudo, *regulados* a partir do grau de conhecimento técnico-especializado disponível no momento de seu desenvolvimento, produzindo efeitos negativos que *não puderam ser objeto de previsão e antecipação racionais*.

O modelo racional de justificação das soluções (decisões) dependente diretamente da pretensa capacidade inexorável que teria a ciência em oferecer segurança esgota-se e cede espaço para uma *nova compreensão da função e dos objetivos da ciência nas sociedades que lidam com os riscos*.

Nesse contexto, a *confiança na qualidade das respostas* dos peritos e dos especialistas, não tem mais condições de ser integralmente avalizadas por um modelo de ciência que responde pela produção de um *conhecimento ou saber formal e disciplinar*.

Esse modelo é substituído por uma proposta de ciência que não pode mais legitimar suas atividades na *autoridade*, mas na *colaboração*. Trata-se assim, de uma proposta que supõe suas limitações e falhas, permitindo uma abertura e comunicação com diversas outras espécies de conhecimento de qualidade muitas vezes, próximas do cotidiano daqueles que sofrerão os efeitos dos riscos.

O conhecimento *disciplinar* perde espaço e privilégio de influência para outras *qualidades* de informação, que devem ser consideradas nos processos de formação das decisões sobre esses riscos.

Por essa razão, suas vítimas potenciais devem necessariamente ter garantido não só o *direito à informação (acesso)*, mas principalmente, condições de exercício de *protagonismo decisório (participação)*.

## 2. DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL: O SIGNIFICADO DA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS PROCESSOS DE DECISÃO

### 2.1 Procedimento administrativo, democracia ambiental e participação decisória

O desenvolvimento do procedimento administrativo comporta uma vinculação jurídica aos direitos fundamentais, que lhe confere um sentido de ordenação específica de sua atuação concreta, de forma que resta superada definitivamente a compreensão do processo e do procedimento como simples instrumento, ao qual no máximo, se lhes devem ser conferidos controles formais e procedimentais de seu desenvolvimento.

Não se atuam os objetivos do *Estado Democrático de Direito* mediante uma proposta procedimental pura. Garantias de proteção do cidadão perante os poderes estaduais constituem atributos de fundamentação do secular modelo liberal do Estado de Direito. Sendo assim, para os fins de fundamentação do *Estado Democrático de Direito* e de uma *Democracia Administrativa*, abandona-se qualquer proposta que procure fundamentar o processo e procedimento apenas em uma *racionalidade de controle*.

O sentido democrático conferido à organização da atividade administrativa adequada ao *Estado Democrático de Direito* supõe a *participação ativa do cidadão* nos procedimentos de tomada de decisão, sendo a própria participação procedimental, um autêntico direito fundamental, que tem referência na cidadania e na formulação de modelos de democracia direta, participativa e inclusivas, que qualifica o que Häberle chama de *status activus processualis*<sup>5</sup>.

Reconhecendo essas modificações, bem observa Caio Tácito:

*“O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da vontade administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.”*<sup>6</sup>

A racionalidade administrativa democrática, exige a organização do procedimento administrativo de modo que este atenda às necessidades de participação direta dos legítimos interessados, na formação da decisão, de modo que a compreensão do procedimento organizado como instrumento de participação decisória, integra-se ao lado da compreensão do procedimento em uma relação de interdependência, e vinculação jurídica com os direitos fundamentais, devem ser

<sup>5</sup> Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXVI, p. 155, 1990.

<sup>6</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 2, jul./set. 1997.

hoje considerados, como pressupostos indispensáveis para a fundamentação do procedimento administrativo em um *Estado Democrático de Direito*<sup>7</sup>.

A exposição permite que agora se faça um aparte tópico, para o fim de aproximar a compreensão do conteúdo dogmático que se quer atribuir à participação, do procedimento administrativo e mais especificamente, do procedimento administrativo ambiental.

O sentido proposto enfatiza a dimensão de *participação nos momentos decisórios*. Nessa postura, devem se concentrados esforços para que se assegurem condições para *decisões colegiadas* e constituídas por *vontades plurais e diversificadas*, sempre que se vislumbre a pertinência e a necessidade daqueles dados informativos dos procedimentos de consulta, para seu resultado<sup>8</sup>.

Assim, haveria no Estado Democrático de Direito, uma pretensão de crescente *transformação* dos modelos de *procedimentos de consulta*, para os modelos de *procedimentos de participação decisória*, de modo a fortalecer os elos de legitimidade e *consensualidade* na formação da decisão, sempre que interesse mediata ou imediatamente, aos sujeitos que por ela serão atingidos<sup>9</sup>.

Da análise do exposto, pode-se constatar que a participação pode se estruturar, mediante *consulta*, ou mediante *participação decisória*.

A democracia administrativa ambiental estrutura-se em torno de uma *interação ativa* entre modelos de colaboração (onde se destacam os *momentos consultivos*), e modelos de participação direta (onde se destacam os *momentos de protagonismo na participação*) *decisória*. Destaque-se que não há qualquer relação de prevalência, precedência ou preferência entre os dois modelos, mas sim, a formação de uma racionalidade administrativa que necessita da composição de ambos os modelos, para que possa cumprir o objetivo de ordenar adequadamente, leia-se democraticamente, os resultados do procedimento administrativo ambiental.

Sua implementação eficaz recomenda que se assegure, portanto, a proteção simultânea de momentos consultivos, e de momentos deliberativos, privilegiando nestes últimos, não só a composição colegiada de órgãos de decisão, mas principalmente, assegurando condições de que sua composição seja efetivamente plural (onde se torna decisiva a participação das organizações e associações civis).

A origem dos défices democráticos de maior gravidade no âmbito da gestão

<sup>7</sup> Canotilho dirá que “Os procedimentos constituem, assim, *sistemas de interação* entre os poderes públicos e os cidadãos ou entre unidades organizatórias públicas. Nesses sistemas de interação, os procedimentos actuam basicamente como *modelos de ordenação* [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVI, p. 163, 1990).

<sup>8</sup> Suordem, valendo-se da lição de Canotilho, refere-se à distinção entre uma participação em sentido amplo, que abrangeria a participação standard das democracias representativas, através do voto, da participação em sentido restrito, que pressupõe “[...] uma forma mais alargada do concurso dos cidadãos para a tomada de decisões, muitas vezes de forma directa e não-convencional [...]” (SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização)*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 118).

<sup>9</sup> São importantes as referências expressas realizadas pelo texto constitucional brasileiro, ao desenvolvimento desse modelo de participação, quando prevê, v.g, a participação popular na formulação das políticas e controle das ações de assistência social (art. 204, inc. II), o planejamento e execução da política agrícola (art. 187), e o planejamento municipal (art. 29, inc. XII).

dos riscos, está na segunda modalidade de procedimento, os que asseguram participação decisória.

Apesar de se ter verificado fase de acentuada expansão da previsão normativa de procedimentos de participação<sup>10</sup>, não se pode deixar de expor alguns graves problemas de déficit democrático, associados à eficácia dos instrumentos formais de participação nos procedimentos de gestão desses riscos.

O primeiro deles não é particular desse domínio, mas está associado à execução das avaliações de impacto ambiental, realizadas através da elaboração prévia do Estudo de Impacto Ambiental (EPIA) e de sua apresentação na forma do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

O processo reproduz quadros onde o momento de relevância para a participação pública perde grande parte do potencial de influência decisória em razão, exatamente, da ausência de ponderação justificada das razões apresentadas pela sociedade sobre elementos que constituem condições imprescindíveis, nos termos da Resolução n. 01/86, para a apresentação do relatório.

Estas compreendem a apresentação de alternativas de localização das atividades de risco (alternativas locais)<sup>11</sup>, e obrigação de consideração da alternativa negativa<sup>12</sup>. A sonegação da relevância desses aspectos por ocasião dos momentos de participação pública na avaliação dos riscos da atividade, comprometem gravemente a eficácia da qualidade de democracia administrativa que formalmente se encontra protegida no instrumento definido pela Resolução n. 09/87, do CONAMA, a audiência pública, que será analisada detalhadamente, adiante.

Um processo administrativo que deveria ser sinérgico e cooperativo, orientado para a formação e otimização da informação para a decisão sobre os riscos, encontra nesse contexto, condições bastante favoráveis para que o instrumento constitucional de gestão de riscos (Estudo Prévio de Impacto Ambiental)<sup>13</sup>, termine por constituir, em determinadas ocasiões, simples instrumento de proposição

<sup>10</sup> Os modelos de participação decisória têm encontrado amplo espaço de desenvolvimento em matéria ambiental, como se verifica desde a Lei n. 6938, ao estruturar o SISNAMA; na organização da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97) — que assegura como um dos fundamentos de sua execução, a gestão descentralizada com a participação do Poder Público, dos usuários, e comunidades (art. 1º, inc. VI) — a participação de representantes de entidades civis na gestão do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 3º, inc. VIII do Decreto n. 1.306/1994); possivelmente a composição do órgão gestor de execução da Política Nacional de Educação Ambiental, que dependerá da regulamentação do art. 14 da Lei n. 9.795/99; a gestão democrática das cidades, com a intervenção da população e da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, inc. II, da Lei n. 10.257/01), inclusive, através da audiência da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente negativas sobre a qualidade de vida e do ambiente (art. 2º, inc. XII, Lei n. 10.257/01); e por fim, a organização da gestão do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/00). Neste foi prevista sua realização através de Conselhos com maior ou menor poder de decisão, característica específica de algumas espécies de unidades de conservação do grupo das Unidades de Uso Sustentável previstas no art. 14, a Área de Proteção Ambiental, a Floresta Nacional e a Reserva Extrativista, e de todas as unidades de conservação do grupo de proteção integral previstas no art. 8º, consoante registra o art. 29, *caput*. Destaque-se que, exceto a lacuna que se apresenta na função do Conselho presente nas áreas de proteção ambiental (art. 15, § 5º)11, e os Conselhos vinculados às reservas extrativistas — que possuem expressa previsão de função deliberativa (art. 18, § 2º) — os demais, na espécie, aquele referente às Florestas Nacionais (art. 17, § 5º), e aqueles relativos às unidades de conservação do grupo de proteção integral (art. 29, *caput*), têm traçadas apenas funções consultivas.

<sup>11</sup> Artigo 9º, inciso II, Resolução n. 01/86, do CONAMA.

<sup>12</sup> Artigo 9º, inciso V, Resolução n. 01/86, do CONAMA.

<sup>13</sup> Art. 225, § 1º, inciso IV, CRB de 1988.

de medidas mitigadoras ou compensatórias, em um espaço de decisão essencialmente técnico e unilateral.

Este, não raras vezes, termina por identificar juízos políticos a juízos técnicos, e sonegar o espaço necessário que deveria ser oportunizado nas audiências públicas, *para a ponderação de outras ordens de interesses que também deveriam ser levadas em consideração*, não apenas nos debates, mas para a justificação dos juízos decisórios, uma vez que sua relevância é afirmada no próprio plano normativo<sup>14</sup>, como imprescindível para a proposição do Relatório de Impacto Ambiental.

Segundo problema diz respeito à própria definição do modelo de gestão dos riscos proposto pela legislação nacional, que não permite reproduzir uma identidade institucional que privilegie um enfoque global e complexo sobre a avaliação e decisão sobre esses riscos.

O licenciamento e o estudo prévio de impacto ambiental constituem tão somente instrumentos particulares que lidam com a gestão dos riscos de forma setorial, parcial e pontual, cuja iniciativa e espaço de intervenção concentra-se no Poder Público.

Desse modo, não permitem a gestão adequada de um conjunto de problemas relacionados a processos de decisão que antecedem ou sucedem o conjunto de aspectos relacionados ao espaço institucional dos procedimentos administrativos referidos, espaços de decisão que estão relacionados à iniciativa do setor produtivo, à iniciativa da sociedade, e especialmente, à iniciativa do próprio Poder Público, em uma visão estratégica de definição de qual seja o próprio modelo de desenvolvimento proposto para o Estado.

Pensar a gestão de riscos, exclusivamente, a partir de instrumentos setoriais — que reproduzem um perfil de gestão institucional e técnico — contribui consideravelmente para a ineficácia de uma proposta funcional e adequada de participação pública no procedimento.

Sob essa perspectiva, passa-se a analisar o principal instrumento de participação pública nos procedimentos ambientais: as audiências públicas.

## **2.2 O princípio da transparência e as audiências públicas em matéria ambiental**

A Lei 9.784/99, previu expressamente como princípios de ordenação do procedimento administrativo, alguns que já contavam com previsão constitucional como ordenadores da Administração Pública, e outros ainda não previstos normativamente, mas que já receberam reconhecimento doutrinário. Trata no art. 2º, *caput*, de um conjunto de onze princípios, a saber: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Dois deles passam a cumprir atualmente, papel de destaque em um outro grupo de novos princípios específicos do procedimento administrativo ambiental,

<sup>14</sup> Artigo 9º, inciso V, Resolução n. 1/86, do CONAMA.

os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas a composição de quatro deles (finalidade, motivação, interesse público e eficiência) em conjunto com o princípio da publicidade, e da participação democrática, contribuem para a caracterização do *princípio da transparência*, típica manifestação da Democracia Administrativa, e que tem encontrado precária, inconsistente ou insuficiente fundamentação no Direito Público Brasileiro, razão pela qual foram determinantes as contribuições da doutrina estrangeira<sup>15</sup>.

De início, ressalta-se que o princípio da transparência não tem relação de identidade com o princípio da publicidade, mas cumpre antes, uma função dúplex de princípio de *identidade* e princípio de *integração* de um complexo de valores que caracterizam a nova racionalidade administrativa, reunindo em torno do objetivo da transparência, diversas condições que reunidas, lhes são instrumentais para sua realização.

Schmitt<sup>16</sup> já se referia ao fundamento da transparência, entendendo que compreendida a Administração gestora de interesses de terceiro, deve ser pública e transparente. E toda transparência só pode ter espaço na esfera do público.

Suordem<sup>17</sup> situa a exigência de transparência administrativa como identificadora de uma *nova legalidade procedimental*.

A verificação da proteção da legalidade não se faria somente pelo controle de aspectos pontuais como geralmente se opera mesmo com a fiscalização do atendimento do conteúdo dos princípios, mas sim, a partir do controle de um conjunto de atributos e condições que se relacionam ativamente na constituição complexa do que se deve entender por transparência administrativa, que é em essência, um resultado composto pela ordenação correta da série desses direitos e garantias.

Uma primeira pergunta deve ser feita para que se posicione o objeto do trabalho. Qual a pertinência específica em relação ao procedimento administrativo ambiental?

A exigência de transparência administrativa como verdadeiro princípio do procedimento administrativo ambiental surge quando se considera a transparência administrativa a partir de sua compreensão como “[...] resultado para o qual concorrem diversos instrumentos: da possibilidade do destinatário ou de outros sujeitos acompanharem a execução do acto e de participarem no procedimento, às modalidades de desenvolvimento da colegiabilidade dos órgãos, à cognoscibilidade dos actos através da configuração de um direito de acesso às várias formas de publicidade; assume ainda importância a motivação do acto administrativo, como instrumento para conhecer os objetivos e as razões da actuação do sujeitos públicos, como escopo de melhor tutelar os interessados e o controlo pelos cidadãos da actividade administrativa”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização)*. Coimbra: Almedina, 1995; COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. Mito e Realidade da Transparência Administrativa. *Boletim da Faculdade de Direito*. Número Especial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, II. Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 1-55, 1993.

<sup>16</sup> SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Trad. de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982. p. 208.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 133.

<sup>18</sup> COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. Mito e Realidade da Transparência Administrativa. *Boletim da Faculdade de Direito*. Número Especial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, II. Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 2-3, 1993.

Por essa razão, concebendo a transparência como o resultado ordenado dessa série de atributos qualificadores da Democracia Administrativa é que se invoca a transparência “[...] como resultado último a atingir através de uma bem modulada disciplina dos referidos institutos.”<sup>19</sup>

Assim considerado o princípio da transparência administrativa, observa-se que a publicidade, assim como: a participação no procedimento; a participação nas decisões; a garantia do acesso à informação; o direito de fiscalização dos atos estaduais; a diminuição dos círculos de imunidade do poder; a organização de critérios e sistemas de fiscalização dos poderes discricionários; os deveres dirigidos à Administração Pública de justificação e motivação finalística de seus atos, em conformidade como o interesse público; e outras garantias que se relacionem direta ou indiretamente com um modelo de gestão democrática da *res publica*, são direitos e garantias fundamentais que em conjunto, proporcionam o resultado transparência. Este, como se observa, adere com grande funcionalidade ao modelo composto do procedimento administrativo ambiental, que reúne procedimentos de consulta e procedimentos de participação decisória.

Da série democrática protegida no princípio da transparência, três parecem ser, no entanto, os aspectos mais importantes e mais pertinentes ao procedimento administrativo ambiental: a publicidade, a informação e a participação decisória.

Isso porque a cidadania ambiental pressupõe para seu exercício, a educação ambiental e a informação ambiental, elementos que exigem perante a Administração Pública, a proibição do segredo e a proibição do confisco da informação pela Administração, que não pode privar o cidadão do direito ao seu acesso, direito que não se pode exercer no domínio de uma Administração anônima e impenetrável, que não se quer fazer conhecer as razões e os fundamentos de sua atuação concreta (reserva de motivação), e não permite a visibilidade da rotina da organização administrativa<sup>20</sup>.

Trata-se de direito fundamental do cidadão no procedimento administrativo ambiental, que representa assim, direito à cognoscibilidade integral da atuação administrativa, específica (atos administrativos) ou genérica (organização administrativa).

Exige da autoridade pública, duas obrigações fundamentais: motivação de seus atos, e publicidade das atividades, e é um dos fundamentos da transparência administrativa, que se relaciona diretamente com os elementos de *participação* no procedimento.

É o que deveria se processar na hipótese específica das audiências públicas, um dos instrumentos de transparência administrativa, presentes com grande destaque na organização do procedimento administrativo ambiental, que na precisa definição de Figueiredo Neto, é “[...] um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe

<sup>19</sup> Idem, p. 3.

<sup>20</sup> COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. Mito e Realidade da Transparência Administrativa. *Boletim da Faculdade de Direito*. Número Especial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, II. Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 8, 1993.

preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.”<sup>21</sup>

Mas como bem observa Colaço Antunes, (pertinente também à organização do procedimento administrativo ambiental) a simples participação não é mais do que ilusão do exercício de responsabilidades coletivas e aparência de que tenham se operado efetivamente, modificações profundas nas relações administrativas, “[...] uma vez que os instrumentos jurídicos colocados à disposição dos cidadãos não lhe conferem um verdadeiro protagonismo, em virtude do seu carácter essencialmente consultivo e de colaboração.”

A transparência administrativa exige como condições de realização, e com maior força no procedimento administrativo ambiental, uma composição mista de soluções de ordem consultiva e deliberativa.

Nesse sentido, enfatizando o aspecto ativo da participação, que posiciona o cidadão como protagonista no procedimento, Medauar<sup>22</sup> bem observa, recuperando os fundamentos da doutrina administrativa clássica, que os canais de participação e aproximação do cidadão à Administração Pública, sempre constituíram autênticos instrumentos de repartição da responsabilidade pela identificação e qualificação do próprio interesse público, aspecto que fortalece outra dimensão que é hoje assumida pelas relações entre o cidadão e a Administração, o da *Administração consensual*, que se revela exatamente pelo desenvolvimento e consolidação de canais de participação, como os expostos por ora. Nesta, observa Couto e Silva<sup>23</sup> que “[...] o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo”.

Constituído a partir da interação entre essa duas soluções, o que se poderia afirmar, certamente, é que, conquanto sejam importantes as soluções de legitimação democrática dos procedimentos de decisão, que se fundam nas audiências públicas, o procedimento administrativo ambiental, ainda enfrenta problemas relacionados a um *défice* de legitimidade.

O *défice* pode, entretanto, ser superado já com algumas soluções tópicas obtidas com a reorganização do próprio modelo de participação das audiências públicas, reconhecendo-se-lhes, como faz Moreira Neto, efetiva *eficácia vinculativa*, em maior ou menor grau, dos resultados do procedimento<sup>24</sup>.

É Justino de Oliveira<sup>25</sup> quem proporciona elementos mais seguros para a revisão da eficácia das audiências públicas, que propõe duas hipóteses de eficácia.

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 210, p. 14, out./dez. 1997.

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 216.

<sup>23</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 64-65, jul./set. 1997.

<sup>24</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 210, p. 14, out./dez. 1997.

<sup>25</sup> JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 163, jul./set. 1997.



Pela primeira, observa que se os instrumentos de participação têm lugar geralmente nos espaços do exercício dos poderes discricionários, o posicionamento externado pela população na audiência pública, é mais um elemento de restrição desses poderes, limitando a liberdade de decisão da autoridade administrativa, que deve considerar minuciosamente, na motivação de sua decisão, as exposições apresentadas pelos interessados<sup>26</sup>.

Essa alternativa foi admitida expressamente na ordem jurídica comunitário, ao enfatizar a importância de procedimentos de participação *oportuna*<sup>27</sup> do público na preparação e elaboração de certos planos e programas em matéria ambiental<sup>28</sup>.

Como medidas mais relevantes no domínio da otimização dos instrumentos de participação pública, impôs aos Estados-membros, a obrigação de que, ao tomar as decisões, “[...] sejam detidamente tidos em consideração os resultados da participação do público”<sup>29</sup>, e de que, após apreciar os resultados da participação, esforce-se “[...] razoavelmente por informar o público sobre as decisões tomadas e as razões e considerações em que se baseiam as decisões, incluindo informação sobre o processo de participação do público.”<sup>30</sup>

Em uma segunda hipótese, a audiência pública seria inserida na fase final do procedimento administrativo, ou seja, na fase decisória, caso em que necessariamente o resultado da audiência pública seria vinculante para a Administração.

As soluções propostas parecem ser bastante funcionais e aptas a reconduzir ao procedimento administrativo ambiental, particularmente aos procedimentos de licenciamento, o sentido de otimização do aspecto democrático da participação

<sup>26</sup> A exigência de análise minudente dos fatos, dados e informações obtidas como resultado das audiências públicas, na exposição das razões de decisão, é exigência democrática do princípio da transparência administrativa, que enfatiza, neste caso, a cognoscibilidade da atividade estadual e a visibilidade do exercício do poder. É dessa forma que Moraes, valendo-se de Vieira de Andrade e David Duarte, revela que há na motivação, além do aspecto formal, que é a enunciação dos motivos, um aspecto substancial, que permite reconduzir a decisão ao parâmetro valorativo de sua justificação. (MORAES, Germana de Oliveira. *Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos. Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Vol. XVI, XVII, VIII, n. 4/5/6, p. 11, jan. dez. 1997/1998/1999*). Cf. também: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 207, p. 47, jan./mar. 1997*). Cf. também FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Estado de Direito e Devido Processo Legal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 14-15, jul./set. 1997*).

<sup>27</sup> A garantia de participação oportuna funda-se no reconhecimento de que se deve permitir oportunidade adequada e suficiente para o acesso à informação: para que esta possa ser objeto de, em espaço de tempo razoável; para permitir avaliação e comentários, bem como, e principalmente; para “[...] informar os consultados (fornecer feedback), nomeadamente sobre os resultados da consulta e o modo como esses resultados são assumidos na proposta.”(COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, a participação do público na tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente às instituições e organismos comunitários. COM (2003) 622 final. Bruxelas, 24 de outubro de 2003. p. 15*).

<sup>28</sup> EUROPA. *Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente e que altera, no que diz respeito à participação dopúblico e ao acesso à justiça, as Directivas 85/337CEE e 96/61/CE do Conselho – Declaração da Comissão. Jornal Oficial da União Europeia n. L 156, p. 0017-0025, 25 de junho de 2003. Consultar também: EUROPA. *Diretiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente. Disponível em: [http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_LC\\_23905\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LC_23905_1_0001.htm). Acesso em: 13 de abril de 2005.**

<sup>29</sup> Art. 2º, c, da *Diretiva 2003/35/CE (EUROPA. Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente e que altera, no que diz respeito à participação dopúblico e ao acesso à justiça, as Directivas 85/337CEE e 96/61/CE do Conselho – Declaração da Comissão. Jornal Oficial da União Europeia n. L 156, p. 0017-0025, 25 de junho de 2003)*.

<sup>30</sup> Art. 2º, d, da *Diretiva 2003/35/CE (Idem)*.

do cidadão, que deixa de exercer apenas função de colaboração passiva e de informação perante as autoridades públicas, passando a desempenhar com maior proximidade, aquele papel de protagonista, influenciando decisivamente na composição da decisão, na medida em que o resultado daquele procedimento administrativo, vinculará efetivamente a decisão<sup>31</sup>.

A primeira abordagem, em particular, privilegia a *responsabilização* democrática dos atores envolvidos no processo de decisão<sup>32</sup>, repartindo e compartilhando, efetivamente, responsabilidades pela produção da decisão, entre Poder Público e sociedade. Permite-se, assim, que esta possa interferir de forma eficaz, no resultado dos processos, parecendo, de outra forma, a abordagem mais próxima de uma proposta viável para o modelo brasileiro de audiências públicas em matéria ambiental.

Essa proposta de revisão da função das audiências públicas parece ser perfeitamente justificável até mesmo perante uma compreensão adequada do exercício dos poderes discricionários no Estado Democrático de Direito.

Nesse modelo de organização política, a possibilidade de seu exercício, somente subsiste, em essência, em hipóteses nas quais seja possível, v.g. *optar-se*, por soluções que embora sejam igualmente *válidas e legítimas*, precisam ser avaliadas no âmbito de sua adequação. Não se tem, no entanto, espaço para o exercício dessa liberdade, quando a formação da decisão depende necessariamente de dados, informações e, sobretudo, da qualificação do interesse público e dos fatos, e principalmente, nas situações onde é também o cidadão — os principais afetados pela decisão — que os manifesta (hipótese observada nas audiências públicas).

Explica García de Enterría<sup>33</sup> que toda decisão se estrutura em uma realidade de fato, que funciona como o *Tatbesband* de controle do resultado decisório, e o fato se estrutura em uma realidade, cuja negação ou desconsideração está fora da autorização do exercício dos poderes discricionários.

Seu exercício não pode modificar os efeitos observados, ou produzidos, como é o que se constata nas audiências públicas, onde o cidadão é chamado não apenas para exercício de simples e limitado juízo consultivo sobre suas pretensões, ou manifestação de opiniões sobre o projeto a ser executado. Sua condição deve ser compreendida como a de sujeito que pode fornecer a própria qualificação dos fatos que precisam ser avaliados para a execução do projeto, e *estes, não podem simplesmente ser submetidos a um juízo de conveniência de sua consideração, que poderia levar até mesmo à sua arbitrária exclusão*.

<sup>31</sup> Esta substancial *modificação democrática* da função e da *eficácia do resultado* das audiências públicas no procedimento administrativo ambiental, permite que se estruture um controle mais objetivo e amplo de seus resultados, conferindo posição de centralidade aos dados e fatos informados pelo cidadão. Dessa forma, poderia ser enfatizado neste momento, a pertinência da temática do controle da adequação/congruência da relação que se estabelecerá entre o motivo e a finalidade/resultado do procedimento administrativo, o que se faz pela investigação da legitimidade da motivação. Conferir a propósito BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano 22, n. 90, p. 57-69, abr./jun. 1989).

<sup>32</sup> Cf., a propósito: COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão. Para uma cultura reforçada de consulta e diálogo* – Princípios gerais e regras mínimas de consulta das partes interessadas pela Comissão. COM (2002) 704 final. Bruxelas, 11 de dezembro de 2002.

<sup>33</sup> ENTERRÍA, García de. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 3. ed., reimpressão, 1995. p. 31-2.

Situando o problema da vinculação da decisão no procedimento administrativo ambiental, aos resultados da audiência pública, teríamos que a qualificação dos fatos realizada pelos cidadãos não pode ser desconsiderada pela autoridade administrativa, e no processo de avaliação cognitiva e avaliação dos fatos, não pode apre- ciá-los (motivação) atribuindo-se-lhes efeitos não-razoáveis ou desproporcionais<sup>34</sup>.

A qualificação dos fatos pelos cidadãos, nos debates públicos, estabelece o ponto de partida da vinculação de um autêntico sistema de controle de razoabilidade da decisão conforme os fatos, que se faz por uma motivação congruente e sobretudo racional, e exige uma vinculação da decisão à avaliação correta e pertinente desses fatos, mas nunca a possibilidade que pretensamente se estabeleceria, entre simplesmente considerá-los ou desconsiderá-los.

O reconhecimento desse perfil de vinculação dos argumentos da sociedade é especialmente nas audiências públicas ambientais, onde o resultado do debate público, a partir destes contornos deverá vincular a decisão, no sentido de que, necessariamente, deverá considerar os fatos e avaliá-los de forma pertinente, congruente e racional, atraindo um controle da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* de sua fundamentação, debaixo destes mesmos aspectos.

A Administração Democrática, como já se expôs, não mais pode se impor, mas ao contrário, se estrutura a partir de procedimentos administrativos que são em essência, organizados em modelos de colaboração, e de consensualismo, e não de litigância.

Uma vez que se reconhece às audiências públicas a condição de instrumento de participação democrática, e função de legitimação democrática dos resultados do procedimento, mostra-se fundamental e *absolutamente necessária*, a presença no procedimento, daqueles interessados ou afetados pela decisão, todas as vezes em que isso puder acontecer.

A afirmação funda-se no próprio regime constitucional de responsabilidades compartilhadas, traçado no art. 225, *caput*, que pretendeu reproduzir, concretamente, em todos os espaços (públicos ou privados), a repartição efetiva de responsabilidades na proteção do bem ambiental, distribuindo-as entre Poder Público e sociedade. Sendo assim, a gestão dos riscos através de procedimentos administrativos, não poderia prescindir do perfil constitucional de responsabilização plural, também na formação das decisões.

Dessa forma, com referência às audiências públicas, pode-se dizer como Justino de Oliveira que “[...] sempre que direitos coletivos estiverem em jogo, haverá espaço para a realização de audiências públicas.”<sup>35</sup>

Isso porquê “[...] os problemas do ambiente não podem nem devem ser questões de pequenos auditórios esclarecidos, mas cheios de ruído, já pelo seu carácter planetário, já pelas incidências que eles têm no ‘último homem.’”<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Reconhecendo a importância do controle do processo da formação da vontade do sujeito que assume a posição ativa na mediação da decisão, Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira, Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 207, p. 47 e 58, jan./mar. 1997.

<sup>35</sup> JUSTINO DE OLIVEIRA. Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 161, jul./set. 1997.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. LXIX, p. 4, 1993.

De todo o exposto, pode-se argumentar, portanto, que a participação pública não depende da proteção formal de instrumentos de participação pública no procedimento, mas sim, da organização de condições concretas de eficácia desses instrumentos, dependendo, sobretudo, da conjugação de dois fatores: a *confiança* entre os atores envolvidos, e a *cooperação* entre estes atores.

Sem confiança e cooperação entre sociedade e os especialistas, não é possível conceber condições para o desenvolvimento de condições satisfatórias de democracia ambiental.

Sendo assim, se os especialistas não levarem em consideração a manifestação da sociedade, ou se de outra forma, a sociedade não manifestar confiança na legitimidade e verossimilhança da orientação apresentada pelos especialistas, não se terá como possível viabilizar canais eficazes para uma participação eficiente (no sentido de influência nos resultados decisórios) da sociedade.

### **2.3 Alternativas para a democratização dos processos de decisão em matéria ambiental**

O problema fundamental proposto à gestão dos riscos na ordem jurídica nacional, refere-se à definição de instrumentos e abordagens compatíveis com a *qualidade democrática suficiente e necessária*, exigida para a decisão sobre esses riscos.

Isso se deve, porque a inconclusão e a indefinição que pairam sobre os riscos contemporâneos — dotados de grande aptidão para produção de efeitos múltiplos — colocam ao Direito ambiental, a necessidade de originar o conhecimento através de processos que incentivem *ações de colaboração, coordenadas* e principalmente, integradas, em preferência a soluções *setoriais, particularizadas e unilaterais*<sup>37</sup>.

Nesse sentido, as soluções baseadas em modelos de *cooperação*<sup>38</sup> e *negociação* devem *preferir* decisões dependentes de formas de conhecimento *científica e democraticamente limitadas*, modelos que se impõem como *alternativas-chave* para a gestão de riscos cujos efeitos expõem, em grande medida, interesses de ordem múltipla (ambientais, econômicos, comerciais, sociais, culturais, políticos etc...).

*Soluções consensuais (Administração consensual) parecem ser, portanto, indicadas como propostas de ordenação desses valores e interesses.*

*Sob essa perspectiva, deve-se procurar estabelecer, primeiro, um caminho que importa a presença do empreendedor, dos especialistas, e da sociedade, em posição de colaboração com o Estado.*

Mas de outro modo, soluções de *negociação de interesses*, mediante o estabelecimento de pré-condições democráticas de ordenação do procedimento, tam-

<sup>37</sup> Na Administração Pública, referida tendência é bem caracterizada, como reconhece Ladeur, na substituição de modelos de soluções de conflitos baseados nos atos administrativos, por modelos baseados em processos de decisão. (LADEUR, Karl Heinz. *The changing role of the private in public governance*. The erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation. A comparative approach. Florence: European University Institute, 2002, p. 21).

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 29-30.

bém parecem ser, propostas dignas de consideração, e que poderiam progressivamente, substituir difíceis, custosos, demorados e ineficientes mecanismos estatais de decisão e ordenação de colisões de pretensões em matéria ambiental.

Isso porque “[...] se os procedimentos com relevância ambiental têm, em geral, efeitos significativos em relação a terceiros, daí resulta que os direitos destes não podem ser protegidos sem informação recíproca, comunicação, transparência, procura de consensos e legitimação democrática. É precisamente este o objectivo básico da audiência pública.”<sup>39</sup>

A definição de um modelo democrático de efetiva participação pública nos procedimentos de licenciamento ambiental dependeria, desse modo, do desenvolvimento de um sistema de gestão dos riscos sob uma *abordagem de cooperação informativa*.

A informação e sua gestão são as chaves para a eficácia da participação da sociedade nos processos de decisão.

Essas considerações não permitem que se deixe de reconhecer, a necessidade de desenvolver o *sentido jurídico da precaução* no âmbito dos processos de decisão. Isso porque, sua pertinência sobressai, sempre que se faz necessária a definição de alternativas ou soluções para conflitos estruturados sob bases informativas *precárias, parciais*, ou sobre as quais pairam *elevado grau de incerteza e incompletude*<sup>40</sup>.

Note-se, como já ressaltado reiteradamente, que a garantia do direito à informação ambiental é elemento angular para a democratização do procedimento administrativo ambiental. Sua importância para a ordem jurídica brasileira veio a ser posta em evidência pela Lei n. 10.650/03<sup>41</sup>.

Sobre a matéria, convém enfatizar que, especialmente em contextos em que a informação e o conhecimento disponível são cada vez mais um resultado da cooperação de diversos atores e responsáveis, com funções relevantes nos processos de decisão, o direito à informação não pode pressupor apenas um *direito de aceder a informação*, mas também, um *direito de ser informado*<sup>42</sup>.

Nesse sentido, considera-se que a proteção integral do direito à informação ambiental somente se concretiza, quando garantidas as condições de exercício de seu conteúdo múltiplo. A concretização do direito fundamental à informação ambiental pressupõe, portanto, a satisfação de um *direito de acesso à informação*, e de um *direito de ser informado*, de forma *suficiente, adequada*, e, sobretudo, oportuna.

Um sistema eficiente de regulação do direito à informação deve priorizar, ao lado de uma *abordagem passiva*, as condições para o desenvolvimento de uma

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e “Tempo Ambiental”. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, ano 2, p. 12, fev. 1999.

<sup>40</sup> Para uma análise do conteúdo jurídico do princípio da precaução, consultar: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 70-95.

<sup>41</sup> BRASIL. Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 de abril de 2003.

<sup>42</sup> Schroeder considera a obrigação de informação pública sobre os riscos e os efeitos perigosos ao ambiente, atributo essencial de uma proposta de terceira-via para o ambientalismo. (SCHROEDER, Christopher H. *Third Way Environmentalism*. *Kansas Law Review*, vol. 48, 2000, p. 19).

*abordagem ativa*<sup>43</sup>, cuja responsabilidade pelo exercício periódico e contínuo deve ser compartilhada entre todos os atores cuja influência é relevante nas atividades ou empreendimentos.

Sob essa ótica, são exigidas medidas que procurem *permitir o acesso do público em público* para debater os riscos e decidir sobre os mesmos, indicando como caminho interessante a previsão de comitês mistos e *trans-científicos*, objetivando sempre prevenir e/ou minimizar os indesejáveis efeitos da falha técnica, optando por submeter os processos de decisão ao controle público<sup>44</sup>.

Prioriza-se uma postura de *informar para melhor decidir*. Por essa razão é que também estão associados ao direito à informação, instrumentos eficientes para gestão de eventos críticos, onde a informação se faz necessária para a viabilização de medidas e ações que precisem ser tomadas com a *máxima oportunidade*<sup>45</sup>.

Em conclusão, pode-se afirmar que no Estado democrático de Direito ambiental, a informação é compreendida sob uma ótica funcional, porque tem funções relevantes em estruturas de decisão sobre a gestão democrática dos riscos.

Nessa perspectiva a gestão dos riscos se faz, fundamentalmente, sob os contornos de um compromisso ético, social e jurídico de inovação responsável (*accountability*).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade global do risco não é uma sociedade gerida por cientistas e especialistas, que perderam seu espaço privilegiado de participação e administração dos conflitos, diante da proliferação de um conjunto diferenciado de conflitos, associados a um novo perfil de riscos oriundos do desenvolvimento da crise ecológica. Estes relacionam em relação de contraste, as necessidades de inovação e de proteção de direitos fundamentais de todas as gerações.

O trabalho constatou como características fundamentais dessa sociedade de riscos globais, a *descrença na capacidade de legitimação científica das decisões sobre os riscos*, cuja ineficácia é demonstrada pela *inabilidade* dos peritos e especialistas na resolução de conflitos, e a *incapacidade regulatória* do Direito ambiental, quando procura fundamentar ações e julgamentos em torno da dependência de juízos técnico-científicos, inaptos ao oferecimento de alternativas para as novas situações de risco.

<sup>43</sup> Esses mesmos argumentos motivaram a proposição de nova Diretiva relativa ao acesso às informações sobre o ambiente, que procuraram, sobretudo, fortalecer os canais de fornecimento ativo das informações, sendo aquelas que “[...] as autoridades públicas deveriam tornar públicas no decurso normal de suas atividades.” (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso às informações sobre ambiente*. COM (2000) 402 final. Bruxelas, 29.06.2000, p. 16).

<sup>44</sup> Como argumenta Weiss, oportunizar condições para a participação pública e sobretudo *integral* de todos aqueles que tenham condições de intervir nos processos, é uma das condições fundamentais para a proteção do ambiente. (WEISS, Edith Brown. *The emerging international system and sustainable development*. International Review for Environmental Strategies. Vol. 1, n. 1, p. 9, 2000).

<sup>45</sup> Esse objetivo consta expressamente da nova proposta europeia, na qual se exige que: “[...] as autoridades públicas divulguem, imediatamente e sem demora, todas as informações em seu poder que alertem para uma ameaça iminente para a saúde humana ou para o ambiente, para que as pessoas em risco possam tomar medidas tendentes a prevenir ou mitigar os danos daí resultantes.” (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso às informações sobre ambiente*. COM (2000) 402 final. Bruxelas, 29.06.2000, p.17).

Como alternativa sugerida para a gestão desses riscos, foi enfatizada a necessidade de desenvolvimento de *exigentes bases democráticas* para sua organização, dependentes de alto grau de participação e de publicidade, para a *produção do conhecimento ainda indisponível*.

Nesse sentido, reconheceu-se a insuficiência da previsão normativa de instrumentos de participação pública, propondo-se a modificação do enfoque institucional atribuído aos instrumentos procedimentais de gestão de riscos, para que se privilegiasse a concretização de dois atributos fundamentais: a confiança e a cooperação.

Analisando-se o grau de eficácia do principal instrumento de participação pública previsto na legislação nacional (audiências públicas), sustentou-se a existência de obrigação jurídica de consideração dos fatos e argumentos apresentados no momento de sua realização, por parte da autoridade administrativa, por ocasião da decisão, propondo-se, assim, a obrigação vinculante de *consideração* de seus resultados, como pressuposto de justificação e fundamentação das decisões sobre os riscos.

Na proposta apresentada, seriam definidas obrigações de *participação pública e cooperativa* na *gestão e produção do conhecimento relevante* para a decisão, destacando-se sobretudo, que a informação necessária e adequada é sempre um resultado de *ações coordenadas* e originárias de *obrigações de investigar*, compartilhadas entre os vários atores participantes do processo produtivo.

Desse modo, um enfoque precaucional apresenta-se como o caminho para a tomada de decisões sobre esse novo perfil de riscos. O princípio da precaução exerce função angular nessa abordagem, na qualidade de *instrumento de gestão da informação*, especialmente em contextos de crises, porque propõe *alternativas conciliatórias* e proporciona o desenvolvimento de *consensos democráticos* a partir de bases de conhecimento *precárias, insuficientes* ou *inexistentes*.

Afirma-se aqui um compromisso com a *inovação responsável*, que é decisão para a conciliação dos objetivos de desenvolvimento tecnológico e a proteção dos direitos fundamentais nas sociedades de risco.

Tomar decisões sobre esses riscos nas sociedades contemporâneas é portanto, um *resultado* de ações de cooperação, coordenação e integração, que se desenvolvem em processos públicos, plurais e participativos, sob as bases de um *sistema de gestão cooperativa da informação*, oportunizando condições para que o acesso público se dê, e a informação chegue aos processos, *enquanto* ainda *pu-derem exercer influência relevante* sobre o rumo das decisões.

A abordagem parece ser perfeitamente compatível com a otimização de instrumentos já existentes na ordem jurídica nacional, como a obrigação constitucional de prévia realização do estudo prévio de impacto (art. 225, inc. IV). O que se propõe é considerá-los sob uma abordagem compatível com as singularidades desses riscos, que demandam *integração* nos instrumentos, e *compromissos institucionais* de *disponibilizar oportunamente*, os resultados obtidos por esses instrumentos.

Nesse aspecto, reconheceu-se que a gestão adequada dos riscos no âmbito dos procedimentos administrativos ambientais, depende muito mais da conjuga-

ção sistemática de diversos instrumentos, e da interferência decisória realizada em espaços e momentos diferenciados, do que de uma limitada abordagem institucional dependente da iniciativa de instrumentos sob a responsabilidade dos poderes públicos.

Confiança e cooperação são, portanto, as chaves de um novo modelo proposto para a democratização dos processos de decisão na gestão de riscos pelo Direito Ambiental no Brasil, o que interessa ao desenvolvimento das condições de vida das futuras gerações e à própria consolidação de um *Estado democrático de direito ambiental*.

## BIBLIOGRAFIA

- AYALA, Patryck de Araújo. *Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de direito ambiental*. Florianópolis, 2002. 394 p. Dissertação, Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano 22, n. 90, abr./jun. 1989.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 207, p. 39-78, jan./mar. 1997.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. de: Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRASIL. Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 de abril de 2003.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Sistema de Informações sobre Agrotóxicos – SIA*. Disponível em: <http://www4.anvisa.gov.br/agrosia/asp/default.asp>. Acesso em: 20 de abril de 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVI, p. 151-201, 1990.



- \_\_\_\_\_. Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. LXIX, p. 1-69, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Dizer as Normas nas Questões de trabalho*. Porto Alegre, maio de 1994. (policopiado).
- \_\_\_\_\_. Constituição e “Tempo Ambiental”. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, ano 2, p. 9-14, fev. 1999.
- \_\_\_\_\_. Estado constitucional e democracia sustentada. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Coimbra, Ano IV, n. 8, p. 9-16, dez. 2001.
- COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. Mito e Realidade da Transparência Administrativa. *Boletim da Faculdade de Direito*. Número Especial. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, II. Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 1-55, 1993.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro Verde sobre La Política Integrada Relativa aos Produtos*. COM (2001) 68 final. Bruxelas, 07 de fevereiro de 2001.
- \_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão sobre a Avaliação de Impacto*. COM (2002) 276 final. Bruxelas, 5 de junho de 2002.
- \_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão. Para uma cultura reforçada de consulta e diálogo – Princípios gerais e regras mínimas de consulta das partes interessadas pela Comissão*. COM (2002) 704 final. Bruxelas, 11 de dezembro de 2002.
- \_\_\_\_\_. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Arhus sobre o acesso à informação, a participação do público na tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente às instituições e organismos comunitários*. COM (2003) 622 final. Bruxelas, 24 de outubro de 2003.
- COUTO E SILVA, Almiro. Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.
- DALLARI, Adílson Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 5, p. 33-41, 1994.
- ENTERRÍA, Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 3. ed., reimpressão, 1995.
- EUROPA. Directiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e

- programas no ambiente. Disponível em: [http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_LC\\_23905\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LC_23905_1_0001.htm). Acesso em: 13 de abril de 2005.
- \_\_\_\_\_. Directiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente e que revoga a Directiva 90/313/CEE do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia n. L 41*, p. 26-32, 14 de fevereiro de 2003.
- EUROPA. Directiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente e que altera, no que diz respeito à participação do público e ao acesso à justiça, as Directivas 85/337/CEE e 96/61/CE do Conselho – Declaração da Comissão. *Jornal Oficial da União Europeia n. L 156*, p. 0017-0025, 25 de junho de 2003.
- FERRAZ, Sérgio. Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 4, p. 239-246, 1993.
- FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 7-18, jul./set. 1997.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de: Raul Fiker. 6. reimpressão. São Paulo: Unesp, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Mundo em descontrolo*. O que a globalização está fazendo de nós. 2. ed. Trad. de : Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- GRAY, George M.; ROPEIK David P. Dealing With the Dangers Of Fear: The Role Of Risk Communication. *Health Affairs*, vol. 21, n. 6, p. 106-115, nov./dec. 2002.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.
- LADUR, Karl Heinz. *The changing role of the private in public governance*. The erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation. A comparative approach. Florence: European University Institute, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. Trad. de: Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- MEDAUER, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 1992.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2002.
- MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos. *Nomos*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. XVI, XVII, VIII, n. 4/5/6, p. 11-15, jan. dez. 1997/1998/1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 210, p. 11-23, out./dez. 1997.
- SCHROEDER, Christopher H. Third Way Environmentalism. *Kansas Law Review*, vol. 48, 2000, p. 1- 30.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo, Cortez, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.
- SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização)*. Coimbra: Almedina, 1995.
- TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.
- WEISS, Edith Brown. The emerging international system and sustainable development. *International Review for Environmental Strategies*. Vol. 1, n. 1, p. 9-15, 2000.

# REFLEXOS DO LICENCIAMENTO NA COMPETÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

Doutor em Direito, Livre-Docente e Professor Associado (USP)  
Procurador, aposentado, do Município de São Paulo

## 1. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Num Estado de Direito, os cidadãos e pessoas jurídicas interessados na prestação de serviço ou oferta de produtos ao mercado, devem antes obter a devida licença, a qual opera em bipolaridade, a saber: tanto assegura ao interessado a regularidade de sua situação, como possibilita à Administração Pública diagnosticar o contingente de pessoas físicas e jurídicas concernentes a certo segmento de atividade, *controlando, fiscalizando*, e, sendo o caso, *tributando* as respectivas condutas. Para tanto, os requerimentos dos interessados induzem à formação de procedimentos de diversa natureza e graus diferentes de complexidade, valendo lembrar que também para os procedimentos administrativos - e não somente em face das ações judiciais - aplica-se a exigência do *devido processo legal*, com fulcro no binômio *contraditório - ampla defesa* (CF, art. 5º, LV).

O licenciamento é um dos instrumentos para a execução da política nacional do meio ambiente, a teor do art. 9º, IV da lei 6938/81, explicitando o art. 1º, I, da Res. CONAMA 237/97 que o licenciamento é o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”. O produto final desse procedimento – em caso de avaliação positiva da postulação formulada pela parte – é a licença ambiental, definida no inciso II do art. 1º da citada Resolução como o “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.

Uma das modalidades de licença mais importantes neste início de século XXI diz com o uso dos *recursos hídricos*, justamente porque a água escasseia em vários pontos do planeta, tornando imperioso seu manejo racional e moderado, com rigorosa vedação de excessos e desperdícios. Daí a consagração, dentre nós, do princípio *usuário – pagador*, prevendo a lei dos recursos hídricos que estão

sujeitos à outorga do Poder Público, dentre outros usos, a “derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo” (art. 12, I e II, da lei 9.433/97).

Mais se justifica a exigência de prévia licença para uso da água – tirante, naturalmente, “as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes” - quanto se considere que a água é um “bem de domínio público”; “recurso natural limitado, dotado de valor econômico” (lei 9433/97, inc. II do art. 12, § 1º, e inc. I e II do art. 1º), e, portanto, insuscetível de apropriação individual, exclusiva e gratuita. Ressalte-se que mesmo os bens imóveis, que, tendo caráter disponível, podem ser livremente adquiridos, *também* estão sujeitos a certos condicionamentos: além de cumprirem com seu *fim social* (CF, art.170,III), devem ainda atentar para outras limitações trazidas ao direito de propriedade pelo vigente Código Civil, como a chamada *expropriação judicial* (§ 4º do art. 1228) e, no que mais de perto toca à questão ambiental, a exigência de que “sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (§ 1º do art. 1228).

## 2. A NATUREZA VINCULADA DO LICENCIAMENTO

A função administrativa de aferição dos pedidos de licença é, precipuamente, de caráter vinculado, porque a Autoridade ou o órgão competente, quando os examina para ao final decidir pela concessão ou pela denegação, pauta-se por normas de caráter cogente e de ordem pública, não havendo assim *espaço* para considerações de ordem subjetiva e, menos ainda, para deliberações de caráter singelamente discricionário. Assim é porque, ao contrário do que se passa no setor privado - onde se pode fazer tudo o que não seja vedado - já no setor público só é possível fazer o que está prescrito na norma de regência, e do modo aí indicado.

Além disso, a validade das decisões administrativas depende de que a conclusão alcançada pelo agente ou órgão competente venha devidamente *motivada, fundamentada* (lei 9784/99, art. 2º e § único, inc. VII), o que tanto basta para suprimir eficácia às deliberações imotivadas ou arbitrárias, devendo antes se reconhecer o caráter *vinculativo* das decisões nos procedimentos de licença. Sobre o licenciamento ambiental, aduz Daniel Fink: “Em primeiro lugar, encarado como um verdadeiro serviço público posto à disposição dos usuários, transforma-se no devido processo administrativo de verificação e cumprimento das regras e requisitos legais, que, satisfeitos pelo interessado, vincula a Administração na concessão da respectiva licença ambiental para o exercício da atividade pretendida. Com ele, o interessado tem garantias de que a Administração não poderá agir com abuso ou desvio de poder, negando-lhe indevidamente a licença”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*, ed. Forense Universitária, 2.000, p. 68.

O meio ambiente apresenta nítido caráter transgeracional, nisso que empolga a presente e as futuras gerações, donde mais ressaltar nesse campo o caráter *vinculativo* das licenças, e é por isso que nos casos de condutas potencial ou efetivamente impactantes para o meio ambiente, o rito do licenciamento deve abranger “estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (CF, art. 225, IV).

Verdade que, em sede doutrinária, já se obtemperou que nem sempre o procedimento de licença se poderia dizer vinculado, seja porque o EIA-RIMA é dispensável onde a atividade a ser implementada não é ambientalmente impactante, seja porque, mesmo onde incida aquela exigência, ainda sobejaria uma certa faixa de discricção ou de prudente arbítrio à Administração Pública. Assim, Celso Pacheco Fiorillo distingue a licença *tradicional* da *ambiental*, no sentido de que, enquanto aquela é ato sempre vinculado, já esta última pode revelar-se “um ato com uma discricionarietà *sui generis*”, já que, tirante o caso em que o requerimento de licença venha respaldado positivamente pelo EIA-RIMA – quando então exsurge o “direito do empreendedor de ter a licença ambiental e, portanto, desenvolver a sua atividade”- já nos demais casos, em que aquele documento se revele “desfavorável, totalmente ou em parte, então caberá à Administração Pública sopesar segundo critérios de conveniência e oportunidade, se será ou não concedida a licença”. Sendo concedida a licença, prossegue o autor, “ainda que desfavorável (no todo ou em parte) o EIA/RIMA, então a motivação desta decisão da Administração não pode olvidar ou de contra-arrazoar o que foi desfavoravelmente demonstrado pelo estudo e relatório de impacto ambiental”.<sup>2</sup>

Embora se possa conceder que, alguma vez, o EIA/RIMA não vá mais além do que um *diagnóstico* sobre um projeto ou uma ocorrência ambientalmente relevante, culminando por indicar um leque de alternativas e opções técnicas elevadas à deliberação da instância decisória, ainda assim estamos em que sobrepaira e predomina o caráter *vinculativo* do licenciamento ambiental, seja pelo caráter cogente e de ordem pública da normativa que o rege, seja pelo caráter impositivo das *exigências* e até mesmo das *recomendações* que acompanham e informam o ato decisório. Ao propósito, pondera Roberto Carramenha que estas e aquelas “encerram a idéia de obrigação, que corresponde a encargo ou compromisso; e obrigação, sob uma análise jurídica, deve ser entendida como o vínculo oriundo da lei ou de ato da vontade, que compele alguém a dar, a fazer ou não fazer algo economicamente apreciável. Assim, podemos definir a natureza jurídica das exigências e recomendações, ditadas por ocasião do licenciamento, como obrigações impostas pela Administração Pública ao particular para o exercício de sua atividade econômica”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*, ed. Max Limonad, São Paulo, 1997, p. 210, 211, *passim*.

<sup>3</sup> *Natureza jurídica das exigências formuladas no licenciamento ambiental*. In “O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental”. Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Agricultura e Meio Ambiente, São Paulo, 4 – 7 de junho de 2.001, co-patrocínio Instituto *O Direito por um planeta verde* e Promotoria de Justiça do Meio Ambiente – SP. Organizadores da edição: Antônio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sicoli. Publ. Imprensa Oficial do Estado, p. 202.

Por essas e ainda outras razões, em precedente estudo que procedemos acerca da momentosa controvérsia da *transposição das águas do Rio São Francisco*, observamos: “Há de ser o EIA-RIMA a peça informativa mais relevante dentre as alçadas à apreciação da instância administrativa decisória; sendo a questão ambiental uma matéria técnica, a decisão final que se mostrar divorciada dos elementos objetivos e ponderações constantes daquele documento implicará a assunção isolada da responsabilidade pela conduta ou empreendimento; caso venha a se revelar inconsistente a motivação escolhida pelo órgão deliberativo, daí poderão resultar responsabilidades diversas”.<sup>4</sup>

### 3. CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO AOS TERMOS DA LICENÇA

O caráter *obrigacional - vinculativo* da licença mais se evidencia quanto se considere que ela, ao mesmo tempo que representa a etapa final de um procedimento antes adrede instaurado, implica no início de outra fase, esta agora caracterizada por uma dualidade de encargos: os cometidos ao Estado, de fiscalizar a realização da obra ou serviço licenciados (lei 6938/81, art. 2º, III e VII), e os que concernem ao interessado, jungido a cumprir fielmente os termos e condições da licença. Vale lembrar que o desatendimento total ou parcial dos termos da licença pode levar à sua cassação ou invalidação (Res. CONAMA nº 237/97, art. 19), a par de sujeitar os responsáveis (agentes públicos e particulares) a sanções e reparações de diversa natureza: *civil* (mandado de segurança, ação popular ambiental, ação civil pública); *penal* (lei 9605/98 – sobre os crimes ambientais - art. 68: “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”), e *administrativa* (lei 8429/92, sobre atos de improbidade administrativa, arts. 10, 11).

Ao propósito desta última hipótese - enquadramento dos responsáveis diretos e indiretos pela degradação ambiental nas sanções da lei 8429/92 - Sérgio Turra Sobrane relata o ocorrido com certo empreendimento então projetado para instalar-se em Itanhaem (SP), “com previsão de devastação de parte da Mata Atlântica. A tramitação do procedimento administrativo mostrou o cometimento de atos ofensivos à probidade administrativa e o objetivo claro de transpor impedimentos legalmente erigidos para a proteção da Mata Atlântica”. Transcrevendo os dispositivos constitucionais, legais e regulamentares então infringidos, prossegue o autor: “Portanto, ainda que se considere como possível o licenciamento de atividades ambientais em área de Mata Atlântica pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente, não se pode olvidar que a legislação citada, especialmente o Decreto nº 750/93, impede o desmatamento da vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração (art. 1º), assim como a que obriga espécies animais e vegetais ameaçadas de extinção (art. 5º, I). Em razão disso, postulou-se a declaração de nulidade do ato administrativo praticado (expedição de Licença Prévia),

<sup>4</sup> *Transposição das águas do Rio São Francisco – uma abordagem jurídica da controvérsia*. Revista de Direito Ambiental, nº 37, jan./fev. 2.005, p. 50.

basicamente porque: **a)** contrariou os impedimentos técnicos e legais, que determinavam o indeferimento imediato do pedido de licenciamento (cf. item 3, *a*, da Resolução 42/94 da SMA); **b)** o ato administrativo foi desvirtuado em sua finalidade – proteção do meio ambiente – para atender os interesses do empreendedor; **c)** desconsiderou as expressas vedações legais e propôs solução baseada em ato normativo administrativo inexistente (*minuta de Resolução*); **d)** foi expedido por órgão incompetente, vez que a SMA não poderia licenciar o empreendimento em virtude das cláusulas excludentes do Decreto nº 750/93 e do art. 3º, I do Código Florestal, que confere ao Poder Executivo Federal a atribuição de autorizar a supressão de vegetação que seja asilo de espécies ameaçadas de extinção. Os atos praticados pelas autoridades envolvidas no licenciamento ambiental foram classificados como ímprobos no pedido deduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 11, *caput* e inciso I, por ofensa ao princípio da legalidade e por desvio de finalidade. Considerou-se a conduta também incurso no artigo 10, *caput*, posto que a continuidade desnecessária do procedimento licenciatório – que poderia e deveria ser interrompido de pronto – ensejou perda patrimonial aos cofres públicos, representada pelos custos da elaboração de perícias administrativas, visitas exploratórias ao local do empreendimento, despesas com locomoção, tempo dispensado pelos servidores e outros fatores”.<sup>5</sup>

#### 4. A DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

O regramento constitucional em matéria de proteção ao meio ambiente induz ao que se possa dizer um *condomínio de atribuições* entre os entes federados, ao privilegiar as competências de tipo *comum e concorrente*, em detrimento da competência exclusiva, esta limitada às incumbências fulcradas na União, como, *vg.*, para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX). Em torno desse ponto nuclear se estabelece um sistema em que (*i*) a competência é *comum* à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “zelar (...) e conservar o patrimônio público”; “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”; “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”; preservar as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, I, III, VI e VII); (*ii*) a competência é *concorrente* entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre “direito urbanístico”; “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”; proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, certo ainda que no âmbito dessa legislação concorrente “a competência da União limitar-se-á a

<sup>5</sup> *A lei de improbidade administrativa e sua utilização na proteção das florestas brasileiras: um caso concreto*. In “A proteção jurídica das florestas tropicais”, anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 30.05 a 02.06 de 1999, São Paulo, org. Antônio Herman Benjamin, co-patrocínio Procuradoria Geral de Justiça e Instituto *O Direito por um planeta verde*, publ. Imprensa Oficial do Estado, p. 406, 408.



estabelecer normas gerais”, e tal mistér “não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, I, VI, VII e §§ 1º e 2º); enfim, ( *iii* ) sobeja aos Municípios competência para “legislar sobre assuntos de interesse local”, podendo “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, I e II).

Essa rede de competências, está, outrossim, espriada numa dupla perspectiva: *horizontal*, na medida em que empolga todos os entes federativos, todos conclamados a contribuir para a boa gestão da coisa pública; e *vertical*, nisso que Estados, Distrito Federal e Municípios, ao editarem normas complementares / suplementares, terão que se ater aos princípios e diretrizes estabelecidos na Constituição Federal, inclusive quando explicitados nas normações provindas dos órgãos federais. A CF vigente não perfilhou o critério, outrora prestigiado, de relegar aos Estados a chamada competência *residual*, formada pelo contingente dos temas não expressamente atribuídos com exclusividade à União; ao invés, optou por um regime de competência *concorrente* entre União e Estados, suplementada, quando possível, pelos Municípios. Quanto a estes últimos, cabe destacar a conclusão de nº 5, alcançada ao final do 4º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Agricultura e Meio Ambiente (São Paulo, 4 - 7 de junho de 2.000): “É descabida a atribuição de competência exclusiva ao Município para licenciamento ambiental, visto que dispõe de outros mecanismos igualmente eficientes no controle de atividades que possam causar degradação de âmbito local, como os alvarás municipais de construção e funcionamento, leis de uso e ocupação do solo, planos diretores, entre outros”.<sup>6</sup>

Se é verdade que esse desenho, como observa Analucia Hartmann, consulta ao ideal de um *federalismo cooperativo*, por outro lado nem sempre resulta plenamente operacional, donde exibir a *praxis* judiciária muitas controvérsias propiciadas por *zonas cinzentas* que amiúde toldam as atribuições dos entes políticos (e seus respectivos órgãos e agências) em matéria ambiental. Nesse sentido, aduz a autora: “A novidade maior da CF/88 reside na possibilidade de os Estados-Membros, em inexistindo legislação federal em matéria ambiental, poderem exercer competência legislativa plena (sempre de acordo com as finalidades da Constituição), a qual deverá ser readequada, se necessário, quando da edição de normas federais supervenientes. Tal possibilidade, porém, não assegura, por exemplo, aos Estados, a normatização contrária às leis federais perfeitamente recepcionadas. Neste sentido: ‘Proteção ao meio ambiente. Controle da poluição. Competência concorrente do Estado para legislar. Constituição Federal. Art. 24, inc. VI. A competência legislativa da União para baixar normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, e abranger as relativas ao meio ambiente, não exclui a dos Estados para legislar supletiva e complementarmente sobre a matéria, desde que respeitadas as linhas ditadas pela União. Prevalência da legislação estadual, editada com base na regra de competência ditada pela Carta Federal. (...)’ (STF, acórdão 143.757-0/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 15.09.95, p. 29516)”.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> In Anais do conclave, publicados sob o título *O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental*, org. e ed. Antônio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sicoli, co-patrocínio Instituto “O Direito por um planeta verde”, Promotoria de Justiça de Meio Ambiente (SP) e Imprensa Oficial do Estado.

<sup>7</sup> *Licenciamento ambiental e competência administrativa*. In “O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental” (anais do 4º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Agricultura e Meio Ambiente, São Paulo, 4-7 junho de 2.000), cit., p. 82, 83.

Estando pois a fixação de *normas gerais* em matéria ambiental enfeixada em mãos da União, a competência concorrential entre aquela e os Estados deve ser entendida nos devidos termos, não podendo ir ao ponto de comprometer as diretrizes fundamentais nessa matéria, a qual, dentre suas peculiaridades, apresenta caráter unitário e transgeracional, o que torna a questão ambiental refratária a contingenciamentos geo-políticos (vg., uma semente transgênica terá sempre essa natureza e estrutura, em qualquer ponto do território nacional, seja no momento presente ou num ponto futuro, o mesmo se passando com um produto agrotóxico). Decidiu o STF, em contencioso objetivo acerca do art. 182, § 3º da Constituição do Estado de Santa Catarina: “Diante dos amplos termos do inc. IV, par. 1º do art. 225 da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais. Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o par. 3º do art. 24 da carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais, ausentes na espécie” (ADIn 1086, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 16/09/94, p. 42279).<sup>8</sup>

## 5. A RELAÇÃO ENTRE A INSTÂNCIA AMBIENTAL DECISÓRIA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

Em matéria de competência para o licenciamento ambiental, avulta o estabelecido no art. 10 da lei 6938/81: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. Explicita o parágrafo 4º competir ao IBAMA “o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras de significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”. Sem embargo, o legislador teve presente o fato de o Brasil ser um país de dimensões continentais, donde a conveniência, ou até a necessidade de uma certa desconcentração de atribuições em prol dos órgãos ambientais dos entes federativos, donde dispor o art. 1º, § único do Decreto federal nº 750/93: “Excepcionalmente, a supressão de vegetação primária ou em estágio avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica, poderá ser autorizada, mediante decisão motivada do órgão estadual competente, com anuência prévia do IBAMA, informando-se ao CONAMA, quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social”.

<sup>8</sup> *Apud* Anna Hartmann, art. cit., p. 84.

Da simples leitura do art. 109 e incisos da CF infere-se que a competência da Justiça Federal é disposta sob duplo critério: *ratione personae* (*vel muneris*) e *ratione materiae*, donde a origem e topologia dos órgãos ambientais no organograma estatal virem a repercutir na identificação do foro e da Justiça competentes. Essa correlação é visível na disciplina da ação popular (também manejável para defesa do meio ambiente: CF, art. 5º LXXIII), já que o foro competente é determinado em função da “origem do ato impugnado” (art. 5º da lei 4717/65). No que concerne à ação civil pública ambiental, o foro resolve-se pela *conjugação* de dois critérios: um, do art. 2º da lei 7347/85 – *local do dano*; outro, do art. 93 da lei 8078/90 (trifurcação do dano em *local, regional e nacional*). Por isso, no caso do projeto governamental de transposição do Rio São Francisco, as ações civis públicas contra esse empreendimento tiveram que ser ajuizadas na Justiça Federal (critério *ratione materiae*: o rio interestadual é bem da União – CF, art. 20, III e critério *ratione personae*: IBAMA e Ministério do Meio ambiente são entes públicos federais).

Dado que a eficácia do julgado na ação civil pública é *erga omnes* (art. 16 da lei 7347/85), e sendo unitário e indivisível o objeto dessas ações (o rio, embora atravessasse sete Estados constitui-se num só e mesmo bem ambiental), se as ações seguirem tramitando separadamente haverá o risco de decisões qualitativamente diferentes, levando a uma situação de contradição *lógica e prática*, já que a obra não pode *ser e não ser* realizada. A solução está na reunião, por conexão de todas essas ações (CPC, art. 103) - e, também, de eventuais ações populares ambientais, cuja decisão também projeta eficácia *erga omnes* : art. 18 da lei 4717/65 – remetendo-se todas ao Juízo federal prevento, ou seja, aquele a quem foi endereçada a primeira dessas ações de tipo coletivo. Esse o alvitre que, em outra sede, indicamos para o caso de trâmite concomitante de ações de tipo coletivo.<sup>9</sup>

De tempos a esta parte a ação civil pública – por conta de se ter revelado o instrumento processual, por excelência, de participação da sociedade na boa gestão da coisa pública – tem sido alvo de investidas diversas, pela via inadequada de Medidas Provisórias que vêm sucessivamente alterando o texto da lei 7347/85 (vg., § único acrescentado ao art. 1º; nova redação ao art. 16). Neste último caso, com a inserção da cláusula “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, claramente se baralharam as noções de *competência* (já antes definida no art. 2º dessa lei em termos de *local do dano*, c/c arts. 93 e 117 da lei 8078/90), com os *limites subjetivos da coisa julgada* - isto é, *quais sujeitos* são alcançados pela eficácia do julgado - esta sim a matéria objeto do citado art. 16, em sua originária redação.<sup>10</sup>

Agora, competência processual deveras instigante vem de ocorrer numa das ações civis públicas em trâmite contra a referida transposição das águas do Rio São Francisco: a Justiça Federal de Belo Horizonte (proc. 2005.38.00.002238-0, 12ª Vara) concedeu a liminar, mas a D. Presidência do STF, atendendo recla-

<sup>9</sup> A concomitância de ações coletivas, entre si e em face das ações individuais. RT nº 782, dez. 2.000.

<sup>10</sup> V., Ao propósito, as considerações que expendemos no nosso *Ação civil pública*, 9ª ed., RT, São Paulo, 2.004, cap. 12.1.

mação apresentada pela AGU (invocando a competência originária do STF para decidir “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”-CF, art. 102, I, *f*), entendeu configurada a usurpação de competência do STF, por se cuidar de questão envolvendo política governamental, transcendente ao interesse de um Estado, tendo assim cassado a liminar até o julgamento do mérito da reclamação .

A questão, no momento em que escrevemos, segue sob apreciação da Excel-sa Corte, mas, pela repercussão que o citado mega - empreendimento vem despertando em todo o país, algumas breves considerações, neste ensejo, podem ter alguma utilidade. Até porque, ocorrências análogas poderão suceder em outras ações de caráter coletivo envolvendo bens e interesses metaindividuais, que, à semelhança do que se passa naquele caso, bem podem apresentar caráter unitário e incindível, refratário às divisões geo-políticas, como, por exemplo, na concomitância de ações (civis públicas, populares), objetivando impedir a venda de uma empresa estatal.

Não há negar engenhosidade ao argumento que levou à cassação da liminar antes referida, e, mesmo, ele merece a devida reflexão, tanto sob o prisma constitucional como processual. Todavia, com a máxima vênia, parece-nos que o tipo previsto na alínea *f* do art. 102, I, da CF não se acomodaria bem à espécie: numa exegese informada pela diretriz da *razoabilidade – proporcionalidade* e numa interpretação *conforme a Constituição*, é lícito inferir que a citada norma tem como endereço casos extremos, de exacerbada litigiosidade entre os entes políticos, e em tal intensidade que implique em pôr em risco a harmonia entre os Estados e a própria coesão interna da estrutura jurídico-política do país. Nesse sentido informa Luiz Roberto Barroso: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na definição do alcance da regra do art. 102, I, *f*, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência às hipóteses de litígio cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação (STF, RTJ 152/236)”.<sup>11</sup>

A se entender de outro modo, ou seja, a se dar excessivo elastério à expressão *conflito entre Estados*, correr-se-ia o risco de prodigalizar a intervenção incidente (que devera ser) pontual e excepcional do STF nas causas pendentes nos demais órgãos judiciais do país, ficando assim o incidente previsto na citada alínea *f* do art. 102, I, da CF assimilado a uma sorte de *avocatória branca*, que alcançaria até mesmo casos não raro ocorrentes, como aqueles em que se verificam exigências tributárias em duplicidade, exercidas por dois Estados sobre um mesmo fato gerador, ou ainda, conflitos acerca de obra pública em região fronteira (ponte, viaduto) cujas extremidades se encontrem em Estados diversos. Antes, no tocante ao primeiro exemplo, diz a súmula 503 do próprio STF, restabelecendo o devido

<sup>11</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2.003, p. 533.

*modus in rebus*: “A dúvida, suscitada por particular, sobre o direito de tributar, manifestado por dois Estados, não configura litígio da competência originária do Supremo Tribunal Federal”.

Note-se que para os casos em que numa lide pendente venha a se configurar “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado” (vg., estado democrático de direito, soberania nacional, cláusulas pétreas, pacto federativo) existe a possibilidade de *arguição incidental* diretamente ao STF, de tal questão prejudicial, pelo procedimento previsto na lei 9882/99, disciplinadora do art. 102, § 1º da CF, sendo que a decisão do STF no incidente terá “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder Público” (lei supra, art. 1º, § único, I; art. 3º, V e art. 10, § 3º). Logo, não sendo razoável inferir-se que o ordenamento constitucional tenha disponibilizado dois instrumentos para uma mesma finalidade, resta concluir que o incidente previsto na alínea *f* do art. 102, I, tem por endereço *outras formas ou espécies* de conflito entre os Estados, onde a extrema transcendência da controvérsia e a urgência em sua resolução justifiquem a deflagração da competência originária, interventiva, do STF, enquanto *guarda da Constituição* (art. 102, *caput*).

Desenho esse que, com a devida vênia, parece-nos *estar longe* do que se passa nas ações de tipo coletivo, em trâmite no primeiro grau da Justiça Federal de Estados, envolvendo o antes citado mega-empendimento, onde o de que se cogita é, simplesmente, a judicialização de uma política pública, no caso, a que envolve os recursos hídricos.<sup>12</sup>

A prosperar a interpretação extensiva do contido na alínea *f* do art. 102, I da CF, incorre-se em dois indesejados efeitos colaterais: ( *i* ) abre-se precedente *contra* a efetiva garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), já que então, ações de finalidade coletiva poderão, sob aquele argumento, vir a ser abortadas ainda na fase postulatória, já que a assunção do *thema decidendum* pelo STF, ainda que em cognição parcial e não-exauriente, operará em certa medida um efeito similar ao de uma *prejudicialidade externa*, assim condicionando em boa parcela o resultado final da lide; ( *ii* ) maltrata-se o princípio do *juiz natural* (CF, art. 5º, LIII), que, na leitura de Nery & Nery, vem a ser aquele “*preconstituído* pela lei, isto é, constituído primeiro do que o fato a ser julgado”.<sup>13</sup> No caso enfocado (*rio que é bem da União, por ser interestadual; dano de caráter regional; demanda dirigida em face de entes públicos federais*), o foro *naturalmente* competente vem a ser o de *primeiro grau*, seção judiciária da Justiça Federal na Capital dos Estados (lei 7347/85, art. 2º, c/c lei 8078/90, arts. 93, II e art. 117), podendo o *thema decidendum* ser, oportunamente, alçado às instâncias superiores, pela *via normal*, isto é, a recursal.

Eram estas as considerações que pretendíamos expor acerca do tema proposto, como singelo subsídio aos operadores do Direito que atuam na área ambiental.

<sup>12</sup> V., ao propósito, o nosso *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In “Ação civil pública – lei 7347/85 – 15 anos”, coord. Edis Milaré, 2ª ed., RT, São Paulo, 2.002, p. 753 - 798.

<sup>13</sup> *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., RT, São Paulo, 2.003, p. 144.

# **INTERPRETANDO A RESOLUÇÃO CONAMA 357/2005 – AVANÇOS NA CLASSIFICAÇÃO DOS CORPOS DE ÁGUA E NO CONTROLE AMBIENTAL**

**RODRIGO ANTONIO DE AGOSTINHO MENDONÇA**

Ambientalista, Conselheiro e Fundador do Instituto Ambiental Vidágua,  
Diretor Cultural do Instituto “O Direito por um Planeta Verde” e Membro  
Titular do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA

## **1. INTRODUÇÃO**

A nova Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005, que dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências, além de atualizar o sistema de proteção da qualidade de água e revogar a Resolução nº 20, de 18 de junho de 1986, que por 18 anos vigorou, inova em inúmeros aspectos, representando um avanço considerável na gestão dos corpos de água.

No Brasil é longo o caminho e o desafio da gestão da água. Nossa Política Nacional de Recursos Hídricos foi aprovada apenas em 1997, até hoje nosso Plano Nacional de Recursos Hídricos não foi aprovado, estando ainda em discussão, muitas de nossas Bacias Hidrográficas sequer possuem Comitês de Bacia em funcionamento, a cobrança pelo uso da água ainda engatinha, mesmo estando prevista em nosso ordenamento jurídico e os investimentos ainda são muito modestos. Em decorrência desta ausência de Estado temos uma situação nada animadora quando analisamos as estimativas da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico – PNSB do IBGE, onde o maior número percentual de distritos-sede que coletam esgoto encontra-se nas bacias costeiras do Sudeste (95%) e nas bacias do São Francisco e da Prata (ambas com 63%), seguidas pelas bacias costeiras do Nordeste oriental (57%) e do Sul (49%). As demais apresentam valores iguais ou inferiores a 20%. Menos de 50% do esgoto coletado nas grandes bacias hidrográficas recebe tratamento. Dos 14,5 milhões de metros cúbicos de esgotos coletados diariamente, apenas 5,1 milhões de metros cúbicos são tratados.

Temos ainda, inúmeros problemas envolvendo rejeitos industriais, principalmente no Sudeste e Nordeste, onde temos exemplos sérios de contaminação nos Rios Paraíba do Sul e Tietê, além da contaminação por rejeitos agrícolas e agrotóxicos na região Sul, Sudeste e Centro Oeste.

Para mudar este quadro temos agora mais um importante instrumento, a Resolução 357/05 cujo teor passaremos a descrever.

A discussão desta Resolução inicia-se em agosto de 2002 com as primeiras reuniões do grupo de trabalho responsável pela elaboração da proposta, no âmbito da Câmara Técnica de Controle e Qualidade Ambiental (CTCQA) do CONAMA, com ampla e efetiva participação de diferentes segmentos da sociedade e do poder público. Entre os participantes destacam-se o Ministério da Saúde devido à necessidade de compatibilização da Resolução CONAMA 20/86 com a Portaria n.º 518, do Ministério da Saúde, de 2004, referente ao padrão de potabilidade da água para consumo (que substituiu a Portaria n.º 1469/2000, da FUNASA/MS), o IBAMA, a CETESB – Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental de São Paulo com ampla experiência em monitoramento de qualidade ambiental, o Ministério de Minas e Energia, a ANA – Agência Nacional de Águas, o Ministério Público Federal, a CNI – Confederação Nacional da Indústria, e diversas entidades da sociedade civil onde se destacam o Instituto O Direito Por Um Planeta Verde, O Instituto Ambiental Vidágua, a ABES – Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental e o Instituto Socioambiental.

A Resolução trata a água na forma de corpos de água e não na forma mais utilizada na legislação brasileira que é recurso hídrico ou em sua distribuição espacial, como bacia hidrográfica, de forma diversa do disposto no inciso V do artigo 1º da Lei Federal n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997<sup>1</sup>, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos sob o argumento de que no processo de classificação das águas deve-se particularizar e tratar cada um dos corpos de água de acordo com suas qualidades e usos preponderantes. A expressão bacia hidrográfica aparece apenas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 38 que trata das diretrizes ambientais para o enquadramento.

Esta Resolução não deve ser confundida com outras normas que dispõem sobre padrões e parâmetros para a água, quais sejam a Resolução CONAMA n.º 274, de 29 de novembro de 2000, que revisa os critérios de balneabilidade em águas brasileiras e a Portaria n.º 518, de 25 de março de 2004 do Ministério da Saúde, que estabelece os procedimentos e as responsabilidades relativos ao controle e a vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, e dá outras providências. As mesmas poderão ser utilizadas em conjunto em situações específicas e fundamentadas, reconhecendo que cada uma delas serve a uma finalidade, porém objetivam parâmetros que possam preservar a saúde humana e o equilíbrio ecológico. Em diversos momentos são feitas referências a estas normas no corpo da Resolução<sup>2</sup>.

## **2. DA CLASSIFICAÇÃO DOS CORPOS DE ÁGUA (CAPÍTULO II DA RESOLUÇÃO)**

A Resolução 357 classifica as águas doces, salobras e salinas em 13 classes de qualidades, segundo a qualidade requerida para seus usos preponderantes,

<sup>1</sup> Art. 1.º, V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

<sup>2</sup> Art. 40. No caso de abastecimento para consumo humano, sem prejuízo do disposto nesta resolução, deverão ser observadas, as normas específicas sobre qualidade da água e padrões de potabilidade.

sendo que as águas de melhor qualidade podem ser aproveitadas em usos menos exigentes, desde que este não prejudique a qualidade da água.

Para as águas doces são definidas 5 classes. A Classe Especial, águas que podem ser destinadas ao abastecimento para consumo humano, com desinfecção; à preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas e à preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral, a Classe 1, águas que podem ser destinadas ao abastecimento para consumo humano, após tratamento simplificado; à proteção das comunidades aquáticas; à recreação de contato primário<sup>3</sup>, tais como natação, esqui aquático e mergulho; à irrigação de hortaliças que são consumidas cruas e de frutas que se desenvolvam rentes ao solo e que sejam ingeridas cruas sem remoção de película e à proteção das comunidades aquáticas em Terras Indígenas, a Classe 2, águas que podem ser destinadas ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional, à proteção das comunidades aquáticas; à recreação de contato primário, tais como natação, esqui aquático e mergulho; à irrigação de hortaliças, plantas frutíferas e de parques, jardins, campos de esporte e lazer, com os quais o público possa vir a ter contato direto; e à aqüicultura e à atividade de pesca, a Classe 3, águas que podem ser destinadas ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional ou avançado, à irrigação de culturas arbóreas, cerealíferas e forrageiras; à pesca amadora; à recreação de contato secundário; e à dessedentação de animais, e a Classe 4. águas que podem ser destinadas à navegação e à harmonia paisagística

Para as águas salinas são definidas 4 classes. A Classe Especial, águas destinadas à preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral; e à preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas, a Classe 1, águas que podem ser destinadas à recreação de contato primário; à proteção das comunidades aquáticas; e à aqüicultura e à atividade de pesca, a Classe 2, águas que podem ser destinadas à pesca amadora; e à recreação de contato secundário e a Classe 3, águas que podem ser destinadas à navegação e à harmonia paisagística.

Já para as águas salobras são definidas 4 classes. A Classe Especial, águas destinadas à preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral e à preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas, a Classe 1, águas que podem ser destinadas à recreação de contato primário, à proteção das comunidades aquáticas; à aqüicultura e à atividade de pesca; ao abastecimento para consumo humano após tratamento convencional ou avançado; e à irrigação de hortaliças que são consumidas cruas e de frutas que se desenvolvam rentes ao solo e que sejam ingeridas cruas sem remoção de película, e à irrigação de parques, jardins, campos de esporte e lazer, com os quais o público possa vir a ter contato direto, a Classe 2 águas que podem ser destinadas à pesca

<sup>3</sup> Sempre que a Resolução faz referência a contato primário deverá ser conforme a Resolução CONAMA nº 274, de 2000. O contato primário é o contato direto e prolongado com a água (tais como natação, mergulho e esqui-aquático) na qual a possibilidade do banhista ingerir água é elevada.



amadora; e à recreação de contato secundário, e a Classe 3, águas que podem ser destinadas à navegação; e à harmonia paisagística.

Esta listagem é meramente exemplificativa, podendo existir outros usos não preponderantes ou não listados por esta Resolução, devendo o órgão ambiental agir sempre de acordo com os princípios da precaução, prevenção, motivação e da razoabilidade, quando da classificação de um corpo de água.

A Resolução anterior (Resolução nº 020/86), previa apenas nove (9) classes, sendo cinco (5) classes para água doce, duas (2) para águas salinas e duas (2) para águas salobras. A nova resolução prevê expressamente usos não previstos na resolução anterior, tais como a proteção dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral<sup>4</sup>, a proteção das comunidades aquáticas em Terras Indígenas<sup>5</sup>, a pesca e ainda suprime a expressão “usos menos exigentes” da Classe 4 de águas doces.

A Resolução não faz distinção entre água superficial ou subterrânea, porém subentende-se na análise do texto que as classes são referentes a corpos de água superficiais. Apesar de termos águas subterrâneas com padrões de qualidade diferente ou mesmo contaminadas, não seria admissível que para a água subterrânea fossem adotados os mesmos critérios utilizados para classificar a água superficial e, muito menos que fosse tolerado a presença de contaminantes. Muito provavelmente uma Resolução específica deverá ser editada, a exemplo da recém aprovada Deliberação nº 52/05 do Conselho Estadual de Recursos Hídricos de São Paulo que fixou para as águas subterrâneas, os mesmos parâmetros adotados para potabilidade, ou seja, os mais restritivos possíveis.

### **3. DAS CONDIÇÕES E PADRÕES DE QUALIDADE DAS ÁGUAS (CAPÍTULO III DA RESOLUÇÃO)**

A grande preocupação desta Resolução é o planejamento através da classificação dos corpos de água e é justamente neste Capítulo da Resolução que aparece de forma mais consistente.

O capítulo III da Resolução e que dispõe sobre as condições e padrões de qualidade de águas, fortalece o princípio da precaução<sup>6</sup>, introduzindo inúmeras possibilidades para o investigador científico utilizar no monitoramento e na ava-

<sup>4</sup> De acordo com o SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação, instituído pela Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, o grupo das Unidades de Conservação de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidades de conservação: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre, destinadas a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana.

<sup>5</sup> De acordo com SANTILLI, as Terras Indígenas são bens públicos federais, de domínio da União Federal (art. 20, XI, da CF). São inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis (art. 231, § 4º). As Terras indígenas são bens públicos que a Administração não pode alienar ou destinar a qualquer outra finalidade que não seja o seu uso e fruição exclusivos pelas comunidades indígenas, por serem terras públicas com finalidades especiais.

<sup>6</sup> A precaução aparece como Princípio 15 na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento assinada durante a UNCED – Conferência das Nações Unidas para o desenvolvimento e Meio Ambiente, no Rio de Janeiro, no período de 3 a 14 de junho de 1992, *in verbis*: “Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente”.

liação da qualidade do corpo de água. Algumas já estavam presentes na Resolução anterior (020/86) e foram fortalecidas e outras constituem verdadeiras inovações: monitoramento de eventuais interações entre substâncias (parágrafo único do artigo 7º), monitoramento periódico (caput do artigo 8.º), o dever de monitorar parâmetros para os quais haja suspeita de sua presença ou não conformidade (§ 1º do artigo 8º), resultados analisados estatisticamente e incertezas consideradas (§ 2º do artigo 8º), avaliação por indicadores biológicos (§ 3º do artigo 8º), o dever de monitorar possíveis interações entre substâncias e contaminantes através de ensaios ecotoxicológicos e toxicológicos, ou outros métodos cientificamente reconhecidos (§ 4º do artigo 8º), a obrigação das investigações às expensas do empreendedor (§ 5º do artigo 8º), a possibilidade de investigação de substâncias em sedimentos e/ou biota aquática em casos onde a metodologia analítica disponível for insuficiente para quantificar as concentrações na água (§ 2º do artigo 9º), a possibilidade do Poder Público acrescentar outras condições e parâmetros a qualquer momento (artigo 11), a possibilidade do Poder Público estabelecer restrições e outras medidas quando a vazão do corpo de água estiver abaixo da vazão de referência (artigo 12), o dever de manter as condições naturais dos corpos de água de classe especial (artigo 13) e a definição de padrões diferenciados para corpos de água onde haja pesca ou cultivo de organismos para fins de consumo intensivo (tabelas II, V e VIII da Resolução).

Outro avanço foi a inserção do critério de não verificação de efeitos tóxicos crônicos ou agudos<sup>7</sup> em organismos, dependendo da classe do corpo de água.

Neste capítulo da Resolução são apresentadas nove (9) tabelas contendo os padrões e parâmetros para corpos de água, onde podemos encontrar de uma forma geral, grandes avanços, com inúmeros parâmetros e padrões novos, porém encontramos algumas flexibilizações de parâmetros como o Alumínio, Benzo(a)pireno, 2,4-D, 1,1 Dicloroetano, Selênio, Mercúrio total e Nitrogênio Amoniacal.

Toda flexibilização a mais ou a menos de um parâmetro, que é técnico, e que dele decorre ou pode decorrer perturbação na sadia qualidade de vida ou no equilíbrio ambiental, precisa ser devidamente motivada. O legislador não pode simplesmente flexibilizar a regra jurídica, tolerando uma presença maior de um determinado contaminante no meio ambiente. Esta discussão não é apenas de mérito, mas jurídica a partir do momento que o princípio da motivação se faz presente.

#### **4. DAS CONDIÇÕES E PADRÕES DE LANÇAMENTO DE EFLUENTES (CAPÍTULO IV DA RESOLUÇÃO)**

Outro objetivo da Resolução é o de fixar as bases, os parâmetros e os padrões para que o órgão público possa fazer agir o seu Poder de Polícia, através de

<sup>7</sup> De acordo com a própria resolução, efeito tóxico agudo é o efeito deletério aos organismos vivos causados por agentes físicos ou químicos, usualmente letalidade ou alguma outra manifestação que a antecede, em um curto período de exposição e efeito tóxico crônico é o efeito deletério aos organismos, tais como a reprodução, o crescimento e o comportamento, em um curto período de exposição que pode abranger a totalidade de seu ciclo de vida ou parte dele.

normas de comando e controle. Neste Capítulo temos justamente as regras que devem ser seguidas no acompanhamento dos lançamentos de efluentes de atividades potencialmente ou efetivamente causadoras de poluição, contaminação ou degradação ao meio ambiente.

O artigo 24 da Resolução traz a inovação da obrigatoriedade do tratamento de efluentes de qualquer natureza. A legislação até então aceitava o lançamento de efluentes sem tratamento desde que atingidas certas condições, como a capacidade de auto depuração do corpo de água e até mesmo a diluição do efluente, tudo isto passível de ser devidamente licenciado pelo órgão de controle ambiental e autorizado através de outorgas de lançamento pelos órgãos de gerenciamento de recursos hídricos. Um exemplo disso é o disposto no inciso III do artigo 12 da Lei Federal 9.433/97<sup>8</sup>.

Em alguns Estados como São Paulo a obrigatoriedade do tratamento é uma disposição constitucional<sup>9</sup> que por si só acabou forçando muitos municípios a tratarem seus esgotos. Esperamos que a partir de agora tenhamos um incremento qualitativo em nossas águas neste sentido.

Já o artigo 25 da Resolução traz garantias importantes, tais como a vedação de lançamentos e a autorização de lançamentos de efluentes em desacordo com as condições e padrões estabelecidos na Resolução, e a situação excepcional onde o órgão ambiental poderá autorizar lançamentos em desacordo com a Resolução, desde que atendidos alguns requisitos. Esta exceção dependerá sempre de comprovação de relevante interesse público, devidamente motivado; atendimento ao enquadramento e às metas intermediárias e finais, progressivas e obrigatórias; realização de Estudo de Impacto Ambiental – EIA, às expensas do empreendedor responsável pelo lançamento; estabelecimento de tratamento e exigências para este lançamento e fixação de prazo máximo para o lançamento excepcional.

A Exigência do Estudo de Impacto Ambiental – EIA já estava previsto no artigo 23 da Resolução anterior e é um dos casos em que uma atividade, independente de constar da relação existente na Resolução CONAMA nº 01/1986 precisa ter previamente seus Estudos de Impacto Ambiental aprovados. A atual Resolução exige ainda a comprovação de relevante interesse público, que deverá ser demonstrada em processo devidamente motivado.

Um grande avanço que precisa ser reconhecido é o previsto no artigo 27, que veda o lançamento em efluentes de POPs – Poluentes Orgânicos Persistentes, mencionados na Convenção de Estocolmo<sup>10</sup>, ratificada pelo Brasil através do Decreto legislativo nº 204, de 7 de maio de 2004. Neste artigo, exceção é feita em seu parágrafo único aos POPs que se originam ocasionalmente, de forma não

<sup>8</sup> Art. 12 – Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: III – lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;

<sup>9</sup> Art. 208 – Fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo de água.

<sup>10</sup> Os doze POPs a que a Convenção de Estocolmo se refere são 8 pesticidas (DDT, aldrin, dieldrin, clordano, endrin, heptacloro, mirex, toxafeno), 2 produtos industriais (Hexaclorobenzeno-HCBs e Bifenilas Policloradas-PCBs) e dois subprodutos não intencionais, gerados da combustão de matéria orgânica (dioxinas e furanos).

intencional e que são de difícil controle como dioxinas e furanos, onde se prevê que deverá ser utilizada a melhor tecnologia disponível para a sua redução até a sua completa eliminação.

O Capítulo IV da Resolução prevê ainda que os lançamentos de efluentes sejam compatibilizados com as metas obrigatórias progressivas e final do seu enquadramento (artigo 28). Temos aqui um grande avanço, pois os lançamentos de efluentes poderão ser restringidos de forma a melhorar a situação de um corpo de água, se este for o objetivo previsto nas metas de seu enquadramento.

Outra preocupação foi com os lançamentos realizados no solo que acabam por contaminar águas superficiais e subterrâneas, prevista no artigo 29, que veda a poluição e contaminação decorrente destas práticas, bem como a diluição de efluentes com águas de melhor qualidade (artigo 30).

Neste capítulo encontramos ainda a maior falha desta resolução, pois os grupos de trabalho que desenvolveram a redação da resolução não conseguiram avançar na fixação de parâmetros para lançamento de efluentes, sendo que foram fixados apenas 19 parâmetros inorgânicos (Arsênio total, Bário total, Boro total, Cádmi total, Chumbo total, Cianeto total, Cobre dissolvido, Cromo total, Estanho total, Ferro dissolvido, Fluoreto total, Manganês dissolvido, Mercúrio total, Níquel total, Nitrogênio amoniacal total, Prata total, Selênio total, Sulfeto e Zinco total) e 5 parâmetros orgânicos (Clorofórmio, Dicloroetano, Fenóis totais, Tetracloroeto de carbono e Tricloroetano).

Não foram fixados parâmetros inorgânicos de lançamento para: Alumínio dissolvido, Antimônio, Berílio total, Cianeto livre (apenas para Cianeto total), Cloreto total, Cloro residual total (combinado + livre), Cobalto total, Fósforo total, Lítio total, Manganês total (apenas para Manganês dissolvido), Nitrato, Nitrito, Sulfato total, Tálcio total, Urânio total e Vanádio total, ou seja, 16 parâmetros inorgânicos. E para as substâncias orgânicas, deixou-se de fixar parâmetros para aproximadamente 50 substâncias<sup>11</sup>. Em outros casos foram fixados valores para lançamento de efluentes, porém não foi fixado valor para classificação de corpo de água, como é o caso do estanho e do clorofórmio.

Ou seja, a resolução avança no planejamento e gerenciamento da água, porém deixa de avançar no comando e controle. Este é um grande equívoco, pois as duas ações devem caminhar juntas (iniciativas de planejamento e de comando e controle).

É claro que existe uma grande diferença entre pequenos e grandes lançamentos, com cargas diferentes e que podem ter efeitos diferentes no corpo de água, porém todos àqueles que poluem possuem o dever e a responsabilidade de controlar as suas emissões na fonte.

<sup>11</sup> Acrilamida, Alacloro, Aldrin + Dieldrin, Atrazina, Benzeno, Benzidina, Benzo(a)antraceno, Benzo(a)pireno, Benzo(b)fluoranteno, Benzo(k)fluoranteno, Carbaril, Clordano (cis + trans), 2-Clorofenol, Criseno, 2,4-D, Demeton (Demeton-O + Demeton-S), Dibenzo(a,h)antraceno, 1,2-Dicloroetano, 2,4-Diclorofenol, Diclorometano, DDT (p,p'-DDT + p,p'-DDE + p,p'-DDD), Dodecacloro pentaciclodecano, Endossulfân (α + β + sulfato), Endrin, Estireno, Etilbenzeno, Glifosato, Gution, Heptacloro epóxido + Heptacloro, Hexaclorobenzeno, Indeno(1,2,3-cd)pireno, Lindano (γ-HCH), Malation, Metolacloro, Metoxi cloro, Paration, PCBs - Bifenilas policloradas, Pentaclorofenol, Simazina, Substâncias tensoativas que reagem com o azul de metileno, 2,4,5-T, Tetracloroetano, Tolueno, Toxafeno, 2,4,5-TP, Tributilestanho, Triclorobenzeno (1,2,3-TCB + 1,2,4-TCB), 2,4,6-Triclorofenol, Trifluralina e Xileno.

Para que este problema venha a ser sanado foi estabelecido no artigo 44 da Resolução que o CONAMA complementar, no prazo máximo de um ano, onde couber, condições e padrões de lançamento de efluentes previstos na Resolução. Ou seja, o próprio CONAMA reconheceu a necessidade de avançar na discussão de parâmetros para lançamento de efluentes.

## **5. DIRETRIZES AMBIENTAIS PARA O ENQUADRAMENTO (CAPÍTULO V DA RESOLUÇÃO)**

O Decreto Federal nº 4.613, de 11 de março de 2003 e que regulamenta o Conselho Nacional de Recursos Hídricos - CNRH, criado pela Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, previu que é competência do CNRH, aprovar o enquadramento dos corpos de água em classes, em consonância com as diretrizes do Conselho Nacional do Meio Ambiente e de acordo com a classificação estabelecida na legislação ambiental.

Esta mesma disposição já estava prevista no artigo 7º inciso VI do Decreto Federal nº 99.274, de 6 de junho de 1990 que regulamentou a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

A Resolução CONAMA 357 reafirmou esta disposição e definiu algumas diretrizes ambientais básicas para o enquadramento dos corpos de água no artigo 38, Capítulo V, quais sejam: que o mesmo dar-se-á de acordo com as normas e procedimentos definidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH e Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos e que o enquadramento será definido pelos usos preponderantes mais restritivos da água, atuais ou pretendidos (§ 1º do art. 38) e que nas bacias hidrográficas em que a condição de qualidade dos corpos de água esteja em desacordo com os usos preponderantes pretendidos, deverão ser estabelecidas metas obrigatórias, intermediárias e final, de melhoria da qualidade da água para efetivação dos respectivos enquadramentos, excetuados nos parâmetros que excedam aos limites devido às condições naturais (§ 2º do art. 38). O estabelecimento de metas obrigatórias, intermediárias e final é o grande passo para a melhoria em definitivo da qualidade de água de nossos corpos de água. Entendemos que os órgãos responsáveis pelo Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos deverão envidar todos os esforços necessários ao cumprimento deste dispositivo, discutindo com os Comitês de Bacia, metas e formas de se conseguir a conquista de parâmetros cada vez mais restritivos.

A Resolução ainda dispõe no § 3º do mesmo artigo que “as ações de gestão referentes ao uso dos recursos hídricos, tais como a outorga e cobrança pelo uso da água, ou referentes à gestão ambiental, como o licenciamento, termos de ajustamento de conduta e o controle da poluição, deverão basear-se nas metas progressivas intermediárias e final aprovadas pelo órgão competente para a respectiva bacia hidrográfica ou corpo hídrico específico”, ou seja as metas serão levadas em conta sempre que forem utilizados instrumentos do SISNAMA e do SIGRH, tais como outorga, cobrança, licenciamento, além dos termos de ajustamento de conduta.

Esta disposição agilizará em muito a conquista das metas acordadas. Os parágrafos 4º e 5º dispõem sobre características que devem ser levadas em conta quando da fixação destas metas, tais como vazão de referência e a particularidade de corpos de água intermitentes ou com regime de vazão que apresente diferença sazonal significativa. O parágrafo 6º traz a precaução necessária com vistas a preservação obrigatória de padrões de consumo para os corpos de água utilizados por populações para seu abastecimento.

## **6. DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS (CAPÍTULO VI DA RESOLUÇÃO):**

As disposições finais e transitórias da Resolução contidas no Capítulo VI e que englobam os artigos 39 a 50 trazem inúmeras inovações no campo da gestão dos recursos hídricos.

O artigo 39 permite ao órgão ambiental competente, a possibilidade de definir, quando necessário os valores dos poluentes virtualmente ausentes, aqueles não perceptíveis pela visão olfato ou paladar. Estes são os materiais flutuantes, óleos e graxas, substâncias que comuniquem gosto ou odor, corantes provenientes de fontes antrópicas, resíduos sólidos objetáveis e materiais sedimentáveis, de acordo com a análise dos capítulos III e IV da própria resolução.

Já o artigo 40 faz uma referência já citada às normas de potabilidade e o artigo 41 estabelece que os métodos de coleta e de análises de água são os especificados em normas técnicas cientificamente reconhecidas. Esta disposição poderá causar sérias controvérsias quando do monitoramento de parâmetros e padrões definidos por esta resolução uma vez que a cada dia novas tecnologias surgem e independente de serem reconhecidas, são utilizadas para o monitoramento de corpos de água. Para dirimir estas dúvidas, os Institutos de Normatização como a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas deverão ser instadas a regulamentar estes procedimentos. Na resolução anterior, o artigo 24<sup>12</sup> previa de forma mais objetiva a matéria, sendo que suas referências ainda são plenamente aplicáveis.

Como estamos em um País de dimensões continentais, onde a maior parte dos instrumentos de gestão de recursos hídricos ainda estão sendo construídos a resolução dispõe no artigo 42 que enquanto não aprovados os respectivos enquadramentos, as águas doces serão consideradas classe 2, as salinas e salobras classe 1, exceto se as condições de qualidade atuais forem melhores, o que determinará a aplicação da classe mais rigorosa correspondente. Trata-se de um dispositivo preventivo e transitório e que terá validade enquanto não acontecerem os respectivos enquadramentos, que serão feitos pelos órgãos integrantes do Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Este dispositivo transitório por zelar

<sup>12</sup> Art. 24 da Resolução CONAMA 020/86 - Os métodos de coleta e análise das águas devem ser os especificados nas normas aprovadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - INMETRO ou, na ausência delas, no Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater APHA-AWWA-WPCF, última edição, ressalvado o disposto no Art. 12. O índice de fenóis deverá ser determinado do conforme o método 510 B do Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater, 16ª edição, de 1985.

pela qualidade da água poderá forçar os órgãos à agilizarem os enquadramentos dos corpos de água.

Quanto aos licenciamentos ambientais, o artigo 43 dispõe sobre as regras a serem seguidas pelos órgãos em respeito a esta resolução, tais como prazos e procedimentos. O artigo ainda zela no sentido de que qualquer outra prorrogação além da prevista no caput, seja feita apenas em situação excepcional e devidamente motivada, por até dois anos, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, ao qual se dará publicidade, enviando-se cópia ao Ministério Público. O importante instrumento Termo de Ajustamento de Conduta, no âmbito desta resolução, fica resguardado o atendimento ao princípio da motivação e ao da publicidade.

O parágrafo 4º do artigo 43 e o artigo 44 criam incumbências ao próprio CONAMA, a necessidade de elaboração de resoluções específicas sobre descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e a necessidade de complementação das condições e padrões de lançamentos de efluentes previstos nos artigos 24 a 37. Estes dois temas não foram discutidos à exaustão necessária e constituem falhas e omissões da norma.

No que diz respeito à definição de possíveis sanções decorrentes da inobservância de dispositivos presentes nesta resolução, temos que recorrer ao disposto nos artigos 45 e 48, sendo que as exigências e deveres previstos na resolução foram consideradas pelo próprio texto (§ 2º do artigo 45) como obrigação de relevante interesse ambiental, punidos com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa por força do artigo 68 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998). Estes dispositivos fortalecem em muito o texto.

Uma outra grande novidade da Resolução está presente no artigo 46, embora deveria estar presente no Capítulo IV (Das condições e padrões de lançamento de efluentes), que é a declaração anual de carga poluidora, muito semelhante a declaração anual de imposto de renda e que deverá ser entregue até o dia 31 de março de cada ano, referente ao ano civil anterior. Esta declaração poderá em muito, auxiliar o trabalho de órgão ambientais no acompanhamento das disposições de licenciamento ambiental e de órgãos de gestão de recursos hídricos no acompanhamento de outorgas de lançamento e no que diz respeito a cobrança pelo uso de água para lançamentos, além de fortalecer os mecanismos de auto-controle por parte do empreendedor.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** A Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005 traz sem sombra de dúvidas, inúmeras inovações no sistema normativo ambiental brasileiro, na defesa da qualidade dos corpos de água e assim de maneira indireta a todo meio ambiente.

**7.2** Entre os pontos positivos mais relevantes da Resolução podemos citar:

a) cria novas classes de uso, subindo o número de 9 para 13, além de prever expressamente usos não previstos na resolução anterior e suprimir a expressão “usos menos exigentes” da Classe 4 de águas doces;

- b) amplia a importância do princípio da precaução, introduzindo e fortalecendo importantes mecanismos de controle, como a avaliação por indicadores biológicos, o dever de monitorar possíveis interações entre substâncias e contaminantes através de ensaios ecotoxicológicos e toxicológicos, ou outros métodos cientificamente reconhecidos e a possibilidade de investigação de substâncias em sedimentos e/ou biota aquática em casos onde a metodologia analítica disponível for insuficiente para quantificar as concentrações na água.
- c) insere o critério de não verificação de efeitos tóxicos crônicos ou agudos em organismos, dependendo da classe do corpo de água;
- d) cria em todo o Território Nacional a obrigatoriedade do tratamento de efluentes de qualquer natureza;
- e) exige ainda a comprovação de relevante interesse público, além de Estudos de Impacto Ambiental para lançamentos em desacordo com a legislação;
- f) veda o lançamento em efluentes de POPs – Poluentes Orgânicos Persistentes, mencionados na Convenção de Estocolmo;
- g) disciplina que os lançamentos de efluentes sejam compatibilizados com as metas obrigatórias progressivas e final do seu enquadramento;
- h) define as diretrizes ambientais básicas para o enquadramento dos corpos de água;
- i) considera as exigências e deveres previstos na resolução como obrigações de relevante interesse ambiental;
- j) cria a Declaração Anual de Carga Poluidora em seu artigo 46, que deverá ser entregue até o dia 31 de março de cada ano, referente ao ano civil anterior.

**7.3** Ao mesmo tempo em que avança, a Resolução CONAMA nº 357, de 17 de março de 2005 possui inúmeras falhas e omissões:

- a) flexibiliza parâmetros e padrões de qualidade de água como o caso do Alumínio, Benzo(a)pireno, 2,4-D, 1,1 Dicloroetano, Selênio, Mercúrio total e Nitrogênio Amoniacal;
- b) não dá a devida atenção ao controle dos efluentes, deixando de apresentar parâmetros e padrões de lançamento de efluentes para inúmeras substâncias que são tratadas no capítulo que dispõe sobre parâmetros e padrões de qualidade de água;
- c) a resolução não incorpora o conceito de Recursos Hídricos e muito menos o de Bacia Hidrográfica, com exceção feita aos parágrafos 2º e 3º do artigo 38, que trata das diretrizes ambientais para o enquadramento;
- d) a resolução não apresenta parâmetros e padrões de qualidade de água para águas subterrâneas;





# DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E ECOEFIÊNCIA: O CASO

SERAVALLI, VITOR <sup>1</sup>  
ZANCHETTA, MIRIAN <sup>2</sup>

A BASF é uma empresa química transnacional que visa aumentar e sustentar seu valor corporativo por meio de crescimento e inovação. Seu portfólio de produtos inclui químicos, plásticos, corantes e pigmentos, dispersões, tintas de repintura, automobilísticas e industriais, produtos para agricultura e química fina, bem como petróleo e gás.

Por meio da integração, “Verbund” em alemão, a BASF mostra seu diferencial, assegurando liderança em custos e uma vantagem competitiva exclusiva. Contando com uma força de trabalho de mais de 89 mil colaboradores, a BASF é líder mundial como indústria química. As vendas da BASF do Brasil representam mais de 50% das vendas totais das empresas na América do Sul.

BASF atua com base nos princípios do desenvolvimento sustentável, cujo grande desafio do desenvolvimento sustentável é conservar o planeta sem privar as gerações futuras das oportunidades do desenvolvimento. Neste sistema, as questões econômicas, ambientais e sociais se inter-relacionam, se apóiam e se equilibram e, por isso, a BASF realiza suas atividades desenvolvendo produtos que contribuem para o bem-estar do homem, mantendo uma postura aberta pautada no diálogo franco e em atitudes transparentes.

Uma demonstração concreta disso é a participação voluntária da BASF no Programa Atuação Responsável, coordenado no Brasil pela Associação Brasileira das Indústrias Químicas (ABIQUIM). O programa tem como objetivo elevar a confiança do público nas atividades da indústria química e é desenvolvido por meio de códigos específicos, cujas práticas gerenciais abrangem aspectos como pesquisa, produção, armazenagem, transporte, manuseio, utilização e descarte de produtos e, também, diálogo com a comunidade.

A BASF aplica, anualmente, em suas unidades da América do Sul, uma verba destinada para manutenção de seus propósitos em Saúde, Segurança e Meio Ambiente, somando custos operacionais e novos investimentos. A empresa vem se comprometendo com os princípios do desenvolvimento sustentável como uma de suas metas corporativas. A realização desse princípio nas atividades diárias de uma

<sup>1</sup> Vitor Gonçalo Seravalli, 46 anos, engenheiro químico pela UNICAMP, engenheiro de segurança do Trabalho, com especialização em Administração de empresas e MBA em marketing. Diretor industrial da BASF S.A., Diretor Adjunto do CIESP em São Bernardo do Campo, Membro do Conselho editorial do jornal O Diário do Grande ABC, Coordenador do Projeto Crescer - Programa Social da BASF e Presidente Executivo da Fundação Espaço ECO.

<sup>2</sup> Mirian Tiemi Zanchetta, 28 anos, engenheira química pela Escola Mauá de Engenharia, de São Caetano do Sul – SP e especialista em Análise de Ecoeficiência pela BASF AG, Ludwigshafen – Alemanha. Coordenadora de Ecoeficiência na BASF, Vice-Presidente Executiva da Fundação Espaço ECO, Membro do Conselho Fiscal da Associação Brasileira de Ciclo de Vida – ABCV, pesquisadora do Grupo de Prevenção da Poluição – GP2 da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo.

empresa global constitui-se em um desafio de grande proporção em função das estruturas – econômica, ambiental, social e cultural – serem distintas em cada país.

Comprometida com o princípio do Desenvolvimento Sustentável, a BASF, em seu relato de sustentabilidade abrangente – que consiste no Relatório Anual/ Relatório Financeiro, no Relatório do Meio Ambiente, Saúde e Segurança e no Relatório de Responsabilidade Social – fornece informações detalhadas a respeito dos aspectos econômicos, ambientais e sociais de suas atividades.

O desenvolvimento sustentável também abrange a aprovação do mercado financeiro: as ações da BASF foram incluídas, pelo terceiro ano consecutivo, no Índice Mundial Dow Jones de Sustentabilidade (DJSI World), considerado o mais importante índice de sustentabilidade, que reconhece a excelente performance da líder mundial no setor da indústria química.

Além disso, o SAM – Grupo Suíço Sustainability Asset Management (SAM) – considerou que a BASF teve uma das melhores performances no segmento da indústria química e concedeu à empresa uma ótima avaliação nas categorias de gerenciamento de crises e de risco, política e gerenciamento de meio ambiente, administração de produto e relatório de sustentabilidade.

## **CONSELHO DE SUSTENTABILIDADE DA BASF**

A BASF é uma das primeiras empresas do mundo a instituir um Conselho de Sustentabilidade, com o objetivo de integrar idéias e atividades sustentáveis de maneira cada vez mais séria nas metas e estratégias da empresa. Este Conselho, chefiado por Eggert Voucher, também membro do Conselho de Administração, deve estabelecer ferramentas e estruturas para o desenvolvimento sustentável da organização. Ao proceder dessa forma, a BASF incorpora o princípio da sustentabilidade em suas atividades diárias e, aos poucos, vai encontrando um meio de sustentar e expandir seu sucesso econômico.

O Conselho de Sustentabilidade da BASF impulsiona atividades implementadas pelas divisões e unidades operacionais da empresa. A implantação local garante que as decisões tomadas em nível mundial estejam em linha com as circunstâncias locais em uma dependência individual da BASF, sem infringir normas válidas em âmbito mundial.

A BASF cria diversos projetos que demonstram o importante papel desempenhado pela empresa na sociedade brasileira. Com o projeto “A garrafa que virou resina”, por exemplo, a BASF desenvolveu uma tecnologia para substituir na composição da resina alquídica, uma matéria-prima de fontes não renováveis, por garrafa PET reciclada. Já o “Projeto Crescer” objetiva aumentar as oportunidades de jovens entre 14 e 18 anos de idade provenientes de famílias pobres, oferecendo treinamentos para suas carreiras futuras. Adicionalmente, o projeto melhora sua educação de forma geral por meio de seminários a respeito de assuntos relacionados à saúde ou temas sociais, bem como atividades culturais tais como visitas a teatros, apresentações e concertos. Desde que o projeto teve início, a BASF auxiliou mais de 430 jovens. Um estudo independente demonstrou o sucesso do

projeto: 76% de seus formandos estão empregados e mais de 70% percebem ganhos significativamente maiores do que o salário mínimo no Brasil.

Um ótimo exemplo de ferramenta para o Desenvolvimento Sustentável é a análise de ecoeficiência, que determina como os produtos da BASF do futuro devem ser, de acordo com critérios econômicos e ambientais. Esse método, que foi desenvolvido pelos peritos da BASF juntamente com a consultoria Roland Berger, visa avaliar o ciclo de vida de um produto, desde a extração das matérias-primas e consumo de energia durante o processo produtivo, até seu descarte após a utilização.

Com a análise de ecoeficiência pode-se chegar a resultados que permitam a fabricação dos mesmos produtos com qualidade igual ou superior aos já existentes, porém mais baratos e ainda ambientalmente mais seguros. Por meio de um método que envolve uma comparação de produtos e processos detecta-se seu índice de ecoeficiência e, em caso de insatisfação com este resultado, alternativas são buscadas.

Agora, a BASF está atualmente trabalhando no sentido de incluir critérios sociais em sua análise de ecoeficiência. Desde de meados dos anos 80, com o intuito de garantir padrões uniformes em todos os locais da BASF, as auditorias e inspeções contam com fatores sociais. Em termos concretos, a inclusão do aspecto social significa que serão feitas auditorias com o intuito de se verificar se os direitos humanos e as normas fundamentais de trabalho estão sendo respeitados. Exige, ainda, que seus fornecedores observem os padrões sociais mínimos e, se as empresas que lhes prestam serviços deixarem de proceder dessa maneira, a BASF se reserva no direito de rescindir o contrato prematuramente, se necessário.

Os critérios de sustentabilidade também desempenham um papel importante em suas decisões quanto a investimentos. Por exemplo, peritos da BASF estão atualmente desenvolvendo uma ferramenta que leva em conta estudos de viabilidade, análise de ecoeficiência e fatores sociais. A ferramenta deve ser utilizada para avaliar tanto os investimentos em fábricas e em equipamentos, como também aprovar projetos de pesquisa.

## **ANÁLISE DE ECOEFICIÊNCIA DA BASF**

A análise de ecoeficiência pode ser considerada como uma classe de técnicas da gestão ambiental que visa avaliar o desempenho ambiental de produtos, processos e serviços de forma integrada a uma avaliação econômica. Esta classe de técnicas é usada, principalmente para a comparação de produtos similares, visando a geração de subsídios para a tomada de decisão em diversos níveis.

Esta metodologia investiga o ciclo de vida de produtos e seus processos alternativos incluindo suas aplicações. Através da determinação de todos os impactos ambientais e todos os custos desde a extração das matérias e energia utilizada até disposição dos produtos finais, garantindo assim a cobertura do valor agregado de toda a cadeia, tornando possível comparar e quantificar alternativas, mostrando seus resultados em gráficos claros e altamente compreensíveis.

Desenvolvida em 1996 pela BASF Aktiengesellschaft (Ludwigshafen - Alemanha) em conjunto com a consultoria Roland Berger, esta ferramenta está continuamente sendo aperfeiçoada em parceria com institutos de pesquisas, órgãos ambientais e universidades. Para este desenvolvimento, foi adotado o conceito de ecoeficiência do *World Business Council for Sustainable Development*, que declara que “A Ecoeficiência é alcançada mediante o fornecimento de bens e serviços a preços competitivos que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida, ao tempo que reduz progressivamente o impacto ambiental e o consumo de recursos ao longo do ciclo de vida, a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada da Terra”.

A análise de ecoeficiência foi certificada pela TÜV Rheinland Berlin Brandenburg em 2002, quando a indisponibilidade de certificação internacional para metodologias de medição de ecoeficiência, fez com que a TÜV Rheinland Berlin Brandenburg desenvolvesse esta certificação como um processo independente de terceira parte. No decorrer deste desenvolvimento, metodologias utilizadas mundialmente foram coletadas, analisadas e apresentadas no fórum do Programa Atuação Responsável.

## DESCRIÇÃO DA METODOLOGIA

A metodologia BASF de análise de ecoeficiência consiste das seguintes etapas:

A – Avaliação de desempenho ambiental: Esta avaliação deve ser feita por meio da técnica da *Avaliação do Ciclo de Vida (ACV)*. Esta é uma técnica que faz a avaliação do desempenho ambiental de produtos, processos e serviços ao longo de todo o seu ciclo de vida, desde a extração dos recursos naturais, passando por todos os elos da cadeia produtiva, distribuição, uso e disposição final. A ACV é feita com base na identificação das entradas e saídas de matéria e de energia do sistema em estudo, seguida da avaliação dos impactos ambientais associados a cada uma das entradas e saídas identificadas. As fases de execução de um estudo de ACV compreendem:

### 1. Definição do escopo

- A principal definição a ser feita é a do *sistema de produto*. Segundo a norma ISO 14040, o sistema de produto engloba todas as atividades de cada uma das etapas do ciclo de vida que podem, potencialmente, provocar impactos ambientais significativos. Em outras palavras, trata-se de definir as fronteiras da cadeia de valor agregado, ou seja, quais sub-sistemas ficarão dentro dessas fronteiras e quais serão excluídos.

2. Identificação das entradas e saídas de matéria e energia pelas fronteiras do sistema de produto.

### 3. Avaliação de impactos ambientais

- Consiste na identificação dos impactos ambientais associados a cada uma das correntes de entrada e saída de matéria e energia. Em seguida é feita, para cada categoria de impactos ambientais, uma modelagem que permite sua quantificação, gerando uma impressão ecológica. Finalmente, por meio de uma ponderação entre os indicadores de cada categoria, chega-se ao indicador ambiental único. A metodologia BASF de Análise de Ecoeficiência propõe o uso das seguintes categorias de impacto: consumo de recursos materiais, consumo de energia, disposição de rejeitos (resíduos sólidos, efluentes líquidos e emissões atmosféricas), uso da terra, toxicidade e risco potencial.

**B** – Determinação dos custos totais – consiste na estimativa dos custos associados ao ciclo de vida de cada alternativa, necessários para o atendimento da necessidade do usuário.

**C** – Determinação do índice de ecoeficiência para cada uma das alternativas - associação do indicador de desempenho ambiental com o indicador econômico.

**D** – Análise de sensibilidade dos sistemas de produtos estudados e elaboração do relatório final.

O resultado da análise é apresentado na matriz da ecoeficiência Produtos ou processos com baixo custo e baixo impacto ambiental, isto é, os mais ecoeficientes estão posicionados no quadrante superior direito do gráfico. A ecoeficiência de produtos e processos pode ser vista claramente nesta matriz tornando fácil ao cliente a determinação melhor atende ao seu objetivo, conforme mostra a Figura 1.

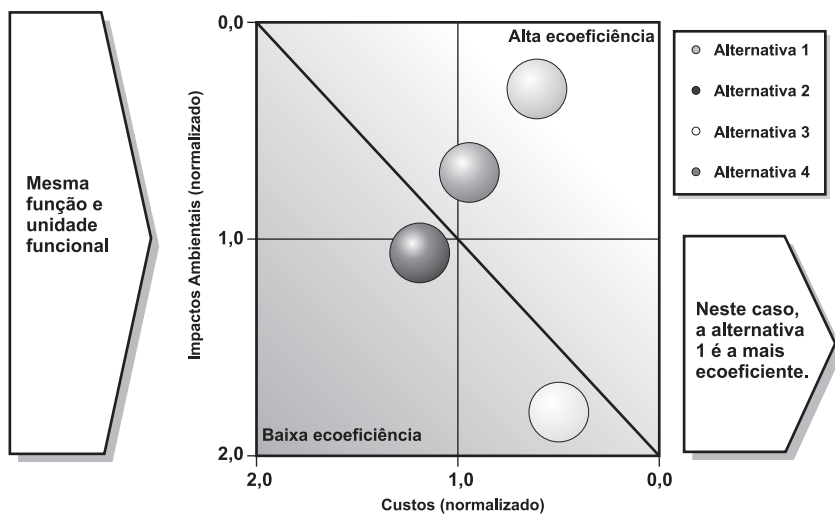


Figura 1 – Matriz de ecoeficiência: produto no quadrante superior direito é o mais ecoeficiente

A sustentabilidade envolve três fatores: econômico, ambiental e social. Baseando-se na análise de ecoeficiência, a inclusão dos aspectos sociais na metodologia está sendo realizada em colaboração com a Universidade de Karlsruhe (Alemanha).

## **ANÁLISE DE ECOEFICIÊNCIA NA AMÉRICA LATINA – FUNDAÇÃO ESPAÇO ECO**

Originalmente desenvolvida como uma ferramenta caseira, a análise de ecoeficiência foi certificada por institutos independentes. A BASF permite agora que sua bem-sucedida ferramenta esteja disponível para outras empresas, pronta para medir o progresso em direção a sustentabilidade.

A BASF, em cooperação com a GTZ (agência do governo alemão para a cooperação internacional), a adesão da UNIDO (Organização para Desenvolvimento Industrial da ONU) e com o apoio da Prefeitura de São Bernardo do Campo, SENAI e SESI, realizou em 24 de setembro de 2004 o lançamento da Pedra Fundamental da Fundação Espaço ECO. A Fundação será um centro de excelência em desenvolvimento sustentável, disponibilizando o primeiro Centro de Ecoeficiência Aplicada para a América Latina, abrigando ainda projetos de educação ambiental e reflorestamento. Até 2009, serão investidos cerca de quatro milhões de reais para a conclusão do projeto. A previsão é de que as atividades da Fundação sejam iniciadas no começo desse ano.

Em conjunto com os seus parceiros, a BASF acredita que pode construir um futuro de sucesso, desenvolvendo soluções inteligentes, sobretudo por oferecer a empresas de toda a América Latina a possibilidade de utilizar a metodologia de Análise de Ecoeficiência. Com a Fundação Espaço ECO, renova-se esse compromisso entre os parceiros e, conseqüentemente, amplia suas ações em prol do desenvolvimento sustentável na sociedade.

As análises que serão realizadas pelo Centro Regional de Ecoeficiência comparam produtos e processos a fim de avaliar qual é o mais ecoeficiente, ou seja, aquele que mais satisfaz aos requisitos econômicos, sociais e ambientais. Essa análise tem como base a metodologia de avaliação do ciclo de vida dos produtos e processos de acordo com conceitos que combinam requisitos ambientais, avanços econômicos e necessidades sociais.

A Fundação ocupará uma área verde de cerca de 290 mil m<sup>2</sup>, considerada reserva da biosfera - zonas de ecossistemas terrestres reconhecidas internacionalmente pelo Programa sobre o Homem e a Biosfera (MaB) da UNESCO. A região de Mata Atlântica do Brasil, incluindo o Cinturão Verde de São Paulo, foi considerada como reserva da biosfera em 1993, pela UNESCO. Cerca de dois terços do município de São Bernardo do Campo estão inseridos nesse cinturão, sendo, portanto, área de relevante interesse ambiental, pois faz parte de um conjunto de áreas utilizadas para estudos sobre tendências climáticas em escala global. Entre as décadas de 1950 e 1970, a região foi explorada com a extração de madeira nativa e, depois, reflorestada com eucalipto. Parte da vegetação natural está se regenerando naturalmente com a intrusão da mata nativa. Esse fe-

nômeno pode ser acelerado mediante o manejo da área em ações que envolvam a comunidade e o poder público.

O projeto da Fundação Espaço ECO prevê, além do Centro de Excelência para Ecoeficiência, o primeiro na América Latina estabelecido numa parceria público-privada, o desenvolvimento de programas de educação ambiental – incluindo cursos técnicos - e uma área de desenvolvimento de projetos e estudos de reflorestamento e manejo de mudas.





**TESES**

---

**INDEPENDENT PAPERS**



# **LA CRECIENTE IMPORTANCIA DEL PAISAJE EN EL ÁMBITO EUROPEO: SU RECONOCIMIENTO COMO INTERÉS COLECTIVO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROMOCIÓN DE SU TUTELA POR EL CONVENIO EUROPEO DEL PAISAJE**

**ANTONIO FABEIRO MOSQUERA**

Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

*“Ecología es poder volver a visitar los paisajes de nuestra niñez”.*  
R. MARTÍN MATEO

## **1. INTRODUCCIÓN. EL PAISAJE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA AMBIENTAL Y LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA SU PROTECCIÓN**

El paisaje constituye un elemento cada vez más importante de la protección ambiental, en cuanto elemento indisoluble de la calidad de vida humana. El paisaje conforma el espacio humano y es, a su vez, el resultado de las actividades humanas y de su historia, expresando el valor estético ligado al medio ambiente. Pero además, el paisaje no constituye sólo un patrimonio cultural y ecológico, sino que presenta también un indudable valor económico, en cuanto influye en el coste del suelo y es un presupuesto básico para una actividad turística sostenible, generadora de empleo y riqueza para las localidades que han sabido preservar un entorno valioso.

No es de extrañar, por lo expuesto, que el paisaje se haya convertido en un bien objeto de protección jurídica.

En el plano internacional, la Convención de la UNESCO de 1972 sobre el Patrimonio Mundial cultural y natural consagró ya el paisaje como un elemento esencial del patrimonio mundial<sup>1</sup>. La Convención afirma así en su Preámbulo que “el patrimonio cultural y el patrimonio natural están cada vez más amenazados de destrucción, no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles”, y que “el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo”.

---

<sup>1</sup> Vid., LAVIEILLE J- M., Les paysages et la Convention du Patrimoine mondial, en “Revue européenne de droit de l’environnement, núm. 3 de 2003, pp. 265 y ss.

La Convención de la UNESCO tiene por objeto, a nivel internacional, reforzar la protección de aquellos parajes naturales o culturales que se considera que presentan un “interés excepcional que exige que se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera” (Preámbulo), de acuerdo con los criterios establecidos en sus artículos 1 y 2. Incumbe primordialmente a los propios Estados la función de “identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio” que reúna los caracteres para considerarse como de valor universal (art. 4), aunque en su protección ha de cooperar la Comunidad internacional a través de los mecanismos que crea la propia Convención.

Se instituye así en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), un Comité intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional, el denominado “el Comité del Patrimonio Mundial”, encargado de establecer, actualizar y publicar, a base de los inventarios presentados por los Estados, la “lista del patrimonio mundial”, que incluye los bienes que se consideran del patrimonio cultural y de patrimonio natural de la humanidad, así como la denominada “Lista del patrimonio mundial en peligro”, que comprende aquellos bienes de la lista anterior cuya protección exija grandes trabajos de conservación y para cuya conservación los Estados hayan recabado la ayuda internacional. El Comité decide sobre las peticiones de los Estados dirigidas a la protección, la conservación o la rehabilitación de los bienes que se incluyen en ambas listas, y para sufragar los gastos de estas operaciones se crea un Fondo para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural Mundial de Valor Universal Excepcional, denominado “el Fondo del Patrimonio Mundial”, integrado por los recursos que enumera la propia Convención, como son, entre otros: las contribuciones obligatorias y las contribuciones voluntarias de los Estados Partes o las aportaciones, legados o donaciones que puedan hacer otros Estados, la UNESCO u otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, u otros organismos públicos o privados.

La Convención de la UNESCO ejerce una función fundamental en la preservación de aquellos espacios, naturales o culturales, a los que se reconoce un valor excepcional para la humanidad. Hay que señalar, en este sentido, que en diciembre de 2000, en la 24a sesión del Comité, había 630 bienes inscritos en la “lista del patrimonio mundial”: 529 bienes culturales, 138 bienes naturales, y 23 bienes mixtos (a la vez culturales y naturales).

Pero además de este instrumento de protección de los paisajes de valor extraordinario para la humanidad, existen otros muchos Tratados internacionales que, directa o indirectamente, se refieren al paisaje desde una perspectiva de protección sectorial, pudiendo destacarse, entre otros, los siguientes: el Tratado de Ramsar (de 2 de febrero de 1971) relativo a las zonas húmedas de importancia internacional, que desempeña un papel importante en la protección de los paisajes naturales; el Tratado de Washington (de 3 de marzo de 1973), relativa al comercio internacional de las especies de flora y fauna en vías de extinción (el denominado “Convenio CITES”, que tiene por objetivo contribuir a la protección de dos elementos del paisaje natural, como son la flora y la fauna.

A nivel regional, pueden destacarse, entre otros muchos, el Tratado de Washington (de 12 de octubre de 1940), que afirma en su Preámbulo que tiene por objetivo “proteger o conservar los paisajes de una belleza especial” –el título de este instrumento es, de hecho, el de “Tratado para la protección de la flora, la fauna y las bellezas panorámicas naturales de los países de América”-; el Tratado de Apia (Samoa), de 12 de junio de 1976, que dispone que las zonas protegidas (parques nacionales, reservas nacionales, monumentos nacionales, reservas de regiones vírgenes) pueden declararse para la protección “de paisajes destacables o de objetos o sistemas que presenten un interés estético o un valor histórico, cultural o científico”; el Tratado de Espoo (de 27 de febrero de 1991) sobre la evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en el que se precisa que el término “impacto” designa cualquier efecto de una actividad dada sobre el medio ambiente, en especial sobre “(...) el paisaje y los monumentos históricos y otras construcciones (...)”; o el Convenio de Lugano, de 21 de junio de 1993, sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en el que se afirma que el medio ambiente comprende, entre otros elementos, “(...) los aspectos característicos del paisaje”.

El Convenio Europeo del Paisaje ha venido a sumarse a estos instrumentos internacionales de ámbito regional, destacando el hecho de que con este Tratado no se trata de proteger el paisaje por su valor excepcional, como lo hace la Convención de la UNESCO, ni tampoco de incidir en su tutela parcial o indirectamente, sino que su objetivo es promover con carácter general la protección, gestión y ordenación del paisaje en los Estados miembros, conservando los aspectos significativos o característicos del mismo e implantando medidas para la mejora de la calidad paisajística del territorio. El Convenio Europeo del Paisaje fue firmado en Florencia el 20 de octubre de 2000 y entró en vigor, una vez que fue ratificada por diez Estados signatarios tal como lo exige su texto, el 1 de marzo de 2004.

## **2. EL RECONOCIMIENTO DE UN INTERÉS COLECTIVO A LA PRESERVACIÓN DEL PAISAJE POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LAS SENTENCIAS DE LOS CASOS BUCKLEY CONTRA REINO UNIDO, COSTER CONTRA EL REINO UNIDO Y OTRAS**

La conciencia social europea sobre la necesidad de preservar los valores del paisaje, en cuanto elemento indisociable de la calidad de vida, se acentúa a medida que muchos de los entornos naturales o culturales de especial riqueza estética o cultural se pierden como consecuencia de un desarrollismo urbanístico insostenible. De modo muy expresivo, en relación con la degradación del paisaje natural, ilustra esta situación L. FERNÁNDEZ GALIANO: “A medida que se desdibujan los límites entre la ciudad y el campo, desflecando las tramas del tejido urbano y contaminando con construcciones azarosas los espacios abiertos del ámbito rural, el paisaje se transforma en una amalgama incierta y hereróclita gobernada por

las leyes cambiantes del beneficio y la oportunidad, y este naufragio consentido alimenta el fervor por lo que desaparece”<sup>2</sup>.

La sociedad reacciona ante esta pérdida de calidad de su entorno, y hoy ya no se considera que el paisaje que nos circunda es un elemento que nos viene dado como obra exclusiva de las elites políticas o de los expertos y cuya transformación o degradación debemos “soportar” pasivamente<sup>3</sup>.

El Preámbulo del Convenio Europeo del Paisaje reconoce, en este sentido, “que el paisaje es un elemento clave del bienestar individual y social y de que su protección, gestión y ordenación implican derechos y responsabilidades para todos”. De esta forma, el paisaje se configura como un interés jurídico colectivo, integrado en el más amplio del medio ambiente, que conlleva determinados deberes de protección por parte de los poderes públicos y puede suponer, también, la limitación de otros derechos o intereses particulares. Esta configuración se abre paso en la jurisprudencia más reciente sentada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que otorga su protección a este nuevo derecho utilizando para ello las vías tradicionales, sometidas a una actualización interpretativa, que le ofrece la Convención de Roma.

Cabe destacar así, como precedente, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de marzo de 1985, en el caso Muriel Eric contra el Reino Unido. En esta decisión, la Comisión afirmó, en relación con la protección del paisaje de la zona de Jersey que entraba en conflicto con el derecho de propiedad, que las zonas de interés paisajístico pueden ser preservadas mediante los instrumentos de ordenación del territorio para el doble beneficio de los residentes y de los visitantes sin que ello suponga vulnerar ni el derecho a la propiedad ni el derecho al domicilio y a la vida privada.

Esta tendencia se ha visto confirmada por el Tribunal de Estrasburgo en la Sentencia de 25 de septiembre, caso Buckley contra el Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996, y con posterioridad en un grupo de cinco Sentencias dictadas por la Gran Sala del Tribunal (casos Coster, Beard, Chapman, Lee y Jane Smith, todos ellos contra el Reino Unido), relación a un supuesto de hecho coincidente: la instalación, por parte de familias gitanas de sus caravanas en zonas rurales del Reino Unido, sin haber obtenido la preceptiva licencia y contraviniendo la legalidad urbanística. En todos estos casos se discute, fundamentalmente, el derecho de las familias gitanas al respeto a su vida privada y familiar y al domicilio, reconocidos por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente al interés general a la protección del medio ambiente, por medio de la preservación del paisaje rural frente al desarrollo urbanístico, garantizado por las leyes de ordenación del territorio.

En estos supuestos, el Tribunal ha asumido el criterio de ponderación de intereses realizado por las autoridades locales, de conformidad con lo dispues-

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ GALIANO L., La Ley de la tierra, artículo publicado en el periódico español “El País”, de 12 de mayo de 2001.

<sup>3</sup> Así lo señala M. PRIEU en La Convention Européenne du Paysaje, en “Revue Européenne de Droit de l’environnement”, núm.3 de 2003, pp. 258 y ss.

to en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que tras reconocer en su primer párrafo que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, dispone en el segundo párrafo que “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o al protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Este precepto está jugando un papel fundamental en la protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no se reconoce expresamente la necesidad de proteger el medio ambiente, lo que se explica porque aún no estaba arraigada la sensibilidad internacional sobre la necesidad de proteger el medio ambiente, que hoy se ve gravemente amenazado por el potencial destructivo de la civilización moderna. En los últimos años, sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo que garantiza su aplicación, que constituyen un sistema con vocación de adaptación a la evolución de los problemas sociales, han dado entrada en su ámbito de protección al derecho a un medio ambiente adecuado, por la vía mediata de entender que, aunque no se halla directamente reconocido por sus preceptos, en la medida en que un ataque al medio ambiente lesiona o limita gravemente el disfrute de determinados derechos sí reconocidos, en especial el derecho al disfrute del derecho a la vida privada y familiar y al disfrute del domicilio del art. 8 del Convenio, los órganos garantes del Convenio podrán entender de las agresiones ambientales determinantes de su lesión. Así lo declaró en la Sentencia del Caso López Ostra contra España (de 9 de diciembre de 1994) y lo ha corroborado en otros muchos pronunciamientos posteriores, en los que ha realizado un análisis del balance o “justo equilibrio” llevado a cabo por las autoridades nacionales entre los intereses correspondientes a los individuos y los de la comunidad en su conjunto, reconociendo que el Estado goza de un cierto margen de apreciación y analizando si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, se ha excedido o no del mismo (casos Guerra y otros c. Italia -1998-, Hatton y otros c. Reino Unido I y II -2001 y 2003, respectivamente-, y en Moreno Gómez c. España -2004-)<sup>4</sup>.

Resulta interesante destacar que si en todos estos casos lo que estaba en juego era la protección de la vida privada y familiar y del disfrute del domicilio frente a las agresiones procedentes de los daños ambientales derivados de las actuaciones de los poderes públicos que, cuando se han estimado carentes de justificación suficiente, han debido ceder ante la preservación de los derechos particulares, en los casos que ahora nos ocupan se parte del supuesto contrario, pues la protección del medio ambiente en su vertiente de preservación del paisaje es la que se valora

<sup>4</sup> Vid, por todos, LOZANO CUTANDA B., La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro Tribunal Constitucional, en “Civitas- Revista Española de Derecho Administrativo”, núm.2, enero- marzo 2002.



como posible causa de justificación de las limitaciones a los derechos particulares reconocidos en el artículo 8. Esta doble perspectiva no es más que un reflejo del doble componente objetivo- subjetivo de la defensa jurídica del medio ambiente, pues si por un lado a los poderes públicos se encomienda la defensa de la calidad de vida ambiental e, in extremis, de la supervivencia de la colectividad, para lo cual podrán adoptar intervenciones limitadoras de los derechos particulares, por otro, las agresiones al entorno –contaminación atmosférica, ruidos y vibraciones, olores...)- pueden ocasionar perjuicios concretos e individuales a determinadas personas, que podrán instar los mecanismos de tutela que el ordenamiento jurídico otorgue en cada caso para el restablecimiento y disfrute, como dice la Constitución española, de “un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”.

Para entender bien de qué forma la protección por los poderes públicos del paisaje, como elemento integrante del medio ambiente, ha justificado las intervenciones limitadoras de los poderes públicos sobre los derechos individuales a la propiedad y al disfrute del domicilio, vamos a exponer brevemente los hechos y los fundamentos de derecho adoptados por el Tribunal de Estrasburgo en una de las Sentencia citadas: la Sentencia de 18 de enero de 2001, caso Coster contra el Reino Unido<sup>5</sup>.

Los señores Coster, gitanos de nacimiento, habían llevado un modo de vida itinerante en caravanas de acuerdo con la cultura y tradición gitanas. Al contraer matrimonio, deciden adquirir un terreno en Hadcorn (Kent) para establecer en él su caravana. Una vez instalada su vivienda móvil solicitan la licencia, pero ésta es denegada y se les requiere para que cesen en el uso del terreno y, al no cumplir el requerimiento, son multados.

Para decidir sobre la denegación de licencia, el Inspector urbanístico se apoya en la normativa británica de ordenación territorial, que tiende a garantizar que los asentamientos de gitanos no afeen el paisaje (Caravan Sites and Control Development Act, 1960), y argumenta que, si bien es consciente de que el llevar una vida sedentaria produce a los gitanos toda una serie de problemas de adaptación, pues no es su modo natural de vida, por otro lado considera que el establecimiento de la caravana en el lugar elegido por la familia Coster constituía “una intrusión real en el paisaje rural que le rodeaba, capaz de estropear seriamente el carácter y la apariencia de dicho lugar, lo que era contrario a los objetivos de los planes de ordenación locales” (apartado 18 de la Sentencia).

La ponderación de estos intereses en conflicto, esto es, el interés de la familia gitana de asentarse con su caravana en el medio rural para desarrollar plenamente el modo de vida característico de la minoría gitana y el interés general a la protección del paisaje, conduce a las autoridades locales a concluir que la calidad del paisaje debe prevalecer en este caso sobre el interés particular de la familia Coster

<sup>5</sup> Vid. el completo análisis de esta Sentencia que realiza O. BOUAZA ARIÑO en Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Revista de Administración Pública”, núm. 160, enero- abril, 2003, pp. 167 y ss.

(apartado 8). La argumentación del Inspector urbanístico hace especial hincapié en la gravedad del deterioro del paisaje que produciría, en contra de lo previsto por la normativa de ordenación territorial, la autorización de las caravanas:

*“Para la gente que pasa por allí la vivienda móvil es especialmente visible porque se encuentra en un lugar en esquina que da a dos calles, a lo largo de un buen trecho. Dada la calidad del paisaje rural, considero que este emplazamiento perjudica gravemente el carácter de los alrededores. Al encontrarse este terreno entre dos emplazamientos autónomos, se escalona con ellos a lo largo de Lenham Road de manera que forman un principio de desarrollo de tipo suburbano, lo que es contrario a las políticas tendentes a proteger el paisaje y a limitar el desarrollo residencial esencialmente a las ciudades y a los pueblos” (apartados 20 de la Sentencia y 16 del informe del Inspector urbanístico).*

Frente a esta decisión, los demandantes alegaban que la denegación de licencia para la instalación legal de su caravana en un terreno de su propiedad, así como las medidas de ejecución adoptadas por la ocupación de su terreno, habían producido una violación del respeto a su vida privada y familiar de su domicilio, y que esta injerencia les impedía llevar un modo de vida de acuerdo con la tradición gitana.

El Tribunal de Estrasburgo reconoce que, efectivamente, “la vida en caravana forma parte integrante de la identidad gitana de los demandantes ya que se inscribe en la larga tradición itinerante seguida por esta minoría”, por lo que reconoce que las medidas de ordenación a las que se ha sometido a la familia Coster han incidido, en algún modo, en los derechos correspondientes a su esfera privada y familiar. Sin embargo, tal injerencia debe ponderarse de conformidad con lo establecido en el art. 8 del Convenio, para valorar si tal injerencia aparecía justificada de conformidad con lo establecido en el segundo apartado del mismo. Esto es, procede a comprobar si las medidas adoptadas estaban “previstas por la ley”, atendían a un “fin legítimo” y eran “necesarias en una sociedad democrática”. A la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, el Tribunal concluye que no ha habido violación del artículo 8 porque las decisiones de la autoridades locales “se apoyaron en motivos pertinentes y suficientes a efectos del artículo 8 para justificar las injerencias en los derechos reconocidos a los demandantes” (apartado 127 de la Sentencia). Considera así el Tribunal que, atendiendo a los informes de los Inspectores y constada la situación personal de los demandantes, debía prevalecer el interés paisajístico y rural de la zona donde estaba instalada la caravana. Se considera por tanto el medio ambiente, en su faceta de protección del paisaje, como un elemento de suficiente consistencia a efectos del artículo 8 para justificar las limitaciones de los derechos de los demandantes, atendiendo siempre al principio de proporcionalidad, tal y como se pone claramente de manifiesto en el apartado 128 de la Sentencia:

“(…) teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las consecuencias de estas decisiones no podrían considerarse como desproporcionadas al fin legítimo perseguido”.

Debemos concluir, por tanto, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal encargado de su aplicación, han reconocido la protección del paisaje, como vertiente de la protección ambiental, como interés o bien colectivo que puede actuar como una posible causa de justificación de las limitaciones a los derechos particulares reconocidos por el Convenio de Roma, en especial a los enunciados en el art. 8.

### **3. EL CONVENIO EUROPEO DEL PAISAJE COMO INSTRUMENTO PARA POTENCIAR LA PROTECCIÓN, GESTIÓN Y ORDENACIÓN INTEGRAL DEL MISMO**

Siguiendo esta línea de progresiva concienciación y reconocimiento de los valores paisajísticos como un componente fundamental del patrimonio natural y cultural que es necesario proteger en aras de la conservación del medio ambiente, el Convenio Europeo del Paisaje, de 20 de octubre de 2000, ha venido a promover, en todos los Estados partes, la implantación de una política integral de protección del paisaje, que no se limite, como hasta ahora, a la conservación de parajes considerados de especial valor o a la tutela indirecta otorgada por otros instrumentos ambientales (Evaluación de Impacto Ambiental, Autorizaciones ambientales etc.), sino que proceda a establecer los instrumentos y los medios necesarios acometer de forma directa e integrada una política de “protección, gestión y ordenación de los paisajes”. Esto explica el que el Convenio no limite su aplicación a determinados tipos de paisajes que se considera necesario preservar, como es usual en los instrumentos de protección de la naturaleza o del patrimonio histórico-artístico, sino que, como dice el artículo 2, su ámbito de aplicación se extiende “a todo el territorio de las Partes y abarcará las áreas naturales, rurales, urbanas y periurbanas. Comprenderá asimismo las zonas terrestres, marítima y las aguas interiores. Se refiere tanto a los paisajes que puedan considerarse excepcionales como a los paisajes cotidianos o degradados”.

Junto a este objetivo primario de protección y gestión integral del paisaje, el Convenio afirma también el de “organizar la cooperación europea en este campo” que hasta ahora ha sido muy escasa y poco eficiente.

Para llevar a cabo el objetivo fundamental de “promover la protección, gestión y ordenación de los paisajes” (art.3), se enumeran en el artículo 6 diversos medios de intervención, como son: la promoción de la sensibilización ambiental de la sociedad y las autoridades públicas, de la formación de especialistas en la valoración e intervención en los paisajes, y de la educación de los valores con ellos relacionados; la identificación de los paisajes y el análisis de sus características y sus transformaciones, con la participación del público, las autoridades locales y regionales y otras partes interesadas; la calificación de los paisajes así definidos, teniendo en cuenta los valores que les atribuyen las Partes y la población interesada; y la definición de objetivos de calidad paisajística para los paisajes identificados y calificados, previa consulta pública.

Se añade, por último, que “Para aplicar las políticas en materia de paisajes, cada Parte se compromete a establecer instrumentos de intervención destinados

a la protección, gestión y/u ordenación del paisaje”. La indefinición de estos instrumentos desvirtúa el contenido de este precepto, por lo que hay que lamentar, como señala M. PRIEUR<sup>6</sup>, que, en el proceso de negociación del Convenio del Paisaje, se eliminara un Anexo que figuraba en su ante-proyecto, en el que se ofrecían ejemplos concretos de instrumentos jurídicos y financieros utilizables para la consecución de estos fines a la luz de las experiencias nacionales más exitosas, mencionándose así, entre otros, el estudio de los efectos sobre el paisaje en la Declaración de Impacto Ambiental, la elaboración de planes paisajísticos regionales o locales, las órdenes dirigidas a los propietarios para que respeten los objetivos de calidad paisajística, la intervención de urgencia de las autoridades públicas para preservar los paisajes amenazados etc.

Entre los instrumentos de la política paisajística que introduce el Convenio hay que destacar el sistema innovador que supone la identificación y calificación de los paisajes en todo el territorio (con la salvedad de que los Estados partes, conforme a lo establecido en el art. 15 del Convenio, pueden en el momento de su ratificación, especificar el territorio o territorios a los que se limitará la aplicación del mismo), y la posterior definición de los objetivos de calidad paisajística para cada uno de los paisajes identificados y calificados. Se trata de la elaboración de una especie de “mapas de paisajes”, en los que se identifiquen y se califiquen los distintos tipos de paisajes existentes en el territorio del Estado, haciéndose constar sus características, las fuerzas y presiones que los transforman y los valores particulares que se les atribuyen, para así poder definir en relación a cada uno de ellos unos “objetivos de calidad paisajística”, entendiendo por tales las características paisajísticas que se le quieren dar (art. 1.c). Para que estos objetivos de calidad paisajística se puedan lograr, resulta indispensable que se integren en los distintos instrumentos de ordenación territorial y urbanística y en el resto de las políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje (art. 5.d), y que sean respetados por las actividades privadas y públicas. Debemos observar que esta integración que postula el art. 15 del Convenio ya se produce de forma efectiva en algún país, como es el caso del Reino Unido, en el que, como hemos expuesto en el epígrafe anterior, la ordenación del territorio tiende a garantizar la preservación del paisaje rural, impidiendo, entre otras cosas, los asentamientos de caravanas que puedan afearlo.

Podrán además formularse y aprobarse acciones específicas de “ordenación paisajística”, entendiendo por tales “las acciones que presenten un carácter prospectivo particularmente acentuado con vistas a mejorar, restaurar o crear paisajes” (art. 1.f).

La Convención demuestra una gran preocupación por “democratizar” el ejercicio del poder en materia de la protección del paisaje, a la luz de los principios establecidos por el Convenio de Aarhus de 1998 (Convenio de la Comisión económica de las Naciones Unidas para Europa sobre “El acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y e acceso a la justicia

<sup>6</sup>Ob.cit., pg. 260.

en asuntos ambientales”), por lo que remite con frecuencia a la información y a la participación de los interesados en los procedimientos que contempla.

El segundo gran objetivo que persigue el Convenio Europeo del Paisaje es, como hemos señalado, la organización por parte del Convenio de una cooperación europea en la materia en la que se prevé la asistencia mutua y el intercambio de informaciones y de experiencias que resultan esenciales en un sector tan novedoso de actuación pública. Se prevé asimismo el intercambio de especialistas en materia de paisajes, en particular con fines de formación e información. De esta forma se permite que los Estados aprovechen las experiencias exitosas de otros en vistas de una mayor eficacia de su particular política paisajística.

Como forma de cooperación singular se prevé la relativa a los “Paisajes transfronterizos” (art. 9), para los cuales se contemplan la elaboración y realización, en caso necesario, de programas comunes relativos a estos paisajes.

Como instrumento de incentivo y de difusión de experiencias especialmente exitosas, el Convenio instituye el “Premio del Paisaje del Consejo de Europa”, configurado como “una distinción que puede otorgarse a la autoridades locales y regionales y a sus agrupaciones que, como parte de la política paisajística de una Parte en el presente Convenio, hayan adoptado una política o medida para proteger, gestionar y/u ordenar su paisaje que hayan resultado de una eficacia duradera y puedan servir de ejemplo a otras autoridades territoriales de Europa”, pudiéndose otorgar asimismo a ONG que hayan realizado aportaciones especialmente notables a la protección, gestión u ordenación del paisaje (art.11),

Debe señalarse, por último, que el Convenio prevé un mecanismo de seguimiento de su aplicación, lo que resulta importante, pues es bien sabido que el éxito de los Tratados internacionales para la protección ambiental depende de la creación y funcionamiento de una secretaría o comité activo. Esta función se encomienda en el Convenio que nos ocupa a los comités de expertos permanentes ya existentes en virtud del art. 17 del Estatuto del Consejo de Europa y al Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el ante- proyecto de Convención se preveía la creación de un comité especializado para la Convención del Paisaje, y aunque esta propuesta no prosperó es previsible y deseable que los comités de expertos decidirán la creación de un sub- comité ad hoc para vigilar e informar sobre los progresos en la aplicación del Convenio Europeo del Paisaje.

Sólo queda esperar que todos los Estados firmantes del Convenio, a medida que vayan ratificándolo, adopten medidas eficaces para el cumplimiento de los objetivos de este primer Convenio regional para la protección del medio ambiente del siglo XXI, de tal forma que, como decía M. MATEO en el prefacio de ese análisis, todos nosotros, y nuestros descendientes, podamos siempre volver a visitar los paisajes de nuestra niñez tal y como los recordábamos.

## 4. CONCLUSIONES

4.1 El paisaje constituye un elemento cada vez más importante de la protección ambiental, en cuanto factor indisociable de la calidad de vida humana, que inte-

gra su patrimonio cultural y ecológico y presenta también un valor económico indudable, dado que influye en el coste del suelo y condiciona el ejercicio de una actividad turística sostenible.

**4.2** En el ámbito internacional son ya muchos los instrumentos dirigidos, directa o indirectamente, a la protección del paisaje. La Convención de la UNESCO de 1972 sobre el Patrimonio Mundial cultural y natural consagró ya el paisaje como un elemento esencial del patrimonio de la humanidad y ejerce un papel fundamental en la preservación de aquellos espacios, naturales o culturales, a los que se reconoce un valor excepcional para la humanidad.

**4.3** Existen asimismo numerosos Tratados internacionales o regionales que coadyuvan a la protección del paisaje o de los elementos integrantes del mismo. A ellos ha venido a añadirse, como primer instrumento regional de protección ambiental adoptado en Europa, el Convenio Europeo del Paisaje, que entró en vigor el 1 de marzo de 2004.

**4.4** Como consecuencia de la cada vez mayor conciencia social europea sobre la necesidad de preservar los valores del paisaje, que se acentúa a medida que muchos de los entornos naturales o culturales de especial riqueza sucumben a un desarrollismo controlado, el paisaje se considera, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como un interés jurídico colectivo que conlleva determinados deberes de protección por parte de los poderes públicos y que puede suponer también la limitación de otros derechos o intereses particulares.

**4.5** Esta concepción se manifiesta en la Sentencia del *caso Buckley contra el Reino Unido* de 25 de septiembre de 1996 y en cinco Sentencias posteriores en relación a un supuesto de hecho coincidente, el TEDH ha considerado, mediante una ponderación de los intereses en conflicto de acuerdo con las circunstancias concurrentes, que la protección del paisaje constituye un elemento de justificación suficiente para limitar los derechos de los demandantes a la instalación de caravanas en un entorno rural, carente de autorización por aplicación de la normativa británica de ordenación del territorio que limita estos asentamientos cuando afeen el paisaje.

**4.6** Siguiendo esta línea de progresiva relevancia de los valores paisajísticos en Europa, el Convenio Europeo del Paisaje de 20 de octubre de 2000 promueve en todos los Estados partes la implantación de una política integral dirigida a la “protección, gestión y ordenación de los paisajes”.

**4.7** Para lograr este objetivo, el Convenio Europeo del Paisaje enumera diversos medios de intervención, entre los que destaca el sistema de identificación y calificación de los paisajes en todo el territorio en una especie de “mapas de paisajes”, y la posterior definición de los objetivos de calidad paisajística que se quieren conservar o lograr en cada uno de los mismos

**4.8** Para el logro de los objetivos de calidad paisajística resulta necesario, como postula el Convenio, que se integren en los distintos instrumentos de ordenación territorial y en el resto de las políticas que puedan tener impacto directo o indirecto sobre el paisaje, sin perjuicio de que puedan aprobarse además acciones específicas de “ordenación paisajística” que presenten un carácter particularmente acentuado con vistas a mejorar, restaurar o crear paisajes.

**4.9** Junto a este objetivo de promover la protección y gestión integral del paisaje, el Convenio Europeo persigue también el de “organizar la cooperación europea en este campo”, que hasta ahora ha sido muy escasa y poco eficiente. Para ello, se prevé la asistencia mutua y el intercambio de informaciones, de experiencias y de especialistas, lo que resulta especialmente importante en un sector tan novedoso de actuación pública.

**4.10** Con este mismo fin de que los Estados conozcan las experiencias exitosas de otros y las incorporen, y con un objetivo incentivador de las políticas de protección del paisaje, el Convenio Europeo instituye el “Premio del Paisaje del Consejo de Europa”, para las experiencias o aportaciones, públicas o privadas, especialmente notables o exitosas.

**4.11** El Convenio Europeo del Paisaje puede contribuir a la preservación y restauración de los paisajes en Europa y servir de modelo a otros Tratados regionales, a condición de que los Estados que lo ratifiquen participen activamente en la consecución de sus objetivos y en la implantación de las medidas propuestas.

## BIBLIOGRAFIA

ALENZA J- F., “La calidad de los paisajes naturales y rurales y su protección jurídica”, en D. BLANQUER (Dir.), *La calidad integral del turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 435 y ss.

BOUAZA ARIÑO O.:

- *Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 160, enero- abril, 2003, pp. 167 y ss.
- *El impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de planificación y domicilio en el Derecho inglés*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 164, mayo- agosto 2004, pp. 407 y ss.

FERNÁNDEZ GALIANO L., *La Ley de la tierra*, artículo publicado en el periódico español “El País”, de 12 de mayo de 2001.

HERRERO DE LA FUENTE A., *El Convenio europeo sobre el paisaje*, en “Anuario de derecho internacional, núm. XVI, 2000, pp. 393 y ss.

LAVIEILLE J- M., *Les paysages et la Convention du Patrimoine mundial*, en “Revue européenne de droit de l’environnement”, núm. 3 de 2003, pp. 265 y ss.

MARGUÉNAUD, *La protection du paysage rural contre les caravanes des gens du voyage*, comentario a la Sentencia del TEDH de 25 de septiembre de 1996, caso Buckley contra Reino Unido, en “Revue Européenne de Droit de l’Environnement”, núm. 1 de 1997, pp. 83 y ss.

MARTÍN- RETORTILLO BAQUER L., *Problemas jurídicos de la tutela del paisaje*, en “Revista de Administración Pública”, núm. 71, 1973, pp. 423 y ss.

LOZANO CUTANDA B.:

- *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 5a edición, 2005.
- *La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro Tribunal Constitucional*, en “Civitas- Revista Española de Derecho Administrativo”, núm.2, enero- marzo 2002.

MARTÍN MATEO R.: “La tutela del paisaje en la legislación del suelo”, trabajo publicado en la obra colectiva *Ordenación y gestión del territorio turístico*, David BLANQUER (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 483 y ss.

PRIEUR M., *La Convention Européenne du Paysaje*, en “Revue Européenne de Droit de l’environnement”, núm.3 de 2003, pp. 258 y ss.

VVAA, *Paisaje y medio ambiente*, Universidad de Valladolid, 1998.





# LOS RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN Y DEMOLICIÓN EN EL PAISAJE URBANO ESPAÑOL

*FRANCISCO J. ARENAS CABELLO*

Doctor en Derecho y Arquitecto Técnico – Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico que un país como España, cuya economía depende fundamentalmente de dos actividades tan productivas como el turismo y la industria de la construcción, presente notables deficiencias en materia de reciclaje de residuos de la construcción y demolición<sup>1</sup> (en adelante, RCD). Lo cierto es que no es necesario indagar demasiado en el mapa geográfico español para encontrarnos, próximos a las ciudades, con vertederos colmatados de escombros procedentes de los RCD, ni tampoco resulta difícil localizarlos en el litoral español.

España se ha caracterizado en los últimos 20 años en practicar un desarrollo inmobiliario sin precedentes, tanto en el litoral como en el interior, pero sin orden ni concierto. Ciertamente, la adopción de medidas tendentes a recuperar los espacios destinados a vertederos mediante el reciclaje de los residuos supone un alto coste tanto económico como cultural, sin embargo no debemos olvidar que las plusvalías generadas en el desarrollo urbanístico y los beneficios obtenidos en el proceso edificatorio, son más que suficientes para paliar el impacto que producen los RCD en el ya deteriorado paisaje urbano español.

Esta ponencia pretende poner de manifiesto las serias dudas que plantea el tratamiento de los RCD en España. Para ello iniciamos este trabajo con una exposición del empleo de los materiales de construcción, señalando que nuestro país hace uso de las nuevas tecnologías para el desarrollo de nuevos materiales, sin embargo huye de ellas para su ciclo final, coincidente con la fase de residuo; a continuación se analiza el impacto que producen los RCD en el paisaje; el siguiente apartado estudia la tipología de RCD, en la mayoría inertes; otro apartado está dedicado al régimen jurídico de los RCD; y, finalmente, la gestión de los RCD cierra esta ponencia, sin olvidar las conclusiones articuladas.

---

<sup>1</sup> Escasa o nula es la Bibliografía Jurídica en España relacionada con esta materia. La mínima bibliografía existente se ciñe genericamente a los residuos urbanos; la restante, viene vinculada a las Ciencias Experimentales y Enseñanzas Técnicas.

## 2. EL EMPLEO DE LOS MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el uso o empleo de los materiales de construcción ha ido evolucionado históricamente. Así, a lo largo de los siglos se han utilizado materiales para su empleo en la construcción extraídos directamente de la naturaleza (piedra, tierras, madera, textiles...) o con transformaciones relativamente sencillas que no alteraban básicamente su naturaleza (cales, argamasas, metales...). La durabilidad de unos (piedra, maderas, metales...) y la fragilidad de otros (adobes, textiles, ciertas maderas, cerámicas...), permitían la reutilización y el reciclaje, casi natural, de los materiales de construcción. En este largo período, el ciclo de vida de los materiales se aproximaba al modelo de producción de la *biosfera*, basado en el reciclaje continuo de los materiales.

Sin embargo, a partir de la revolución industrial, el modelo tradicional se altera profundamente, del modelo de la biosfera se pasa repentinamente al prototipo de producción de la *tecnosfera*. El desarrollo tecnológico y las nuevas fuentes de energía van a permitir mayores y más distantes explotaciones de recursos naturales que, progresivamente, serán objeto de transformaciones físico-químicas cada vez más complejas, hasta la actual oferta y masivo empleo de materiales sintéticos en todas las construcciones. La reutilización y el reciclaje de los nuevos materiales, ahora, también es posible; sin embargo requiere, al igual que lo experimentado en la fabricación de materiales y en el propio proceso productivo, el desarrollo de las correspondientes tecnologías que permitan el aprovechamiento de los RCD.

Este proceso evolutivo de la reutilización y el reciclaje de los residuos, consolidado en el modelo de la tecnosfera, sin embargo, no es secundado en España. De hecho, es tradición en nuestro país que los RCD generados, tanto en procesos de construcción como en demoliciones o restos de fabricación, concluyan su ciclo de vida depositados en los vertederos próximos a los núcleos urbanos. España -que produce cerca de 40 millones de toneladas de RCD al año, con 1 tn/habitante/año, ocupando el primer lugar comunitario per cápita- representa uno de los países de la Unión Europea (UE, en adelante) que menos recursos dedica a la reutilización o reciclado de RCD (menos de un 5%), lo que significa que más de un 95% ponen fin a su ciclo de vida en forma de vertido o incinerados.

Este desolador panorama sitúa a España, en estimaciones de reutilización y reciclado de RCD, en último lugar junto a Grecia y Portugal, a diferencia de la media europea que se cifra en torno al 28% de la producción.

Las razones de este despropósito medioambiental se centran en la creciente actividad de la industria de la construcción surgida en los últimos años, que no ha previsto la necesaria y adecuada gestión de los residuos producidos. No obstante, la incorporación de los principios comunitarios al ordenamiento jurídico interno, además del interés y preocupación medioambiental de determinados sectores de la sociedad española, ha permitido que en nuestro país se hayan adoptado iniciativas legislativas encaminadas al reciclado de estos residuos, materializadas en parte con la referencia obligada al Plan Nacional de Residuos de Construcción y Demolición (en adelante, PNRCD).

Ahora bien, los objetivos medioambientales de fomento a la reducción, reutilización, reciclado y valorización de residuos, que pretende la citada normativa, encuentran un serio obstáculo para su reciclaje en la ausencia de mercados establecidos al efecto y/o en la baja aceptación de los productos reciclados, dado que la mayor parte de los residuos necesitan de procesos previos con tecnologías necesarias para lograr que dichos productos cumplan con los requisitos técnicos adecuados para su empleo en la industria de la construcción.

La gran mayoría de los RCD generados en nuestro país se destina a eliminación, sin selección alguna previa al vertedero, por lo que los riesgos de contaminación al medio ambiente aumentan de forma considerable<sup>2</sup>. Ello se ve favorecido, entre otros factores, por los costes de vertido (muy económicos) y por la abundancia y escaso precio de las materias primas, por ejemplo, del árido natural<sup>3</sup>.

### 3. EL IMPACTO VISUAL Y PAISAJÍSTICO GENERADO POR LOS RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN Y DEMOLICIÓN

Los materiales de construcción inciden en el medio ambiente a lo largo de todo su ciclo de vida<sup>4</sup>; desde su primera fase, esto es, desde la extracción y procesamiento de materias primas, hasta el final de su vida útil, es decir, hasta su tratamiento como **residuo**; pasando por las fases de producción o fabricación del material y por la del empleo o uso racional de estos materiales en la construcción.

La fase de extracción y procesamiento de materias primas constituye la etapa más impactante, dado que la extracción de rocas y minerales industriales se lleva a cabo a través de la minería a cielo abierto, en sus dos modalidades: las canteras y las graveras, con sus nefastas repercusiones en el paisaje.

Por su parte, la fase final del ciclo de vida de los materiales de construcción coincide con su tratamiento como residuo. La mayor parte de estos residuos, conocidos habitualmente como escombros, proceden de demoliciones de edificios o de desechos de materiales de construcción de obras de nueva planta o de rehabilitaciones en viviendas y urbanizaciones.

Lo cierto es que los RCD, en su mayor parte, se trasladan a vertederos quedando colmatados rápidamente y si bien no contaminan, sí producen un gran **impacto visual y paisajístico**, amén del impacto ecológico negativo que supone el despilfarro de materias primas que no se reciclan.

Asimismo, la mayoría de estos residuos se pueden considerar inertes o asimilables a inerte<sup>5</sup>, siendo su poder contaminante relativamente bajo, pero por el contrario su impacto visual es con frecuencia alto por el gran volumen que ocupan y por el escaso control ambiental ejercido sobre los terrenos que se eligen para su depósito.

<sup>2</sup> URCELAY, C. "Situación actual del reciclado de residuos de demolición", Madrid: Retema, 1996, 9(51), p. 65-66.

<sup>3</sup> AGUILAR, A. y MONGE, G. "Reciclado de residuos de construcción y demolición", Bilbao: Residuos, 1995, 5(23), p. 34-39.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, Armando Cardim. "Análisis del ciclo de vida de productos derivados del cemento", Barcelona: Tesis Doctoral. Universidad Politécnica de Cataluña, 2001

<sup>5</sup> COMUNIDAD DE MADRID. "Los escombros: residuos sólidos inertes", Madrid: Consejería de Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Vivienda, 1987.

Fundamentalmente, los impactos que pueden generar los RCD, además de los visuales y paisajísticos, se podrían traducir en problemas *higiénico-sanitarios*, esto es, en la acumulación de todo tipo de materiales y sustancias en lugares inadecuados, convirtiendo estos puntos en focos de infección, en los que proliferan roedores e insectos; problemas *mediambientales*, el vertido de dichos residuos puede provocar la contaminación del medio receptor, bien directamente por contacto con sustancias potencialmente tóxicas, o bien indirectamente por la vía de la disolución de dichas sustancias en el agua de lluvia; problemas *económico-financieros*, la recogida, el transporte, la gestión y tratamiento de los residuos exige inversiones en infraestructuras, a los que se debe añadir los costes de inversiones asociadas a la descontaminación y restauración del medio ambiente.

Por último, se ha de destacar que si los RCD no se someten a una gestión racional, donde tengan prevalencia el reciclado y la valorización, el efecto negativo visual y paisajístico será doble: por un lado, en los propios vertederos de RCD, en general cercanos a la urbe; y, por otro, en las canteras y graveras, a cielo abierto, al aumentar la demanda irracional de materia prima, cuya extracción se llevará a cabo con frecuencia en enclaves de gran valor ecológico y asociados a sistemas fluviales, generalmente próximos a núcleos urbanos.

#### 4. TIPOLOGÍA DE RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN Y DEMOLICIÓN

En la mayoría de los Estados miembros de la UE se vienen adoptando iniciativas legislativas en aras a un mayor reciclaje de los RCD. Ahora bien, este reciclaje depende en gran medida de la composición de los RCD y de su relación con la separación selectiva, la recogida selectiva (demolición selectiva) y la peligrosidad de parte de ellos. A este respecto, el Informe Symonds<sup>6</sup> señala que los RCD pueden agruparse atendiendo al siguiente esquema:

- 1) RCD peligrosos y potencialmente peligrosos
- 2) RCD no inertes que justifican una separación y recogida selectiva
- 3) RCD inertes que justifican una separación y recogida selectiva

1) Respecto a los *RCD peligrosos y potencialmente peligrosos*, debe señalarse que algunos residuos pueden convertirse en peligrosos o potencialmente peligrosos, haciéndose observar que los factores más influyentes en la presencia de residuos peligrosos, tanto en cantidad como en su tipología, se encuentran en relación directa con el tipo de edificación y la época de su construcción.

Se debe subrayar, asimismo, que en los residuos producidos durante la operación de demolición, los materiales peligrosos que pueden aparecer vienen representados por materiales de base amianto, fibras minerales, madera tratada, material eléctrico con componente tóxicos, residuos y productos peligrosos que aparecen en la demolición de edificios o ruinas industriales, etc.

2) En relación con los *RCD no inertes para los que se justifica la separación y recogida selectiva*, debe indicarse que determinados materiales pueden ser

<sup>6</sup> SYMONDS et AL. "Construction and demolition waste management practices and their economic impacts", February 1999, DGXI, European Commission.

inertes o relativamente no peligrosos in situ, sin embargo pueden convertirse en peligrosos o no inertes dependiendo del sistema o tratamiento de eliminación. Es el caso, tanto de la madera tratada cuando da lugar a emisiones tóxicas al incinerarse, como de la madera no tratada cuando se encuentra en presencia con el material granulado triturado, devaluando el material secundario obtenido.

3) Por último, los *RCD inertes para los cuales se justifica el triaje o la recogida selectiva*. Cuando la separación selectiva de determinados materiales inertes con destino al proceso de machaqueo se justifica, en este caso, por razones económicas, como los metales, los ladrillos y tejas, por ejemplo, para su reventa.

Una lectura análoga a esta tipología de RCD viene establecida en nuestro PNRC, donde la mayor parte de los residuos procedentes de la construcción o demolición de los edificios se pueden calificar como *inertes*, a excepción de una pequeña proporción de *peligrosos y no inertes* como, por ejemplo, el amianto, fibras minerales, los disolventes y algunos aditivos del hormigón, ciertas pinturas, resinas y plásticos.

Además, en los escombros de demolición pueden aparecer otros como CFCs de los conductos de refrigeración, PCBs de transformadores, compuestos halogenados para protección del fuego y luminarias de mercurio, sodio o níquel-cadmio.

Existe un segundo grupo de residuos que no son tóxicos en sí mismos, pero que pueden sufrir reacciones en las que se produzcan sustancias tóxicas. Aquí se podrían incluir las maderas tratadas, que pueden desprender gases tóxicos al valorizarlas energéticamente, o algunos plásticos no valorizables.

## 5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN Y DEMOLICIÓN EN ESPAÑA

Previamente al examen del marco legal de los RCD en España, sería conveniente explicar qué se entiende por *residuo*. Existen distintas definiciones sobre el mismo; así, en la disciplina de Química, residuo es la parte no aprovechable de los recursos o bien son los restos desechados de los procesos biológicos<sup>7</sup>. Residuo también puede definirse - según la OCDE, en el ámbito de la Economía - como aquel material generado en las actividades de producción y consumo que no han alcanzado un valor económico en el contexto en el que son producidos. Y, finalmente, desde un punto de vista legal, residuo es cualquier sustancia u objeto perteneciente a alguna de las categorías recogidas en la Ley, del cual su poseedor se desprenda o tenga la obligación de desprenderse<sup>8</sup>.

Comenzamos el estudio del marco legal en el ámbito de la UE, cuya Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1990 constituye el primer embrión legislativo acerca de los residuos. En ella se establece la Estrategia Comunitaria sobre Residuos, donde se disponen los principios fundamentales de la política comunitaria en materia de residuos hasta el año 2.000, a saber: la prevención, el reciclaje, la

<sup>7</sup> DOMÈNECH, Xavier. "Química ambiental: el impacto ambiental de los residuos", Madrid: Miranguano, 1997.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. "Ordenación de los residuos urbanos", Granada: Comares, 2002.

reutilización, la valorización energética y, excepcionalmente, su eliminación mediante depósito en vertedero.

Posteriormente, y de forma paralela a la aprobación de la Agenda 21<sup>9</sup> (agenda global para el desarrollo sostenible conforme a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992), la UE elabora el 5º Programa Comunitario de Política y Actuación en Materia de Medio Ambiente que lleva por título: «Hacia un Desarrollo Sostenible», con especial atención a los residuos, de fecha 1 de febrero de 1993 (Resolución del Consejo 93/CE 138/91), con una vigencia de siete años y concluyendo en el año 2000, donde se contienen las soluciones a los problemas ocasionados por los residuos.

Coincidiendo con la revisión de la Estrategia Comunitaria de Residuos, entre cuyas novedades figura el principio de «quien contamina paga», se aprueba en 1997 el Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Desarrollo sostenible en materia de construcción y vivienda en Europa», en el que se reconocen como extremadamente altos los niveles de producción de residuos en este sector y se propugna la integración del objetivo del desarrollo sostenible en tres dimensiones, a saber: *económica*, primando la transformación y rehabilitación frente a la nueva construcción, reduciendo los costes del ciclo de vida de los edificios, mediante la demolición selectiva y los tratamientos in situ; *ecológica*, con ahorro de los recursos, mediante la reducción del consumo de materias primas y de producción de residuos y mediante la correcta elección de materiales; y *social*, desarrollo del empleo en el sector y la garantía de la seguridad y salud correspondientes, y la garantía de vivienda a precios asequibles.

Por su parte, el 6º Programa (aprobado por Decisión 1600/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002) determina las prioridades en materia de cambio climático, medio ambiente, salud y calidad de vida, y recursos naturales y residuos. Su artículo 2 señala las siguientes metas: una mayor eficiencia en los recursos y una gestión de los mismos y de los residuos para asegurar modelos de producción y consumo más sostenibles, disociando de este modo el uso de los recursos y la generación de residuos y la tasa de crecimiento económico.

Finalmente, la *Decisión de la Comisión de 22 de enero de 2001 que modifica la Decisión 2000/532/CE de 3 de mayo de 2000*, en vigor desde el 1 de enero de 2002, establece la catalogación de los residuos (C.E.R.: Catálogo Europeo de Residuos), entre los que se encuentran los de construcción y demolición, agrupándolos en el código 17.

En el ámbito nacional, la *Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos* es el punto de referencia legal relacionado con la gestión de los residuos, que atribuye a las entidades locales las competencias en dicha gestión, incluyendo los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria. Por su parte, aquellos residuos y escombros de construcción y demolición que no procedan de obras menores o de reparación domiciliaria no serán de competencia de las entidades locales, sino de sus poseedores, conforme al artículo 11.1 de la

<sup>9</sup> LOZANO, Blanca. "Derecho Ambiental Administrativo", Madrid: Dikinson, 2004, p. 50 y ss.

referida Ley, quienes estarán obligados a su gestión por sí mismos o a su entrega a un gestor de residuos para su valoración o eliminación.

La citada Ley tiene por objeto prevenir la producción de residuos, establecer el régimen jurídico de su producción y gestión y fomentar su reducción, reutilización, reciclado (regla de las tres erres), y otras formas de valorización. Igualmente, la Ley de Residuos define la gestión como la recogida, el almacenamiento, el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la vigilancia de estas actividades, así como la vigilancia de los lugares de depósito o vertido después de su cierre.

Otro hito relevante en la gestión de los residuos viene representado por el *Plan Nacional de Residuos de Construcción y Demolición (2001-2006)*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de junio de 2001 y publicado en el BOE el 12 de julio, en el que se determinan los principios de gestión, objetivos ecológicos (específicos de reducción, reutilización, reciclado y eliminación); las medidas a adoptar para conseguir dichos objetivos (instrumentos); los medios de financiación y el procedimiento de revisión.

Acerca de los objetivos ecológicos, el Plan establece que los porcentajes se han de contabilizar tomando indicadores unitarios, esto es, ratios que representen los RCD generados por unidad construida o derruida, y son, entre otros, los siguientes:

- Recogida controlada y correcta gestión de, al menos, el 90% de los RCD en 2006
- Disminución de, al menos, el 10% del flujo de RCD en 2006
- Reciclaje o reutilización de, al menos, el 40% de los RCD en 2005
- Reciclaje o reutilización de, al menos, el 60% de los RCD en 2006
- Valorización de, al menos, el 50% de envases de construcción al 31/12/2001 (el 25%, al menos, mediante reciclaje, con un mínimo del 15% por material)

Por último, y en torno a los instrumentos de contenido general que el PNR-CD regula, se deben reseñar los que siguen: elaboración de una normativa específica, basada en los principios de jerarquía y responsabilidad del productor, donde se vincule el tratamiento de los residuos al otorgamiento de la licencia de obra y que favorezca el tratamiento *in situ*; redacción de una norma técnica de calidades de los materiales reutilizables o reciclables procedentes de los RCD (a este respecto, podemos citar el Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para Obras de Carreteras y Puentes, PG-3 y el Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para Obras de Conservación de Carreteras, PG-4); desincentivación del vertido mediante tasas, cánones o precios; acuerdos voluntarios con sectores empresariales; inventario de vertederos, cuyo contenido sea el estado actual y las posibilidades de recuperación de dichos vertederos.

Por lo que respecta al *Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero*, debe destacarse que viene a trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 1999/31/CE del Consejo de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos, estableciendo el marco jurídico y técnico que regula las actividades de eliminación de residuos mediante su depósito en vertederos; de cuyo ámbito de aplicación se



excluyen de forma expresa la utilización de residuos inertes adecuados en obras de restauración, acondicionamiento y colmatación, o con fines de construcción, en vertederos, por lo que el aprovechamiento de residuos inertes en este tipo de actividades no constituye necesariamente una actividad de vertido.

El referido Real Decreto define los vertederos como aquellas instalaciones de eliminación de residuos mediante su depósito subterráneo o en la superficie, por períodos de tiempo superiores a un año, cuando el destino de los residuos sea la eliminación, o a dos años cuando el destino de los residuos sea la valoración. Igualmente, determina el Real Decreto los distintos tipos de residuos que pueden llegar a los vertederos, entre ellos, se encuentran los residuos inertes, definidos como aquellos que no experimentan transformaciones físicas, químicas o biológicas significativas.

Cerramos el estudio de este Real Decreto, señalando que las autorizaciones a vertederos se rigen por lo dispuesto en la Ley 10/1998, de Residuos, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (IPPC), en relación con la denominada Autorización Ambiental Integrada.

En otro orden de cosas, debe señalarse que el artículo 4 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, asigna a las Comunidades Autónomas la elaboración de los planes autonómicos de residuos, así como la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de los mismos.

En este sentido y a modo de ejemplo, se citan los siguientes Planes o Programas: Acuerdo de 21 de febrero de 2002, la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid ha elaborado el Plan de Gestión Integrada de los Residuos de Construcción y Demolición de la Comunidad de Madrid 2002-2011, o bien el Programa de Gestión de Residuos de la Construcción de Catalunya (2001-2006), aprobado el 28 de junio de 2001 por el Consejo de Dirección de la Junta de Residuos, Departament de Medi Ambient, Generalitat de Catalunya.

Para concluir este apartado, no debemos pasar por alto las competencias atribuidas a las Entidades Locales en materia de residuos, si bien limitadas a los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria, sobre los cuales han de prestar el servicio obligatorio de recogida, transporte y, en su caso, eliminación.

## 6. LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS DE CONSTRUCCIÓN Y DEMOLICIÓN EN ESPAÑA

Dentro del esquema autonómico español, Cataluña constituye la Comunidad más avanzada en esta materia, a la luz del Decreto 201/94, de 26 de julio, de escombros y residuos de Cataluña<sup>10</sup> y de la elaboración de un Catálogo de Residuos por la Junta de Residuos de la propia Comunidad, aprobado por Decreto 34/96, además de su Programa general de residuos para Cataluña.

<sup>10</sup> Este Decreto constituye la primera norma (si bien de ámbito autonómico y no estatal) que expresamente protege al paisaje de los RCD. Así, lo establece su art. 2 cuando señala que son objetivos de esta regulación: b) Garantizar que las operaciones de valorización y de disposición del desperdicio se lleven a cabo atendiendo a las exigencias y requerimientos de una alta protección del medio ambiente y de la *preservación de la naturaleza y del paisaje*.

Propiamente, en el Estado español no se aprueba específicamente un Plan Nacional de Residuos de Construcción y Demolición hasta el año 2001, destacándose de forma sucinta, por lo que a su gestión se refiere, los principios de jerarquía, anteriormente citados, basados en las tres erres: reducción, reutilización y reciclado.

Lo cierto es que la gestión actual de los RCD en España, a excepción de determinadas Comunidades Autónomas, presenta importantes deficiencias. El hecho de que en el ámbito local no se haya ejercido de forma generalizada una política ambiental en la gestión de los RCD de su competencia, ha propiciado la proliferación de vertederos -cuyos costes de vertido son excesivamente económicos-, destino último donde desembocan más del 90% de los residuos para su eliminación, al no realizarse selección previa alguna; por lo que resulta nula o casi nula la implantación de actividades de reciclaje o recuperación de este tipo de residuos<sup>11</sup>.

Si a ello añadimos el problema de que no existe un marco legal adecuado que fomente el reciclado y valorización de los materiales presentes en los RCD, cuya finalidad sea su utilización a través de un mercado efectivo para la introducción de estos materiales nuevamente en los circuitos económicos.

Por lo que a instalaciones se refiere, existen actualmente en España más de un centenar de instalaciones de reciclaje. No obstante, la gran mayoría de ellas son simples plantas móviles de trituración que o bien se desplazan a las obras o disponen de una ubicación fija donde reciben los residuos para reciclar. Apenas existen media docena de instalaciones de ciertas dimensiones y equipadas, cuyos costes de amortización y explotación sólo pueden sobrevivir con tarifas elevadas. Es decir, allí donde los costes de eliminación son altos y el control de la producción de RCD es efectivo.

Respecto a los RCD reciclados en España, se pueden clasificar en tres productos, a saber:

*Un tercio aproximado, son ahorras a base de piedra y hormigón que son comercializadas como áridos de categoría T0 T1 T2 para bases y subbases en la construcción de carreteras<sup>12</sup>;*

*Otro tercio, lo constituyen una gama amplia de ahorras y áridos cuya composición contiene materiales cerámicos en abundancia, y cumplen con las especificaciones técnicas para usos constructivos de menor exigencia, como material de drenaje, prefabricados ligeros, y explanadas mejoradas, por ello tienen un precio de venta, aunque menor que los anteriores, excepto en aplicaciones muy concretas; Finalmente, al menos un tercio de los escombros triturados no cumplen con los requisitos de calidad necesarios para ser comercializados (fuera de ensayos, contaminación, suciedad), no tienen valor comercial y terminan en rellenos o vertederos incontrolados.*

<sup>11</sup> BILBAO, E. "Gestión de los residuos de la construcción y demolición", Madrid: Ingeniería Química, 2005, nº 420, p. 219-224; y BURGUEÑO, A. "Gestión de residuos de construcción y demolición", Bilbao: Residuos, 2004, nº 76, p. 48-56, y nº 81, p. 118-125.

<sup>12</sup> ROMERO, V. "Eliminación de residuos agrícolas industriales y de la construcción y demolición, mediante su utilización en capas de firme de carreteras y otros viarios", León: V Congreso Nacional de Firmes, 2000.

Por último, con la entrada en vigor de las Normas Armonizadas Europeas se permitirá finalmente el acceso legal de los áridos reciclados al mercado de las obras públicas, consumándose así el camino iniciado con la Circular 10/2002 de la Dirección General de Carreteras.

## **7. CONCLUSIONES ARTICULADAS**

**7.1** Los proyectos de obras de edificación o construcción deberán incorporar, con carácter previo al visado de su correspondiente Colegio profesional, un estudio teórico de los RCD generados en la ejecución de dicho proyecto en función de unas tablas orientativas o estimativas de los RCD, ya existentes, con arreglo a las diferentes tipologías edificatorias o constructivas empleadas. Por su parte, los proyectos de demolición deberán contener un estudio detallado de selección y separación de los materiales valorizables.

**7.2** La Administración Local o Municipal, entidad competente para otorgar o conceder licencias, exigirá una fianza al productor o poseedor de residuos (promotor o constructor del proyecto técnico de edificación o construcción, ya visado), en concepto de futuras responsabilidades medioambientales, a tenor de la cantidad o volumen de RCD a generar.

**7.3** Para los proyectos públicos, la normativa que regula los Contratos de las Administraciones Públicas deberá tener en consideración el elemento o componente ambiental, premiando aquellos proyectos que empleen materiales con menor impacto ambiental y que originen el menor número de RCD.

**7.4** Elaboración de normas que exijan en todos los proyectos, ya sean de edificación o de construcción, la incorporación de materiales reciclables procedentes de plantas de tratamiento instaladas al efecto. Las referidas plantas deberán financiarse principalmente con capital privado, al objeto de que sea el consumidor final o usuario del proceso edificatorio el único que deba absorber los costes originados por la gestión de los RCD.

# **A COMPETÊNCIA AMBIENTAL DO MUNICÍPIO PARA LICENCIAR**

*ANA CAROLINA REIS PAES LEME*

Advogada formada pela Universidade Federal de Uberlândia

*FERNANDA ALVES VIEIRA*

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

## **I. INTRODUÇÃO**

Em meio ao fomento de equacionar a preservação ambiental com desenvolvimento econômico, buscou a Política Nacional do Meio Ambiente instituir, como um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, o qual visa atestar a viabilidade ambiental de empreendimentos potencial, ou efetivamente, poluidores, determinando a necessidade do empreendedor fornecer estudos que comprovem tal viabilidade.

Ao instituir o licenciamento, buscou a lei supracitada regulamentar a competência do mesmo, conferindo, dentre todos os entes públicos que compõe o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, aos estados-membros a capacidade para licenciar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os municípios foram elevados à categoria de ente federativo, sendo dotados de autonomia para legislar sobre aquilo que diz respeito à suas circunscrições locais. Além disso, a Carta Magna lhes conferiu competência material para legislar sobre assuntos pertinentes ao meio ambiente e, no aspecto formal, a possibilidade de suplementar a União e os estados-membros naquilo que couber.

Por esses fatores, no que tange ao licenciamento ambiental, instalou-se a seguinte celeuma: poderá ou não o município licenciar, haja vista que possui respaldo constitucional para tal, ao legislar sobre questões ambientais de interesse local, porém encontra-se barrado pela legislação federal que explicita o licenciamento como de competência estadual.

A partir desse diagnóstico, o presente trabalho buscou desvendar pseudo-interpretações da lei e revelar a discordância doutrinária existente quanto à competência municipal para licenciar.

Diante da complexidade do sistema normativo em vigor, o estudo ora exposto torna-se fundamental na busca por uma solução viável para embasar a capacidade licenciatória municipal. Decerto, compreende-se como pertinente o almejo pela solução de controvérsias mirando-se para o fator determinante da própria celeuma. Se o problema emerge pelo aspecto formal do conflito de leis, nada

melhor do que a própria lei em sua estrutura piramidal para apresentar resposta plausível sobre o fato.

## 2. COMPETÊNCIA AMBIENTAL DOS ENTES FEDERATIVOS

### 2.1 Competência Constitucional

Dissertar sobre competência constitucional requer, como intróito ao conhecimento jurídico, a análise de conceitos preliminares.

Entende-se por competência a esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo.<sup>1</sup>

Interessa, ao presente trabalho, a delimitação da competência dos entes federativos, no que tange a elaboração normativa de matérias referentes ao meio ambiente. Por conseguinte, como espécie do gênero – capacidade para legislar, o estudo da competência para licenciar.

Inicialmente, importa, para melhor compreensão, a ressalva da diferença entre competência legislativa formal e a competência material das pessoas políticas.

No aspecto formal, observa-se que a União detém competência privativa e concorrente para legislar sobre meio ambiente. Já os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente e, por exclusão, quando a matéria não for privativa nem da União, nem dos Municípios. A Constituição traz, de forma clara, em seu art. 24, inc. VI, a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Versa também, em seus parágrafos primeiro e segundo que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades. Caso haja superveniência de lei federal sobre normas gerais, esta suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

No tocante à competência formal dos Municípios, o art. 30 do Diploma Constitucional, dispõe sobre a competência municipal para legislar assuntos de interesse local (inc.I) e para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (inc.II).

Ao versar sobre a competência formal dos Municípios, Toshio Mukai pontua que:

*A competência do Município é sempre concorrente com a da União e dos Estados-membros, podendo legislar sobre todos os aspectos do meio ambiente, de*

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.496.

*acordo com sua autonomia municipal (art. 15 da CF), prevalecendo sua legislação sobre qualquer outra, desde que inferida do seu predominante interesse; não prevalecerá em relação às outras legislações, nas hipóteses em que estas forem diretamente inferidas de suas competências privativas, subsistindo a do Município, entretanto, embora observando as mesmas.*<sup>2</sup>

A autonomia municipal evoluiu, no contexto da República, com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual possibilitou ao Município gozar das seguintes capacidades: auto-organização, autogoverno, normatividade própria e auto-administração.

Entretanto, apesar de os Municípios serem dotados de tal autonomia, encontram-se atrelados às limitações oriundas das competências, particularmente, referentes à competência privativa da União e àquelas atribuídas em nível comum ou concorrente.

Conclui-se, pois, que a atuação municipal possui como escopo a particularização de normas que visem a adaptação de princípios, bases, diretrizes às necessidades e peculiaridades regionais.<sup>3</sup>

Outra questão merecedora de destaque é a interpretação do que seja “legislar sobre assuntos de interesse local”. Autores como Roque Carazza e Celso Ribeiro Bastos definem interesse local como sendo aquele que atende de modo imediato às necessidades locais e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, às necessidades gerais. Complementa-se com a assertiva de ser aquilo que o próprio Município, por meio de lei, entender ser de seu interesse.<sup>4</sup>

Interessante observar, como bem expressa Paulo Affonso Leme Machado, ao invocar Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior, que interesse local não se caracteriza pela exclusividade, mas pelo princípio da predominância.<sup>5</sup>

No tocante à competência material, esta pode ser interpretada como sendo aquela que atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções no caso de descumprimento lei. É identificada pela capacidade de prover, editar, autorizar, promover, administrar e organizar aspectos tangentes à seara ambiental.

Em seu artigo 23, a Constituição vislumbra tal competência ao afirmar que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora” (incs.VI e VII).

Denota-se que, ao analisar apenas esse artigo, o qual de forma bastante ampla trouxe a proteção ambiental a nível municipal, pode-se chegar à interpretação no sentido que a competência comum municipal restringe-se mais ao âmbito da execução de leis protetivas do que sobre a capacidade de legislar acerca de tal assunto.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.63.

<sup>3</sup> SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Competência Ambiental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 82.

<sup>4</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; CARAZZA, Roque apud SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. op. cit, p. 74-75.

<sup>5</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 301.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 79

Dizer que os Municípios poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados ao meio ambiente, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, é aceitável na medida em que a finalidade paira sobre a busca da correlação entre o art. 23 e o art. 30 da Carta Magna.

No artigo supramencionado, buscou a Carta Magna partilhar entre os vários entes da Federação um vasto rol de matérias em que todos, isolados, em parceria ou em conjunto, podem atuar segundo regras pré-estabelecidas. Trata-se da chamada competência comum, que distingue da competência concorrente pelo fato de não abranger a tarefa de “legislar sobre”, mas sim de executar encargos e objetivos comuns, sem limites específicos, preferencialmente de forma cooperativa.<sup>7</sup>

Como resposta plausível a essa diferenciação, preocupou-se a Carta Constitucional em registrar no próprio art. 23, em seu parágrafo único que: lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Ao discorrer sobre a fixação de normas ambientais que visem a cooperação entre os entes federativos, a Constituição lança como fundamento a mútua ajuda entre União, Estados, Distrito Federal e Município. Sobre tal fato, pondera Paulo Affonso Leme Machado, no sentido e que a lei não visa, e nem poderá visar, a diminuição da autonomia dos entes citados, despojando-os de prerrogativas e de iniciativas que constitucionalmente possuem, mesmo não as exercendo por falta de meios ou de conscientização política.

Desse modo, pode-se concluir que inócua se faz a análise de competência dos entes federativos sem ponderar as técnicas viáveis para repartição de tais competências.

## 2.2 Os princípios balizadores da repartição de competência

A evolução do federalismo e a ampliação das tarefas estatais, provenientes dos entes políticos que compõe o Estado contemporâneo, de modo veemente clamam por técnicas plausíveis que visem a repartição de suas competências. Com escopo na atuação mais justa, harmônica e uniforme, emerge um novo federalismo pautado na cooperação entre os entes públicos.

Contudo, o aparato constitucional que irá alicerçar essa cooperação federativa encontra-se pautado em dois princípios gerais de grande valia e aplicação direta e indireta no conflito de competências do Estado.

Como princípio basilar que rege a distribuição de competências entre os entes que compõem o Estado federal, destaca-se o princípio da predominância do interesse. Este faz alusão ao fato de à União serem atribuídas as competências referentes aos interesses nacionais; aos Estados-membros, as competências pertinentes aos interesses regionais e; aos Municípios, as referentes a interesses locais.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.75.

<sup>8</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 41, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 144.

Pondera José Afonso da Silva ao apreciar o problema:

*[...] outras técnicas de repartição de competências foram surgindo a par do abandono do dualismo que separa as entidades federativas em campos exclusivos, mutuamente limitativos, para acolher formas de composição mais complexas que procuram compatibilizar a autonomia de cada uma com a reserva de campos específicos que designem áreas exclusivas ou simplesmente privativas com possibilidade de delegação, áreas comuns em que prevêem atuações paralelas e setores concorrentes em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados a competência complementar.<sup>9</sup>*

A repartição constitucional de competências é um dos pontos essenciais do federalismo, ao dar a medida da autonomia dos entes federados. Pertinente à conclusão de Rafael Munhoz de Mello: “O princípio geral que rege a distribuição de competências num Estado federal é o da predominância do interesse, pelo qual uma determinada matéria deve ser atribuída ao ente federado que tenha nela interesse especial”.<sup>10</sup>

Outro princípio informador da repartição de competência, tão importante quanto o primeiro é o da subsidiariedade. Tal princípio traz em seu cerne o significado de que, as entidades estatais superiores somente deverão assumir as tarefas que os entes menores não podem cumprir de maneira eficiente. Ao optar pela descentralização política a Constituição incorpora em seu texto a manifestação do princípio da subsidiariedade. Este por sua vez, visa conferir o equilíbrio entre as diversas esferas governamentais.

Doravante, na busca pela aplicação do princípio da subsidiariedade ao significado da expressão “interesse local”, Juliana Pita Guimarães conclui que:

*[...] a expressão interesse local para a definição da competência legislativa é bastante vaga, não sendo possível por meio dela garantir um núcleo determinado de competências em favor do ente local. Assim, além da verificação da existência da predominância do interesse é preciso que o interprete tenha em vista o princípio da subsidiariedade, evitando o esvaziamento da competência municipal pelos entes regionais e locais. Da mesma forma, o legislador ordinário, informado pelo princípio da subsidiariedade, deixará de atribuir determinadas tarefas públicas aos Estados e União quando o município puder executá-las eficazmente.<sup>11</sup>*

Pautado nesse raciocínio, pode-se afirmar que o princípio da subsidiariedade constitui verdadeira ferramenta de execução do federalismo flexível, tanto em nível legislativo como em nível executivo. Seu desenvolvimento encontra-se baseado no binômio possibilidade-necessidade de atuação dos entes da federação, critério este que se adequa à natureza pendular do federalismo.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p.455.

<sup>10</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo, p.153.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Juliana Pita. Competência Constitucional dos municípios em matéria ambiental. *O Direito Ambiental das Cidades*. (org) Rio de Janeiro: DP & A, 2004. p. 82.

<sup>12</sup> SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Competência Ambiental*. p. 205.



Entende-se, pois, que funções e serviços ligados à circunscrição do município apenas serão cumpridos pelo estado caso o município não consiga, isoladamente, exercê-los de maneira satisfatória.

### 2.3 A competência da Lei 6.938/81

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6938/81, marca de forma pioneira no Brasil a regulamentação da competência ambiental entre os entes federativos, instituindo o licenciamento ambiental como um de seus instrumentos. Desse modo, ao instituir o referido instrumento, a lei supracitada dispôs sobre a competência para licenciar.

No que tange à disposição dos Municípios, a Lei 6938/81, em seu art. 6º inc. VI, discorre sobre os órgãos locais e entidades municipais, conferindo a estes a responsabilidade pelo controle e fiscalização de suas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

Entretanto, quanto à possibilidade de licenciar, a mencionada lei deixa claro o ente federativo responsável pela viabilização de tal instrumento. Em seu art. 10º, a lei define que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” serão licenciadas pelo órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e, supletivamente, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

Apesar dos Municípios integrarem o SISNAMA, eles foram excluídos da competência para licenciar.

Como reforço a essa interpretação, explícita na Lei 6.938/81, o Poder Executivo editou o Decreto 99274/90, o qual, ao regulamentar a presente lei, dispôs o seguinte a respeito do licenciamento ambiental:

*Art. 17. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.*

Sendo assim, a competência para licenciar é definida pela lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a qual disciplina a capacidade licenciatória como de competência do órgão estadual e, apenas de forma supletiva, do órgão federal, nada dispondo acerca do município.

Finalmente, cumpre salientar que estudos mais pormenorizados elucidam a lembrança de que a Lei 6938/81 fora editada sob a égide da Constituição de 1969, portanto, anterior a Constituição de 1988, a qual trouxe de maneira inédita a equiparação dos municípios como ente federativo, dotado de autonomia. Sendo

assim, a lei supra, editada em 1981, não poderia ter previsto a competência do município para licenciar.

Nessa perspectiva pontua Eduardo Mattos:

*À época da Lei 6938/81 não era possível se exigir do Município a postura que deve assumir no presente, pois antes não tinha autonomia, estando totalmente vinculado ao Poder do Estado e também da União [...]. Desse modo, no período de 1981 até 1988, a municipalidade não tinha competência para normatizar e enfrentar as demandas ambientais, por falta de autonomia.*<sup>13</sup>

Sendo assim, cabe observar que há muito que se discorrer sobre a problemática do corpo legiferante ambiental existente, bem como acerca da repartição de competências dos entes públicos.

### **3. LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA ESFERA MUNICIPAL E SUA PROBLEMATIZAÇÃO NO ASPECTO FORMAL**

A inexistência de um sistema claramente definido de repartição de competências acarreta dúvidas atroztes acerca da competência dos estados e dos municípios na seara da proteção ambiental. No campo do licenciamento a situação não é diferente. Devido a uma incompreensão, ou melhor, a uma interpretação equivocada do texto constitucional, e a uma omissão da Lei 6.938/81, a competência licenciatória não foi determinada de forma clara, o que acarretou o problema da superposição de atribuições entre os órgãos dos três entes federativos.

Em conseqüência disto, tornou-se possível que, de um mesmo empreendimento, fossem exigidas diferentes licenças ambientais. Esse fato, além de acarretar decisões contraditórias nas diversas instâncias, não coaduna com os objetivos de cooperação entre entes federativos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e nem com os preceitos constitucionais de competência comum.

Na tentativa de enfrentar a questão da superposição de licenciamentos ambientais, o CONAMA editou a Resolução 237 de 1997, a qual, em meio às suas disposições, fixou a competência para licenciar dos municípios.

Tal resolução estabeleceu a competência dos órgãos ambientais municipais para o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades de impacto local e daquelas que lhes forem delegadas por instrumento legal ou convênio. Dessa forma, permitiu-se que os estados editassem leis estaduais prevendo a possibilidade do município licenciar empreendimentos de interesse local e, ainda, firmassem convênios para o licenciamento de outros empreendimentos, ao quais eram, originariamente, da competência estadual.

Ocorre que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a qual instituiu o licenciamento ambiental em nível nacional, previu a competência exclusiva dos órgãos estaduais para licenciar e, de forma supletiva, a competência da União, não dispondo em momento algum a respeito da competência municipal.

<sup>13</sup> MATTOS, Eduardo apud GUIMARÃES, Juliana Pita. Competência Constitucional dos municípios em matéria ambiental. *O Direito Ambiental das Cidades*. p. 74.

Sendo assim, a Resolução 237 de 1997 vem sendo alvo de duras críticas por parte da doutrina *ius* ambientalista.

Parte da doutrina considera a resolução ilegal por ter invadido a competência exclusiva dos estados, prevista na Lei 6.938 de 1981, no que tange ao processo licenciatório, excluindo da atuação estadual o licenciamento de empreendimentos de impacto local.

Antônio Inagê de Assis Oliveira entende que os municípios não possuem competência para licenciar, uma vez que a competência do art. 23 da Constituição diz respeito à tarefa administrativa de defender o meio ambiente e combater a poluição, não abrangendo a competência licenciatória. Além disso, afirma que o licenciamento foi criado por lei federal e apenas a mesma poderá determinar as autoridades públicas com capacidade para concedê-lo. Vejamos:

*[...] lei ordena que todas as atividades real ou potencialmente poluidoras serão licenciadas, no seu âmbito territorial, pelo órgão estadual competente. Assim, qualquer distinção restritiva à esta competência é ilegal. Para os empreendimentos propostos de serem levados a cabo no território estadual, pouco importando se está ou não em unidade de conservação ou em áreas de preservação permanente; se sua localização abrange um ou mais municípios ou se seus impactos ambientais diretos se contenham ou ultrapassem a área municipal; é inequívoca a competência estadual.*<sup>14</sup>

Há também o posicionamento da doutrina que entende ser a resolução inconstitucional. Para estes, o município possui a competência para licenciar em assuntos de interesse local, com base nos art. 23 e 30 da Constituição federal e, ainda, no princípio da preponderância do interesse, ou seja, a competência administrativa comum para atuar em assuntos de interesse local incluiria a competência para o licenciamento ambiental.<sup>15</sup>

No mesmo sentido é a posição de Edis Milaré:

*[...] se a competência licenciatória dos três níveis de governo dinamiza diretamente da Constituição, não pode o legislador ordinário estabelecer limites ou condições para que qualquer um deles exerça sua competência implementadora na matéria.*

*Daí a eiva da inconstitucionalidade da resolução CONAMA 237/97, que, a pretexto de estabelecer critérios para o exercício da competência a que se refere o art.10 da Lei 6.938/81 e conferir o licenciamento em um único nível de competência, acabou enveredando por seara que não lhe diz respeito, usurpando à Constituição competência que esta atribui aos entes federados.*

*Deveras, em uma única penada, afrontou aquele ato normativo tanto o próprio art.10, que pretendeu regulamentar, como o art.8º, I, da lei 6.938/81, que se refere ao licenciamento ambiental como atribuição precípua do órgão estadual integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente.*<sup>16</sup>

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. *O Licenciamento Ambiental*. São Paulo: Iglu, 1999. p.110. (grifos nossos)

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt d'. O licenciamento ambiental municipal e o autolicensing. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, ano V, vol. 27, 2004.

<sup>16</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 489.

Acompanham o posicionamento supracitado os juristas Francisco Thomaz Van Acker e Felipe Augusto Vieira de Andrade.<sup>17</sup>

Paulo Affonso Leme Machado aborda o tema e, com muita propriedade, pontua que a atuação do CONAMA de instituir normas e critérios para o licenciamento (art. 8º, I da Lei 6.938/81) não se confunde com atribuir competência para entes federativos licenciarem. Acrescenta o autor que o art. 10 da mencionada lei é claro ao determinar que o licenciamento será realizado pelo órgão ambiental estadual e “uma resolução federal não pode alterar uma lei federal”.<sup>18</sup>

Grifa-se, também, a posição extremada de Andreas J. Kreel, segundo o qual o município possui competência para licenciar qualquer atividade em seu território em decorrência da previsão constitucional de competência material comum do art. 23. Segundo este:

*O Município possui competência para licenciar qualquer empreendimento ou atividade no seu território (até- se tiver- uma usina nuclear!), independentemente de se o mesmo será desenvolvido em áreas pertencentes ou sob o controle especial da União ou do estado (v.g.: terrenos de marinha). Qualquer atividade industrial, comercial ou de construção civil- entre outras- desenvolvida no território do município afeta imediatamente o seu interesse local. E o fato de que os impactos de uma atividade (efluentes, emanações etc.) ultrapassem os limites do seu território não afasta de forma alguma a competência municipal para licenciar o empreendimento ou a atividade.*<sup>19</sup>

Diante de tantas manifestações contraditórias, pode-se concluir que a distribuição de competências administrativas entre os entes da federação é um tanto quanto confusa e gera interpretações divergentes.

Ao nosso ver, a problemática da distribuição da competência licenciatória em matéria ambiental deve-se balizar pelos princípios da subsidiariedade e da predominância do interesse, ambos explicitados acima.

Ademais, com relação ao licenciamento pelo município, entendemos que a previsão do art.23 não importa, automaticamente, na competência para licenciar. A intenção da Resolução 237 de 1997 foi positiva no sentido de estabelecer como critério para identificação do órgão habilitado para o licenciamento a “área de influência direta do impacto ambiental”<sup>20</sup> e, dessa forma, conceder ao município tal atribuição em prol do interesse local, ou seja, o intuito da referida resolução é bom.

Paulo Affonso afirma seu entusiasmo pela atuação dos municípios na atividade do licenciamento ambiental, devido à seguinte justificativa: “quem deve resolver o problema inicialmente é quem está perto dele”.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> ANDRADE, Felipe Augusto Vieira de. Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 13, 1999; ACKER, Francisco Thomaz Van. Breves considerações sobre a Resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, 1997.

<sup>18</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 90.

<sup>19</sup> KREEL, Andreas J. Problemas do licenciamento ambiental no sistema nacional do meio ambiente. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, ano V, vol. 27, 2004, p. 3777.

<sup>20</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*, p. 491.

<sup>21</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 91.

No entanto, persiste o vício de ordem formal para a municipalização do licenciamento ambiental, uma vez que resoluções não possuem o condão de atribuir competência a órgãos administrativos, ainda mais quando existe a lei que dispõe de maneira diferente.

Sendo assim, a espécie normativa que atribui a competência licenciatória aos municípios não é adequada para tanto.

### **3.1 O estudo de casos concretos da atuação municipal**

A partir da edição da Resolução 237 de 1997, os órgãos ambientais de diversos estados da federação passaram a se preocupar em assinar convênios com os municípios para que fosse delegado a estes a competência licenciatória para determinados empreendimentos e, assim, evitar-se a multiplicidade de licenciamentos.

De acordo com a letra do art. 6º da referida resolução, compete ao órgão ambiental municipal o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daqueles que lhe forem delegados pelo Estado, por instrumento legal ou convênio.

Todavia, para que o município exerça essa atividade, faz-se necessária a implementação do Conselho Municipal de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, conforme a disposição do art. 20 da resolução, possuir em seus quadros ou à sua disposição profissionais legalmente habilitados.

Ressalta-se que, além de legalmente habilitados, torna-se indispensável, a esses profissionais, alta qualificação técnica como resposta do Poder Público à coletividade, pela responsabilidade de possuir uma contra-equipe eficiente na análise da viabilidade do empreendimento, objeto de licenciamento. Apenas assim, tornar-se-ia possível atingir a eficiência na prestação do serviço e, conseqüentemente, o escopo constitucional de proteção do meio natural.

Como exemplo da atuação municipal em matéria de licenciamento, cita-se o caso do Estado do Rio Grande do Sul. Neste estado, com a edição do novo Código Ambiental do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 11.520 de 2000), foi implementado o processo de descentralização do licenciamento ambiental, outorgando aos municípios o licenciamento de atividades cujo impacto seja estritamente local e daquelas que lhe forem delegadas por instrumento legal, qual seja, resoluções do Conselho Estadual do Meio Ambiente, ou por convênio.

Registra-se que, atualmente, existem aproximadamente noventa e sete municípios habilitados para proceder ao licenciamento ambiental em âmbito municipal no Estado do Rio Grande do Sul.<sup>22</sup>

A atuação mineira também merece destaque. O Conselho Estadual de Política Ambiental, no uso de suas atribuições que lhe conferem a Constituição Estadual de Minas Gerais e outras leis, editou a Deliberação Normativa 29 de 1998, a qual estabelece diretrizes para a cooperação técnica e administrativa com os

<sup>22</sup> Essas informações estão disponíveis em <[http://www.fepam.rs.gov.br/central/licenc\\_munic.asp](http://www.fepam.rs.gov.br/central/licenc_munic.asp)> Acessado em: 18 abr. 2005.

órgãos municipais de meio ambiente, visando ao licenciamento e à fiscalização de atividades de impacto ambiental local, prevê a assinatura de convênios entre o órgão estadual competente para o licenciamento e o município, determinando especificamente as atividades que serão licenciadas por cada um.<sup>23</sup>

O Estado de São Paulo acompanha os demais e há legislação prevendo a atividade coordenada entre os órgãos ambientais estadual e municipais no sentido de evitar a superposição de licenciamentos. A legislação estadual paulista define certas fontes poluidoras como de competência exclusiva do município para licenciar, mediante a assinatura de convênio, desde que aquele tenha implementado o Conselho Municipal de Meio Ambiente, possua em seus quadros ou à sua disposição profissionais habilitados e tenha legislação ambiental específica e em vigor.<sup>24</sup>

Com relação à visão da jurisprudência a respeito da atuação do município no licenciamento ambiental, percebe-se que os Tribunais aceitam o licenciamento municipal de empreendimentos de interesse local.

É nesse sentido o recente acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o Des. Wander Marotta enfrenta a questão, o qual cumpre trazer à baila:

*EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POLUIÇÃO - COMPETÊNCIA MUNICIPAL - CONSTRUÇÃO DE HELIPORTO EM ÁREA RESIDENCIAL DENSAMENTE POVOADA - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DA PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DO PRÓPRIO DANO AMBIENTAL.*

*Ora, a competência legislativa é expressão basilar da autonomia municipal. Com efeito, pelo art. 23, o Município possui clara competência material na proteção do meio ambiente. Tal competência vai concretizar-se pelo exercício do poder de polícia. Este pode ser caracterizado como “a atividade administrativa que se caracterizaria por ser uma atividade de limitação de direitos dos cidadãos, com o objetivo de prevenir os perigos que do seu livre exercício poderiam derivar-se para a coletividade” (Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, Curso de Direito Administrativo, 1990, p. 822).*

*Por outro lado, em razão do princípio da legalidade, que norteia a Administração Pública, para que se restrinjam direitos deve-se proceder mediante atividade legislativa. Daí a afirmação de que, ao retirar-se a competência legislativa municipal em matéria ambiental, esvaziar-se-ia a sua função protetiva atribuída pelo art. 23.*

*Desta forma, atua com sua estrita competência o Município que exige o licenciamento ambiental de empreendimento considerado de impacto, mesmo que tal obra esteja submetida também ao controle da União, em razão de seu conteúdo ou de sua natureza (caso do heliponto).*

*Existe mesmo a possibilidade de licenciamentos múltiplos.*<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Essas informações estão disponíveis em <[http://www.fepam.rs.gov.br/central/licenc\\_munic.asp](http://www.fepam.rs.gov.br/central/licenc_munic.asp)> Acessado em: 18 abr. 2005.

<sup>23</sup> Informações obtidas em <<http://www.feam.br>> Acessado em: 10 abr. 2005.

<sup>24</sup> Dados obtidos em <<http://www.cetesb.sp.gov.br/licenciamentoo.asp>> Acessado em: 19 abr. 2005.

<sup>25</sup> TJMG. Apelação Cível. 1.0024.03.943058-2/001. Rel. Des. Wander Marotta. Julgada em 07.12.2004. Disponível em <[www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br)>. Acessado em 21/03/2005. (grifos nossos)

#### 4. A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE- SISMUMA COMO MEIO VIABILIZADOR DO LICENCIAMENTO PELOS MUNICÍPIOS

A despeito de sua extensão territorial, potenciada pelas significativas diferenças regionais, o Brasil está entre os países pioneiros que implantaram “não um único, mas múltiplos sistemas de gestão ambiental”<sup>26</sup>, envolvendo todos os entes federativos.

O Sistema Nacional do Meio Ambiente foi criado no intuito de conjugar esforços para equacionar a questão ambiental através da convergência de políticas públicas integradas, fundamentando-se no princípio básico da “unidade na multiplicidade e multiplicidade na unidade”.<sup>27</sup>

Entretanto, o SISNAMA não atua isoladamente, uma vez que “não tem personalidade jurídica, nem sede, nem endereço e CNPJ”<sup>28</sup>, depende para o seu funcionamento e, até, para sua existência, dos órgãos que o estruturam, isto é, da ação cooperada do três entes federados. “A alma do Sisnama, sua força e forma de presença é a comunicação entre os subsistemas e as instituições que o integram.”<sup>29</sup>

Daí depreende-se a crescente importância da instituição dos sistemas estadual e municipais de meio ambiente. A implementação do Sistema Municipal de Meio Ambiente- SISMUMA- é a chance do município gerir os problemas ambientais localizados nos limites de seu território.

O SISMUMA deve ser composto de estrutura organizacional - secretarias, órgãos municipais de fiscalização, conselhos de meio ambiente com poder deliberativo-, sustentado por arcabouço legal e, principalmente, dispor de corpo técnico altamente especializado. **Conseqüentemente, o município que implementar o SISMUMA, estará apto a proceder ao licenciamento municipal.** (grifo nosso)

É de suma relevância o licenciamento municipal por várias razões. A uma, porque apenas no âmbito local é possível ter uma imagem precisa da dimensão a ser causada pelo empreendimento, a duas, o município pode acompanhar de forma mais efetiva a execução da obra e fiscalizar se as exigências do licenciamento estão sendo cumpridas, a três, a demanda de licenciamento suportada pelos órgãos estaduais é muito alta, fato este que, agravado pela extensão territorial do estados, ocasiona a onerosidade e a morosidade dos processos de licenciamento.

Esses fatores podem chegar a inviabilizar a iniciativa privada, haja vista que, principalmente para os empreendedores de pequeno e médio porte, a distância do órgão estadual onera excessivamente o custo do processo licenciatório.

No que confere à fiscalização, válida é análise de que a mesma realizada por órgãos estaduais, denota maiores reflexos de morosidade e onerosidade aos cofres públicos. O município, por sua vez, detém melhores condições de acompanhar o desenvolvimento do empreendimento, atestando se as exigências da licença ambiental estão sendo cumpridas.

<sup>26</sup> MILARÉ, Edis. Sistema municipal do meio ambiente – Sismuma: instrumentos legais e econômicos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.14, 1999. p.38.

<sup>27</sup> MILARÉ, Edis. Sistema municipal do meio ambiente – Sismuma: instrumentos legais e econômicos. p. 39.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibid., p.44.

O Município licenciará os empreendimentos em que a área de influência direta do impacto ambiental esteja compreendida nos seus limites territoriais. Cumpre ressaltar que é relevante a possibilidade do município firmar convênios com o órgão estadual, no intuito de determinar a competência municipal para licenciar certos tipos de empreendimentos predeterminados por aquela legislação. Sendo assim, a competência do município dependerá da análise dos valores do potencial degradador do empreendimento, em comparação com os padrões previstos na legislação estadual.

Ademais, recomenda-se a implementação de bancos de dados interligados objetivando-se a constante troca de informações e a ação coordenada dos gestores dos recursos naturais.

Nesse sentido, fazemos como nossas as palavras de Edis Milaré:

*Na seqüência, um Sistema Municipal do Meio Ambiente reproduziria, com as devidas adaptações, o mesmo esquema estrutural e o mesmo espírito dos Sistemas Nacional e Estadual de Meio Ambiente. Contudo, há uma diferença apreciável que marca o sistema municipal: o município está muito próximo da comunidade e gere, diretamente, muitos de seus interesses. Não tem a amplitude e o descortino do Sisnama e do Sistema e do Sistema Estadual, porém, é marcado por um sentido forte da realidade local. Esse sentido, que favorece a objetividade na gestão ambiental, pode ser uma valiosa contribuição do município para o estado e a União.<sup>30</sup>*

Finalmente, cumpre lembrar que o fortalecimento das ações localizadas na busca de efetivação de políticas públicas voltadas para a proteção do meio ambiente é uma das recomendações da Agenda 21, a qual consubstancia na conhecida frase: “agir localmente e pensar globalmente”.

## **5. O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 12/2003 COMO A SOLUÇÃO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

A doutrina há muito ressalta a necessidade da edição de lei complementar sobre normas gerais de cooperação entre os entes da federação para a consecução da proteção ambiental, evitando-se a atuação desordenada e, muitas vezes, contraditória entre os entes da federação.

Registra-se o apelo de Paulo de Bessa Antunes:

*É urgente que seja elaborada a Lei Complementar federal sobre normas gerais e que os entes federativos descubram suas vocações específicas para que a proteção ao meio ambiente possa se fazer de forma harmônica e integrada, como é o espírito da Política Nacional do Meio Ambiente que, lamentavelmente, ainda não vigorou.<sup>31</sup>*

<sup>30</sup> MILARÉ, Edis. Sistema municipal do meio ambiente – Sismuma: instrumentos legais e econômicos, p. 45.

<sup>31</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 80.



A questão é que o art.23 da Constituição atribui a competência ambiental comum aos três entes federativos, no entanto, não foi editada lei complementar para regulamentar a atuação coordenada destes e “a prática tem demonstrado que os três níveis da administração pública não agem coordenadamente”, sendo “rotineira a tomada de medidas contraditórias e até mesmo antagônicas entre eles”.<sup>32</sup>

Em relação ao licenciamento ambiental, a problemática não é diferente, aliás, a questão da atuação desordenada e da tomada de decisões contraditórias é acentuada.

Como foi exposto, a ausência de lei complementar que regulamente a Constituição acarretou a superposição de atribuições entre os órgãos ambientais dos três entes federativos e, o que é ainda pior, a multiplicidade de licenciamentos. A partir do momento em que um mesmo empreendimento possa ser licenciado por diferentes órgãos ambientais, a chance de ocorrência de decisões contraditórias é imensa, fato este que causa perplexidade na população em geral e, principalmente, nos empreendedores.

Nesse sentido, é a posição de Paulo Affonso: “Note-se que a ignorância das múltiplas atividades dos órgãos ambientais dos entes federados age negativamente, provocando desesperança da coletividade e desconfiança nos próprios escalões administrativos”.<sup>33</sup>

A realidade é que o empreendedor, ao requerer a licença ambiental, não sabe, ao certo, a que órgão se dirigir. Se nem os doutrinadores chegaram a um consenso em matéria de competência para o licenciamento ambiental, quem dirá a população.

No intuito de resolver o conflito de competência em matéria de licenciamento ambiental, a Resolução 237, de 1997, fixou a competência dos estados (art.5º) e regulamentou a competência dos municípios (art. 6º). Apesar do relevante intuito da resolução, esta não é a espécie normativa adequada para regulamentar competência.

Pertinente é a observação de Edis Milaré: “parece que esta resolução foi baixada à mingua de regulamentação do art.23, par. ún., da C.F.”<sup>34</sup>

Diante do vício formal que permeia as disposições de competência relacionadas na Resolução 237/97, urge que tal lei complementar integre o nosso sistema jurídico, tornando legal, de uma vez por todas, a competência licenciatória do município.

Além disso, “grifa-se a importância de uma lei complementar que preveja a troca permanente e sistemática da informação ambiental. Esse intercâmbio de informações tornaria realidade o art. 9º da Lei 6938/81”.<sup>35</sup>

Nesse sentido, apresenta-se o Projeto de Lei Complementar 12/2003, de autoria do deputado Sarney Filho, o qual fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que se refere às competências comuns previstas nos incisos VI e VII do art. 23 da Constituição Federal.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 93.

<sup>34</sup> MILARÉ, Edis. *Sistema municipal do meio ambiente – Sismuma: instrumentos legais e econômicos*, p. 45.

<sup>35</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *op. cit.*, p.92.

No tocante ao licenciamento ambiental, o projeto delimita a competência estadual e municipal. Referindo-se a esta, determina:

*Art. 10. Compete aos órgãos municipais do SISNAMA:*

*IV – efetuar o licenciamento ambiental, em substituição ao órgão estadual do SISNAMA, no caso de empreendimento ou atividade cujo impacto ambiental circunscreva-se ao território do município, se assim for previsto por convênio com o órgão estadual;*

*§ 2º Os órgãos municipais do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos federais e estaduais do SISNAMA para o desempenho das atribuições previstas neste artigo, bem como integrar consórcios municipais com a mesma finalidade.<sup>36</sup>*

É notável o referido projeto no sentido de ter atribuído a competência licenciatória aos municípios no caso de empreendimento cujo impacto ambiental circunscreva-se ao território deste, pautando-se, sem dúvidas, pelo princípio da predominância do interesse e da subsidiariedade. Além disso, elogia-se também a previsão da necessidade de ser firmado o convênio entre o município e o órgão estadual. Dessa forma, garante-se a atuação coordenada entre os entes.

Ademais, registra-se que o projeto, ao determinar que compete ao município efetuar o licenciamento ambiental, “em substituição ao órgão estadual”, institui o licenciamento em um único nível de competência, elidindo-se, assim, o problema da superposição de decisões e da multiplicidade de licenciamento.

Finalmente, salienta-se que o Projeto de Lei Complementar 12/2003 é digno de aplausos na medida que representa a solução para o conflito de competência em matéria de licenciamento ambiental e torna-se imperioso que seja aprovado e promulgado, adentrando ao nosso arcabouço legal.

## **6. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** Como intróito à importância do licenciamento ambiental na esfera municipal, frisa-se que o município é o ente federativo detentor de um forte sentido da realidade local, por gerir seus interesses, constatando-se que todo impacto ambiental surge localmente. Nesse sentido, o critério justificador da interferência do município no processo licenciatório, com poder de decisão, é o da área de influência direta do impacto ambiental.

**6.2** Ao explicar sobre o Projeto de Lei Complementar 12/2003, estudos de cunho perscrutativo revelam a urgência da promulgação e publicação do Projeto ora mencionado, o qual regulamenta o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, como uma alternativa apta a solucionar, ao menos em parte, o conflito da repartição de competência para licenciar. Fundamentado nos princípios da pre-

<sup>36</sup> BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº12/2003*. Fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que se refere às competências comuns previstas nos incisos VI e VII do art. 23 da Constituição Federal. Disponível em <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>.

dominância do interesse e da subsidiariedade, o projeto confere aos municípios a competência do licenciamento de empreendimentos cujo impacto ambiental circunscreva-se ao seu território, mediante convênio com o órgão estadual. Ressalta-se, pelo princípio da subsidiariedade, o fato do município encontrar-se em melhor posição para compreender e suprir as necessidades locais, com maior êxito, do que os estados-membros e a União.

**6.3** A primazia pela viabilização de um convênio entre estado e município figura como canal de concretização do licenciamento ambiental municipal, propulcionando, em nível micro, porém, com reflexos macro, a preservação do meio circundante. Como vantagens da instituição do convênio entre o órgão ambiental estadual e o município nota-se: a determinação pela legislação estadual dos padrões que servirão para balizar a análise do âmbito de impacto do empreendimento e a exigência pelo ente estadual do cumprimento de requisitos mínimos para concessão do licenciamento ao município, quais sejam, a instituição de Conselho Municipal de Meio Ambiente, com representação da sociedade civil, corpo técnico qualificado e respaldo legal que preveja o licenciamento.

**6.4** A implementação do Sistema Municipal do Meio Ambiente – SISMUMA, como meio de viabilizar o licenciamento municipal, serve de estrutura de cooperação para descentralização da gestão ambiental, capaz de elidir o problema da multiplicidade de licenças e, finalmente, contribuir para diminuição da onerosidade e morosidade do processo licenciatório, especialmente para pequenos e médios empreendedores. Destaca-se, como vetores da onerosidade e morosidade, a presença de altas taxas para a emissão das licenças, o custo da fiscalização e a distância existente entre o empreendedor e o órgão ambiental estadual, engessando um processo que poderia ser menos oneroso e menos moroso se realizado por município capacitado para tal fim.

**6.5** A articulação entre os governos federal, estadual e municipal, objetivando troca de informações e o escopo de evitarem não apenas a superposição de licenças, mas também, a ocorrência de decisões contraditórias no processo licenciatório, gerando perplexidade na população e descrédito no órgão licenciador, apresenta-se como meio eficaz de atuação do SISNAMA. Denota-se, pois, a compreensão de que a cooperação entre os entes federativos encontra-se alicerçada na articulação de governos e na comunicação de ações.

**6.6** Nos municípios em que há política ambiental implementada, a revitalização do SISMUMA é o instrumento eficiente para combater a multiplicidade de licenciamentos e para confirmar a participação municipal no SISNAMA, não apenas como figurante do sistema de proteção ambiental imposto por lei, mas como agente pró-ativo. Apenas dessa forma, exercendo seu verdadeiro papel constitucional de ente federativo dotado de autonomia, o município, em conjunto com os outros entes ou no preenchimento de lacunas e omissões destes, cumprirá, diligentemente, seu dever de proteção ambiental e, por conseguinte, contribuirá para a perpetuação de nossa espécie em um ambiente ecologicamente equilibrado.

# PLANO DIRETOR E PROTEÇÃO ÀS AMBIÊNCIAS URBANAS COMO ELEMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL – A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CASO DE PORTO ALEGRE

**ANA LUISA SOARES DE CARVALHO**

Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal e mestranda da UFRGS

**VANÊSCA BUZELATO PRESTES**

Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal e mestranda da PUC-RS

## 1. INTRODUÇÃO

Os Planos Diretores contemporâneos precisam superar a regulamentação físico-territorial de ordenação de uso do solo, a fim de serem utilizados como um efetivo instrumento de gestão urbano-ambiental. Para tanto, devem conter instrumentos que intervenham nos mais variados aspectos da cidade.

O presente estudo demonstra como o Plano Diretor de Porto Alegre tratou a proteção das ambiências urbanas, compreendida como patrimônio cultural da cidade.

A áreas especiais de interesse cultural são previstas no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental em seu art. 92<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 92. *As Áreas de Interesse Cultural são áreas que apresentam ocorrência de Patrimônio Cultural que deve ser preservado a fim de evitar a perda ou o desaparecimento das características que lhes conferem peculiaridade.*

§1º As Áreas Funcionais de Interesse Paisagístico e Cultural identificadas na Lei Complementar nº 43, de 21 de julho de 1979, são incorporadas a esta Lei, passando a denominar-se de Áreas de Interesse Cultural, e serão objeto de reavaliação, que poderá alterar seus limites e seus regimes urbanísticos, ou mesmo suprimi-las.

§2º A preservação de Áreas, Lugares e Unidades far-se-á pela definição de regime urbanístico específico, por tombamento e inventário.

§3º Na ausência de regime urbanístico específico para as Áreas de Interesse Cultural, o uso e a ocupação serão autorizados desde que demonstradas as condições desejáveis de preservação, através de Estudo de Viabilidade Urbanística.

§4º A identificação das áreas e dos bens que constituem Patrimônio Cultural será objeto de estudos específicos baseados no Inventário do Patrimônio Cultural, observados o valor histórico, a excepcionalidade, os valores de representatividade, de referência, arquitetônico, simbólico, práticas culturais, tradições e heranças, levando ainda em consideração as relações físicas e culturais com o entorno e a necessidade de manutenção de ambientação peculiar.

§5º Lei específica regulamentará o Inventário do Patrimônio Cultural, estabelecendo conceitos, conteúdos, critérios de seleção, características, vigência, formas de proteção e de incentivo.

§6º *Com vistas à preservação das áreas e bens que constituem o Patrimônio Cultural, aplicam-se normas específicas para licenciamento de veículos de publicidade.*

O PDDUA optou por um modelo flexível que necessita de uma série de complementações a serem incorporadas ao processo de planejamento, a partir da fixação das diretrizes de uso e ocupação do solo e da morfologia de seus espaços, com o fim de valorização e promoção da preservação do patrimônio ambiental. Considera, para tanto, as regras gerais de uso e ocupação do solo urbano para cada área selecionada, bem como todas as características volumétricas, os usos e sua distribuição e demais especificações arquitetônicas, paisagísticas ou urbanísticas necessárias à digna valorização dos bens ambientais e seus entornos. Estabeleceu uma conceitualização para que, posteriormente, estas fossem identificadas pelo próprio Sistema. E, com o objetivo de deflagrar o sistema de proteção jurídica e evitar o perdimento dos bens assim qualificados, o PDDUA introduziu no § 3º do art. 92 regra cristalina acerca do regime urbanístico para estas áreas na forma que segue:

*§3º Na ausência de regime urbanístico específico para as Áreas de Interesse Cultural, o uso e a ocupação serão autorizados desde que demonstradas as condições desejáveis de preservação, através de Estudo de Viabilidade Urbanística. (grifamos).*

Note-se que a ausência de regime urbanístico específico refere-se a todas as áreas de interesse cultural assim identificadas pelo órgão competente, e não somente aquelas referidas no § 1º. Isto porque a identificação implica em reconhecer características inerentes à preservação. É o que conhecemos por ato-fato jurídico, ou seja, somente será objeto de preservação se tiver algo a preservar. E, se assim o é, há uma proteção constitucional ao tema que merece ser avaliada pelos órgãos competentes, não obstante a existência de um regime urbanístico geral para a cidade. Existindo preservação a ser feita, é dever constitucional seu reconhecimento, sob pena de responsabilização. Ora, os servidores municipais, os gestores públicos, os responsáveis pela aprovação municipal, tendo conhecimento da identificação de áreas relevantes histórica e culturalmente para a cidade não podem ignorar a sua existência, sob pena de responsabilidade.

Registre-se, por oportuno, que o regime urbanístico ao fim e ao cabo será definido por Lei, a teor do que dispõe o art. 86, § 2º do PDDUA. Toda a discussão estabelecida refere-se às medidas acautelatórias que devem ser tomadas pelos órgãos municipais, a partir da identificação destas áreas. E, neste sentido, é que identificamos no próprio Plano Diretor, justamente por ter uma concepção flexível, mecanismos que dão guarida a possibilidade de proteção destas áreas, até a definição do regime urbanístico por lei. Veja-se que somente o estudo de delimitação das áreas levou quatro anos de trabalho para ser concluído. O debate sobre o tema já ocorreu em todo o ano passado. Assim, denota-se imprescindível a utilização dos procedimentos cautelares que foram adotados para garantir que ao fim do debate a delimitação e o regime urbanístico que resultar da lei possa ser efetivamente aplicado, sob pena de cair no perecimento se as condições fáticas se modificarem. Por isso a necessidade de não demolir, não permitir edificações que descaracterizem as ambiências identificadas como de interesse cultural ou de não aprovar novos empreendimentos que permitam a modificação da ambiência protegida.

Em síntese, este estudo demonstra (a) que a instituição de Áreas decorre de previsão legal específica, sendo imposição constitucional a proteção dos interesses culturais; (b) a forma que o PDDUA prevê a utilização do instrumento áreas especiais de interesse cultural; (c) a necessidade de adoção do princípio da precaução, e (d) a identificação dos limites jurídicos decorrentes da definição de áreas passíveis de proteção na cidade.

*Para tanto, necessário contextualizar a temática jurídico legal, na forma que segue.*

## 2. HISTÓRICO

A legislação de proteção ao patrimônio cultural é um dos instrumentos disponíveis da Administração Pública Municipal para a gestão da sua atuação e do exercício eficaz do poder de polícia. Para sua concretização é necessário que a organização administrativa tenha suporte para garantir uma atuação efetiva na proteção ao patrimônio cultural.

A primeira recomendação sobre a necessidade de proteção dos prédios de interesse cultural como forma de preservação da memória de um povo foi feita através da *Carta de Veneza*, de 1964, que é a base fundamental do Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS), estabelecendo os princípios que devem presidir à conservação e ao restauro dos monumentos que são portadores de uma mensagem espiritual do passado e testemunho vivo das tradições de um povo.

Se, no âmbito internacional, a idéia de preservação do patrimônio cultural é recente, em nível nacional, a sua configuração e definição ainda está *em construção*, mesmo diante do comando impositivo da Constituição Federal de 1988 no sentido de atribuir a competência e o dever de proteção do patrimônio cultural aos entes da federação, em todos os seu níveis, ampliando os instrumentos para o cumprimento deste objetivo. Então, o que estava antes calcado apenas na figura do tombamento, cujo processo está regulado pelo Decreto-Lei n. 25/37, hoje conta com vários instrumentos adequados ao tipo de proteção necessária ao bem cultural.

A Constituição Federal de 1934, baseada no conceito do Estado do Bem-Estar Social que institucionaliza a possibilidade de intervenção na Ordem Econômica, inseriu como regra constitucional o dever do Estado na proteção dos bens culturais. A Constituição Federal de 1988 foi a que melhor abordou o tema, tanto na conceituação de patrimônio cultural – admitindo como a cultura praticada, criada e representativa das mais diversas camadas da população a partir dos valores introduzidos pelo movimento modernista – como a consolidação dos *novos* instrumentos de proteção, como o inventário, o registro, a vigilância e possibilidade de criação pelo Poder Público de outras formas de proteção.

Em Porto Alegre, a partir dos anos 70, com o surgimento das primeiras legislações municipais que tratam do patrimônio cultural, é criado o **Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural (COMPAHC)**, composto por

representantes de entidades civis com atividades afetas ao planejamento urbano, a cultura e a história, bem como representantes de órgãos de Administração Pública Municipal. O COMPAHC foi criado pela Lei n° 4.139, de 09 de julho de 1976, e regulamentado pelo Decreto n. 11467, de 27 de março de 1996, com a atribuição de *(I) assessorar a Administração Municipal nos assuntos pertinentes ao Patrimônio Histórico e Cultural do Município; (II) estabelecer critérios para o enquadramento dos valores históricos e culturais, representados por peças, prédios e espaços a serem preservados mediante tombamento, desapropriação, inventário, registros, vigilância ou qualquer outra forma de acautelamento; (III) apreciar as propostas de inclusão no Patrimônio Histórico e Cultural do Município de bens considerados de valor histórico e cultural;* entre outras atribuições arroladas no artigo 2º do citado Decreto. Nos termos do artigo 3º do Decreto Municipal, o COMPAHC é composto por 15 (quinze) membros designados pelo Prefeito Municipal, com renovação bienal do terço, sendo 8 (oito) membros da Prefeitura Municipal, e 7 (sete) membros, sem qualquer vinculação com o Município, representantes das seguintes entidades: Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul - IHGRGS; Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB; Sociedade de Engenharia do Rio Grande do Sul - SERGS; Associação Riograndense de Imprensa - ARI; Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC; Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado - IPHAE; Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Em 1981, foi organizada a **Equipe do Patrimônio Histórico e Cultural - EPAHC** - que é o órgão responsável pelas questões relacionadas com o Patrimônio no Município. Os estudos técnicos e documentos legais, embasando as ações da Administração Pública Municipal, têm permitido a preservação de centenas de bens que constroem e reforçam a nossa memória e a nossa identidade como população, com uma história e uma trajetória comuns.

Em 1999 a cidade de Porto Alegre aprovou seu novo Plano Diretor, por intermédio da Lei Complementar N° 434/99. A orientação da política de preservação estabelecida no Plano Diretor está expressa no texto da Arquiteta Elena Graeff, da Equipe de Patrimônio Artístico, Histórico e Cultural da Secretaria Municipal de Cultura:

*“Espaços abertos e conjuntos construídos, envolvendo os bens e seus contextos mais amplos, assim como a compatibilização destes com as novas inserções no tecido urbano já consolidado, passam a ser objeto de interesse da preservação. Por outro lado, ambiências e traçados urbanísticos são valores culturais que não devem ser perdidos. Mais ainda, manifestações coletivas tais como festas tradicionais, rituais e simples pontos de referência da população também caracterizam patrimônio a ser preservado.*

...

*Acrescente-se aos aspectos conceituais descritos, a prática cotidiana dos técnicos da Prefeitura, que assistiram ao longo desses anos muitos dos bens de interesse para preservação serem destruídos ou totalmente descaracterizados. A especulação imobiliária, no afã do lucro imediato, atendendo à legislação na sua visão estritamente pontual, isto é, no que se refere a diretrizes específicas*

*de ocupação do lote, tratado individualmente, também muito contribuiu para a demolição e substituição de estruturas que perfeitamente poderiam ter sido preservadas, sem inviabilizar novos empreendimentos”.*

Em conformidade com esta orientação, a atuação do Município pauta-se no sentido de preservação de uma identidade cultural e, como reflexo, foi elaborado estudo que objetiva a redefinição das Áreas de Interesse Cultural para a extensão das garantias de preservação das características ambientais e culturais, com proposta de estabelecimento de regime urbanístico próprio.

A compreensão de que o ambiente urbano está inserido na noção de meio ambiente não apenas para a preservação dos recursos naturais, mas também para a proteção do ambiente artificial, construído pelo homem, insere a proposta de uma nova concepção de proteção dos espaços construídos, ajustando-se a ordem constitucional na definição destas áreas como quesito de identidade cultural.

### **3. MEIO AMBIENTE NO ESPAÇO URBANO**

A expressão “meio ambiente” está consagrada no Brasil, não obstante estar constituída de palavras sinônimas, na medida em que o ambiente é a própria expressão do que ocorre no meio, sendo que a primeira inclui a noção da segunda<sup>2</sup>. A Lei Federal nº 6.938/81 ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e a Constituição Federal, em capítulo sobre o Meio Ambiente inserido no Título da Ordem Social, demonstram a adoção da expressão em nosso País.

O meio ambiente no espaço urbano exige a incorporação de uma dimensão que extrapola a avaliação do ambiente natural (ar, água, solo, fauna e flora), ampliando-o de forma a integrar os elementos naturais, culturais e artificiais que interagem e interferem nas cidades, sempre considerando a presença e a existência do homem.

A Constituição Federal consagrou a defesa do meio ambiente como princípio geral da ordem econômica e financeira ao lado dos princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego, entre outros, inscritos no seu art. 170<sup>3</sup>. A adoção deste princípio conformador da ordem constitucional, implica reconhecer que todo o crescimento econômico deve respeitar o meio ambiente, ou, que apenas o crescimento econômico integrado ao meio ambiente é o passível de ser realizado no Brasil. Há, portanto, a

<sup>2</sup> MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*, São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000, p. 52

<sup>3</sup> Art. 170 Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades sociais;

VIII - busca de pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”



indissociabilidade entre o direito ambiental e direito econômico. Cristiane Derani<sup>4</sup> salienta serem as normas ambientais essencialmente voltadas a uma relação social e não a uma “assistência à natureza”. Aduz que a finalidade do direito ambiental coincide com a finalidade do direito econômico. Ambos propugnam pelo aumento do bem-estar ou qualidade de vida individual ou coletiva.

Marés de Souza Filho<sup>5</sup>, entende que o meio ambiente compreende a natureza e as modificações nela introduzidas pelo ser humano. Esclarece que o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora, a fauna as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Classifica como *meio ambiente natural* os elementos que existem independentes da ação do homem e de *meio ambiente cultural* os elementos que são fruto da sua intervenção. Eros Grau<sup>6</sup> diz que a primeira perspectiva, conservadora do assunto, tinha o meio ambiente como uma mera representação jurídica dos recursos naturais e de suas relações com o ser vivo. Salienta ter passado esta concepção por um processo de evolução, de sorte que hoje meio ambiente é algo além da ecologia. Abrange não apenas o que é natural, mas também o que é artificial, no sentido do atuar humano.

Neste sentido também é a conceituação de José Afonso da Silva: “*O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente, é assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”.<sup>7</sup>

O PDDUA<sup>8</sup> trata a área construída como inserida no meio ambiente urbano, e não dissociada dele. No capítulo relativo à qualificação ambiental, o artigo 13 traça os objetivos de valorização do Patrimônio Ambiental, definindo as estratégias a partir da noção do meio ambiente urbano como representação dos espaços de ocupação e preservação, natural e construído, necessariamente entrelaçados e desafiadoramente equilibrados, essenciais para a sadia qualidade de vida da cidade. Para a implementação da estratégia de qualificação ambiental, o *Patrimônio Ambiental abrange os Patrimônios Cultural e Natural*, como define o parágrafo 1º do já citado artigo 13 do PDDUA<sup>9</sup>, adotando um conceito mais amplo e representativo da dinâmica da vida moderna e sua condição urbana.

<sup>4</sup> DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 17

<sup>5</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Bens Culturais e Proteção Jurídica. Porto Alegre:EU/Porto Alegre, 1997, p.9.

<sup>6</sup> GRAU, Eros. Equilíbrio Ambiental no Espaço Urbano, in *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Nº 8, março de 1995, p. 68

<sup>7</sup> AFONSO DA SILVA, José. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994, p.6

<sup>8</sup> Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental

<sup>9</sup> PDDUA, Art. 13 – *A Estratégia de Qualificação Ambiental tem como objetivo geral qualificar o território municipal, através da valorização do Patrimônio Ambiental, promovendo suas potencialidades e garantindo sua perpetuação, e da superação dos conflitos referentes à poluição e degradação do meio ambiente, saneamento e desperdício energético.*

§1º. *O Patrimônio Ambiental abrange os Patrimônios Cultural e Natural.*

§2º. *Os espaços representativos do Patrimônio Ambiental devem ter sua ocupação e utilização disciplinadas de forma a garantir sua perpetuação, nos termos da Parte II.*

Para fins urbanos, portanto, o conceito de meio ambiente engloba os espaços em todas as suas dimensões de uso e ocupação – natural, cultural, social, econômico e institucional. Compete ao Município a avaliação de todas estas dimensões tanto no planejamento da cidade, quanto na interpretação e aplicação dos princípios decorrentes desta compreensão urbano-ambiental.

#### **4. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL**

De todo o exposto, já fica evidenciado que o patrimônio cultural integra o conceito de meio ambiente no espaço urbano, sendo protegido pelos meios constitucionalmente previstos.

A cidade é o cenário da vida dos seus habitantes, trabalhadores e visitantes. É o espaço onde a vida acontece e, por isso, é o único ente federativo de existência real, materializado em seus prédios, ruas, parques. A Federação e os Estados são ficções jurídicas, que se compõem de conglomerados de cidades e espaços rurais com fronteiras institucionalizadas que, em regra, não são rompidas. O limite institucional de uma cidade não existe de fato, porque ele se alarga, se confunde e se funde com vilarejos e cidades vizinhas, porque o seu movimento é dinâmico, complexo e ininterrupto.

*“...tudo o que pode ser imaginado pode ser sonhado, mas mesmo o mais inesperado dos sonhos é um quebra-cabeça que esconde um desejo, ou então o seu oposto, um medo. As cidades, como os sonhos, são construídas por desejos e medos, ainda que o fio condutor de seu discurso seja secreto, que as suas regras sejam absurdas. As suas perspectivas enganosas, e que todas as coisas escondam uma outra coisa.*

*As cidades também acreditam ser obra da mente ou do acaso, mas nem um nem outro bastam para sustentar as suas muralhas. De uma cidade, não aproveitamos as suas sete ou setenta e sete muralhas, mas a resposta que dá às nossas perguntas”<sup>10</sup>.*

A cidade reproduz o significado de valores, hábitos, crenças, contando, através das imagens, a história de um povo, porque encerra uma parcela abstrata que produz um universo significante e finito<sup>11</sup>.

E a memória social da cidade, traduzida em imagem, é um bem comum desta mesma sociedade, cuja paisagem deflagra sua história e o cotidiano de outros tempos interpolado com o dia a dia; como bem comum é objeto da proteção institucionalizada pelo Estado, porque *a cidade é a arte que forja múltiplos elos político-culturais para criar uma coletividade particular*<sup>12</sup>.

Silva assim conceitua a paisagem urbana, colocando-a como uma preocupação inerente às cidades em construção, a saber:

<sup>10</sup> CALVINO, Ítalo. As cidades invisíveis. Trad. Diogo Mainardi, SP: Ed. Cia das Letras, 1990, p. 44.

<sup>11</sup> CASÉ, Paulo. A cidade desvendada. RJ: Ediouro, 2000, p. 18.

<sup>12</sup> CASÉ, Paulo. A cidade desvendada. RJ: Ediouro, 2000, p. 111.

*“A paisagem urbana é, assim, a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes. Serão tão mais atraente quanto mais constitua uma transformação cultural da paisagem natural do seu sítio, e tanto mais agressiva quanto mais tenham violentado a paisagem natural, ‘sem acrescentar-lhe valor humano algum’. Uma cidade não é um ambiente de negócios, ou simples mercado onde até a paisagem é objeto de interesses econômicos lucrativos; mas é, sobretudo, um ambiente de vida humana, no qual se projetam valores espirituais perenes, que revelam às gerações porvindouras a sua memória”.*<sup>13</sup>

A regra constitucional é a delimitação do interesse público, que prevalece sobre o direito do particular quando em confronto, no sentido inequívoco de conferir proteção do patrimônio cultural, conceituado no artigo 216<sup>14</sup>, de forma a contemplar com amplitude as diversas manifestações culturais que identificam a nossa sociedade. O Município de Porto Alegre, na sua esfera de competência, tem atuação efetiva no desenvolvimento de ações e políticas governamentais que objetivam a preservação do patrimônio cultural. A Lei Orgânica do Município determina como dever a preservação do patrimônio cultural, estabelecendo os instrumentos para a sua efetivação e admitindo a utilização de outros não arrolados<sup>15</sup>.

O atual Plano Diretor de Porto Alegre foi resultado de discussões com segmentos da sociedade que tiveram início no Projeto Porto Alegre Mais – Cidade Constituinte, em 1993, por iniciativa da Prefeitura Municipal, que abriu um novo espaço de debates a cidade na definição de diretrizes e ações que desenhariam o seu futuro, objetivando a indicação de projetos e obras relacionadas com o desenvolvimento urbano e econômico<sup>16</sup>. A partir destas definições e atuações conjuntas

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 3ª. ed., SP: Ed. Malheiros, 2000, p. 293.

<sup>14</sup> Art. 216. *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

<sup>15</sup> Lei Orgânica, art. 196. *O Município, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural e histórico por meio de inventários, registros, vigilância, tombamentos, desapropriações e outras formas de acautelamento e preservação.*

§ 1º - O Município complementarará o procedimento administrativo do tombamento na forma da lei.

§ 2º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei.

§ 3º - As instituições públicas municipais ocuparão preferencialmente prédios tombados, desde que não haja ofensa a sua preservação.

§ 4º - Os prédios tombados utilizados em atividades ou serviço de acesso ao público deverão manter em exposição seu acervo histórico.

§ 5º - O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano disporá, necessariamente, sobre a proteção do patrimônio histórico e cultural.

<sup>16</sup> OSÓRIO, Leticia Marques. A cidade informal e o novo Plano Diretor de Porto Alegre. In Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. ABDR. Belo Horizonte. 2001, p. 166.

com órgãos da sociedade, foi elaborado o novo Plano Diretor – Lei Complementar n. 434/99 -, que regulamentou a política urbana proposta.

O planejamento da ocupação do solo urbano obedece, necessariamente, à função social da propriedade, para a qual é imprescindível que exista um grau de razoabilidade entre a intensidade de seu uso com o potencial de desenvolvimento das atividades de interesse urbano. É nesta ótica que o Plano Diretor, na condição de principal instrumento de política urbana no âmbito Municipal, estabelece o planejamento de utilização e ocupação do solo urbano a partir da sistemática constitucional que disciplina a propriedade urbana, explicitando que a sua função social coincide com a da própria cidade e a sua ordenação<sup>17</sup>.

A estratégia de qualificação ambiental estabelecida no Plano Diretor é orientada no sentido de valorização do patrimônio ambiental para a promoção das potencialidades e garantia de sua perpetuação como a grande meta da cidade do futuro, propondo critérios adequados às características de cada ambiente, consoante o disposto no artigo 13<sup>18</sup>. Na função de principal instrumento jurídico de planejamento urbano, no sentido de que *planejar é a arte do possível*<sup>19</sup>, o PDDUA, no seu artigo 14, conceitua o patrimônio cultural e o classifica os bens, quando enquadrados em inventário, conforme sua definição de edificação de estruturação como sendo *aquela que por seus valores atribui identidade ao espaço, constituindo elemento significativo na estruturação da paisagem onde se localiza*; ou edificação de compatibilização, *que expressa relação significativa com a de Estruturação e seu entorno, cuja volumetria e outros elementos de composição requerem tratamento especial*<sup>20</sup>.

O artigo 92 do citado Plano Diretor define as áreas de interesse cultural como aquelas cujo patrimônio deve ser preservado para evitar a perda ou o desaparecimento das características que justificam seu peculiar interesse à comunidade, estabelecendo a forma de preservação e os valores que devem ser ponderados no estudo específico de identificação dos bens de interesse cultural, conforme já citado e examinado em item específico.

<sup>17</sup> Art. 182. *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

§ 2º - *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

<sup>18</sup> Art. 13. *A Estratégia de Qualificação Ambiental tem como objetivo geral qualificar o território municipal, através da valorização do Patrimônio Ambiental, promovendo suas potencialidades e garantindo sua perpetuação, e da superação dos conflitos referentes à poluição e degradação do meio ambiente, saneamento e desperdício energético.*

§1º O Patrimônio Ambiental abrange os Patrimônios Cultural e Natural.

§2º *Os espaços representativos do Patrimônio Ambiental devem ter sua ocupação e utilização disciplinadas de forma a garantir a sua perpetuação, nos termos da Parte II.*

<sup>19</sup> HALL, Petter. *Cidades do amanhã*. Ed. Perspectiva, SP: 1988, p. 196.

<sup>20</sup> Art. 14. *Integra o Patrimônio Cultural, para efeitos desta Lei, o conjunto de bens imóveis de valor significativo - edificações isoladas ou não -, ambiências, parques urbanos e naturais, praças, sítios e paisagens, assim como manifestações culturais - tradições, práticas e referências, denominados de bens intangíveis -, que conferem identidade a estes espaços. Parágrafo único. As edificações que integram o Patrimônio Cultural são identificadas como Tombadas e Inventariadas de Estruturação ou de Compatibilização, nos termos de lei específica, observado que:*

*I - de Estruturação é aquela que por seus valores atribui identidade ao espaço, constituindo elemento significativo na estruturação da paisagem onde se localiza;*

*II - de Compatibilização é aquela que expressa relação significativa com a de Estruturação e seu entorno, cuja volumetria e outros elementos de composição requerem tratamento especial*

## 5. PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO-AMBIENTAL (LEI COMPLEMENTAR 434) E ÁREAS DE INTERESSE CULTURAL

Nos termos asseverados na introdução deste trabalho a concepção do PDDUA foi de flexibilização das normas, buscando complementação por intermédio do Sistema Municipal de Planejamento.

No que refere as Áreas Especiais de Interesse Cultural, propriamente ditas, cabe dizer que integram o patrimônio ambiental da cidade (art. 13), complementam as estratégias de qualificação ambiental previstas no art. 17, bem como preveem normas específicas para sua aplicação (art. 92). O art. 17 especificamente dispõe o que segue:

*Art. 17. A implementação da estratégia de Qualificação ambiental dar-se-á através de:*

*I – conceituação, identificação e classificação dos espaços representativos no Patrimônio Ambiental, os quais deverão ter sua ocupação e utilização disciplinadas;*

*II – valorização do Patrimônio Ambiental como espaços diversificados na ocupação do território, constituindo elementos de fortalecimento das identidades cultural e natural.*

...

O estudo realizado pelo EPAHC, em convênio com a Faculdade de Arquitetura das Faculdades Integradas Ritter dos Reis, cumpriu com o requisito acima expresso, fortalecido pela exigência constante no *caput* do art. 92, referente, especificamente, à delimitação das Áreas de Interesse Cultural, na forma conceituada pelo PDDUA. Constitui-se, portanto, em uma complementação necessária ao PDDUA, prevista na própria lei. Não é um elemento novo ou estranho ao processo delineado pela Lei, sendo imprescindível para complementação das previsões deste Plano, que é por natureza flexível.

*Sobre a atividade legislativa do Poder Executivo, complementando e atribuindo consecução prática às normas legais muito poderia ser dito. Todavia, para o caso em concreto, importante assinalar que o regulamento no direito pátrio consiste em atividade legislativa secundária, significando que o Chefe do Executivo ao expedí-los não pode inovar a ordem jurídica, criando direitos ou obrigações não estabelecidos em lei. O exercício do poder regulamentar guarda uma relação de conformidade com a lei em sentido formal. O regulamento, não é lei em sentido formal, porém pode sê-lo em sentido material. O poder regulamentar no Brasil cinge-se a complementação e explicitação das leis, para que as mesmas possam ser aplicadas.*

Não obstante esta limitação, não significa que este é um poder menor ou despedido de importância. O exercício da função regulamentar é imprescindível para concreção das leis formais. Aliás, o poder regulamentar é a explicitação do exercício da função administrativa do Executivo, tão importante quanto a função legislativa exercida pelo Legislativo. A fonte de validade de ambas as funções é a mesma, a Constituição. Assim, para consecução prática das funções básicas do

Estado, há de ter harmonia entre o exercício das funções, para que ocorra a perfectibilização do ideal do Estado.

Sobre o tema importante trazer à colação excerto da obra de Clémerson Clève, que bem aborda a questão:

“Mas os tempos mudaram. E, com o tempo, tudo o mais mudou. Atualmente, a justificação material só pode ser outra. Houve um tempo em que a simples existência do poder real justificava o poder regulamentador. Houve outro tempo em que a concepção radical da separação dos poderes procurou negar o exercício da atribuição regulamentar pelo Executivo. Segundo esta concepção, apenas ao Legislativo era dado produzir normas jurídicas genéricas e abstratas. Relativizado o princípio da separação dos poderes por força das mutações pelas quais passou a civilização ocidental (mas não apenas a civilização ocidental), ficou absolutamente clara a “necessidade de uma potestade normativa da Administração como uma técnica inescusável de governo humano em nossa época.

*Não há como, na atualidade, subtrair o poder normativo da Administração. Aliás, setores, como por exemplo, a tecnologia, sempre em processo de evolução, que melhor são regulados pela flexibilidade regulamentar. A governabilidade, aliás, depende cada vez mais da estreita colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo e, mais do que isso da estreita colaboração entre o regulamento e a lei.* Como lembram certos autores, “agrade ou desagrade, sejam ou não grandes os riscos de uma normação secundária desse caráter, a potestade regulamentar da Administração é absolutamente imprescindível”<sup>21</sup>. Na necessidade imposta por nosso tempo, reside, afirme-se a justificação material da atribuição regulamentar do Executivo”. (grifamos)

O regulamento, consoante Clémerson Clève, pode ser *definido como ato administrativo normativo, contendo comandos gerais, com vistas à correta aplicação da lei. A finalidade dessa modalidade regulamentar é a explicitação da norma legal e o aparelhamento dos meios concretos para sua execução*<sup>22</sup>.

A decorrência desta concepção é a existência de âmbitos materiais de lei e de regulamento.

A doutrina aponta basicamente três funções para o poder regulamentar<sup>23</sup> exercido no Brasil, a saber: a) resolver o problema da execução da lei; b) facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la e c) incidir no campo da discricionariedade técnica.

*Com relação a terceira função identificada - incidir no campo da discricionariedade técnica - cabe dizer que o exercício do poder regulamentar ocorre por meio da aplicação das regras próprias de outros ramos do saber. Isto porque o legislador não têm obrigação de conhecer de forma amíuê todos os ramos do conhecimento.*

<sup>21</sup> Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Rámon Fernandez

<sup>22</sup> Clémerson Clève, citando Sérgio Ferraz

<sup>23</sup> A primeira e a segunda são consensos. A terceira é apontada por Clémerson Clève

Destarte, em síntese, importa apontar três regras básicas para análise dos limites do poder regulamentar<sup>24</sup>, a saber: a) emitir regras orgânicas e processuais para boa execução da lei, sendo que é exemplo lapidar o regramento do imposto de renda, o qual estabelece o *modus operandi* para pagamento do mesmo; b) precisar conceitos, caracterizar fatos, situações e comportamentos que necessitam de avaliações técnicas, segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica, sendo exemplos o regulamento dos medicamentos, as condições de segurança dos veículos, as normas de prevenção contra incêndios e c) a explicitação dos conceitos sintéticos.

O assunto objeto do estudo das áreas de interesse cultural está dentre aqueles que podem ser caracterizados como de explicitação técnica. Isto porque, a priori a lei não teria como estabelecer quais as ambiências a proteger. O PDDUA, em seu art. 92, estabeleceu as diretrizes gerais, cabendo ao instrumento específico a devida explicitação, processo este que estamos vivenciando neste momento. Aliás, gize-se, que em matéria de proteção ao patrimônio cultural os instrumentos existentes decorrem de lei formal, porém são executados no âmbito do Poder Executivo, pois exigem motivação e explicitação técnica (tombamento, inventário cultural, etc.). Assim, também neste tema emerge a possibilidade de expressão do poder regulamentar inerente ao Poder Executivo, na forma externada em epígrafe.

## **6. REGIME URBANÍSTICO E PROTEÇÃO ÀS AMBIÊNCIAS NAS ÁREAS IDENTIFICADAS COMO DE INTERESSE CULTURAL A CIDADE - DA DIFERENÇA ENTRE APLICAR O ESTUDO E NOVO REGIME URBANÍSTICO QUE DEPENDE DE LEI**

O regime urbanístico está inserido como instrumento de preservação ao patrimônio cultural, que deve ser definido a partir das normas de *densificação, atividades, dispositivos de controle das edificações e parcelamento do solo* (PDDUA, Art. 94).

Considerando as singularidades de cada área e o maior grau de precisão nas intervenções diretas necessárias às transformações e desenvolvimento da cidade, o regime urbanístico é mecanismo de maximização dos benefícios da preservação de espaços e conjuntos urbanos especiais; por isso, deve ser fixado com base em condicionantes que atendam a qualificação de estruturação urbana, demandada como diretriz principiológica.

O regime urbanístico genericamente proposto é incapaz de atender a qualificação da área protegida e solucionar o conflito estabelecido entre a transformação da cidade e a preservação da paisagem natural ou cultural, cujo comando de preservação deve ser entendido como controle de edificação. As regras dos parágrafos 2º e 3º do já citado artigo 92 do Plano Diretor é a ordem para estabelecer uma relação com a estruturação e seu entorno, que impõe a aplicação de um regime urbanístico diverso do genericamente proposto no tratamento das áreas que detém uma qualificação especial de proteção.

<sup>24</sup> Para aprofundar ver Celso Antônio Bandeira de Mello, artigo citado em nota anterior

A especialização no tratamento do regime urbanístico ao patrimônio cultural é comando normativo inserido como estratégia de desenvolvimento do planejamento urbano na condição de diretriz para a efetivação de ordem constitucional. A preservação entendida não apenas como a manutenção da edificação classificada pelo seu interesse cultural, propriamente dito, mas a preservação estendida à paisagem identificada pelo olhar do cidadão, do morador, de quem reconhece o ambiente a partir da sua vivência, da sua memória, da leitura que faz da cidade.

Por isso, é importante compreender que a flexibilização projetada no Plano Diretor deve permitir a elaboração de soluções específicas de trato morfológico e funcional, adequadas a cada caso, onde ocorram no espaço urbano problemas ou recursos determinados, impossíveis de serem corretamente administrados por regime urbanístico genericamente proposto.

De outra parte, a análise do estudo de delimitação das Áreas de Interesse Cultural em vista do processo de aprovação de novos empreendimentos, com o objetivo de garantir a não descaracterização das ambiências identificadas como passíveis de preservação na cidade, é uma cautela necessária enquanto o debate para o novo regime urbanístico se realiza. Na introdução do presente trabalho já se assinalou que o estudo ora em exame, pela sua profundidade, levou quatro anos para ser realizado. O debate tem sido amplo e democrático, envolvendo vários segmentos da sociedade, e já tramita há pelo menos um ano. Neste ínterim, a finalidade primeira é a garantia de preservação das áreas identificadas no estudo, sob pena de perdimento dos bens culturais, motivo pelo qual as definições e regimes do estudo devem ser considerados no processo de aprovação municipal.

Conforme demonstrado, o próprio PDDUA, na concepção flexível permite esta interpretação, a teor do que dispõem os arts. 17, inc. I, II e III e 92, § 3º do PDDUA.

O que se propõe é a análise do estudo para verificação se o projeto a ser aprovado não descaracteriza a ambiência protegida. Isto não significa que o estudo já é o novo regime urbanístico, o qual deve ser aprovado por lei. A lei é a expressão do princípio democrático, consubstanciada nas decisões tomadas pelo Poder Legislativo. Para aprovação desta haverá o debate e a decisão de qual o regime urbanístico que a cidade de Porto Alegre adotará para suas áreas de interesse cultural. A lei instituirá o regime próprio destas áreas, já tendo as suas identificações e peculiaridades descritas no estudo técnico que deve informar o processo legislativo.

Há, portanto, substancial diferença entre um regime urbanístico decidido pelo Poder Legislativo Municipal para áreas de interesse cultural e o estudo em questão. O regime urbanístico, após aprovado por lei para esta finalidade (áreas de interesse cultural), é o que será aplicado em Porto Alegre. O que ocorre, neste momento, é que não temos um regime próprio, apenas o geral da macrorregião da cidade, não obstante a identificação das Áreas de Interesse Cultural na cidade já realizada. Há um descompasso entre a identificação das áreas previstas pelo PDDUA e o regime urbanístico que não contempla princípios de preservação e de sustentabilidade urbano-ambiental em respeito a sua qualificação. Após a aprovação do novo regime urbanístico adaptado ao fato – existência de ambiências



que precisam ser protegidas -, estas regras tornam-se cogentes e de ordem pública. Antes disso, a aplicação do estudo no âmbito do processo de aprovação municipal, permanece como uma prerrogativa do Sistema Municipal de Planejamento, podendo adequá-lo ao caso concreto.

Registre-se que os dispositivos do PDDUA colacionados ao longo deste trabalho e que regem o tema reforçam a necessidade do Sistema Municipal de Planejamento avaliar estas questões e superar a visão físico-territorial na análise dos empreendimentos. A noção de proteção do patrimônio ambiental, nele inserido o cultural, deve ser guia obrigatório na análise das edificações e intervenções submetidas à aprovação do Poder Público Municipal.

Por último, sinal-se que, em se tratando de proteção de ambiências e não somente de imóveis isolados, a adoção do princípio da precaução como informador do processo é uma garantia que ao final deste ainda remanesçam ambiências a preservar.

## 7. DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O Direito Internacional do meio ambiente tem se socorrido do *princípio da precaução*, uma abordagem criada pela da legislação ambiental alemã - "*Vorsorgeprinzip*" – nos anos 70 e 80, é baseado em novas premissas que incluem a vulnerabilidade do meio ambiente, as limitações da ciência em prever os efeitos dos danos ambientais e a disponibilidade de alternativas sobre processos e produtos menos poluentes.<sup>25</sup>

No Brasil, o princípio da precaução foi inserido a partir da adesão às Convenções internacionais sobre a diversidade biológica, do disposto no artigo 225 da Constituição Federal e §3º. do art. 54 da Lei 9605, de 12.2.1998. E porque contraria a moralidade e a legalidade administrativas<sup>26</sup> o adiamento de medidas que tutelem a proteção de bens jurídicos, o princípio da precaução tem fundamento também no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

A importância deste instrumento está na possibilidade de prevenção do dano em uma situação de incerteza ou indefinição.

*“ O mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento em que nossos conhecimentos científicos vão modificar-se”<sup>27</sup>.*

Transportado para o caso em tela, a invocação deste princípio é pertinente diante do prejuízo irremediável que a alteração dos bens inseridos nas áreas em questão impõe para a proteção em análise.

<sup>25</sup> MORE, Rodrigo Fernandes. A poluição do meio ambiente marinho e o princípio da precaução . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3194>>. Acesso em: 29 jul. 2003..

<sup>26</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípio da precaução no Direito Brasileiro e no Direito Internacional e Comparado. In VARELA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros. Princípio da Precaução, BH, Ed. Del Rey, 2004.

<sup>27</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ob. Cit.*

O formato de uma preservação prévia e cautelar para as áreas em estudo é o decreto do Executivo para determinar o procedimento da Administração na relação com os particulares, determinando a suspensão da análise dos expedientes em curso relativos aos imóveis inseridos nas áreas em estudo. A base legal são os dispositivos já citados da proteção dos bens de interesse cultural e a ordem de preservação imposta na Constituição Federal. O motivo do ato é o risco de perda do objeto de estudo que envolve a preservação de bens culturais através da redefinição das Áreas Especiais de Interesse Cultural.

## 8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**8.1** A necessidade de implementação de todos os instrumentos de proteção ao patrimônio cultural das cidades é um **poder-dever das Administrações Municipais**, sendo que os Planos Diretores constituem-se no elemento central desta política urbano-ambiental.

O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental de Porto Alegre incorporou os princípios urbano-ambientais, estabeleceu instrumentos para implementação da proteção ao patrimônio natural e cultural e dispôs sobre as formas de proteção. Todavia, como instrumento de planejamento que interage com a dinâmica da cidade construída, necessita de complementações que nada mais são do que explicitações técnicas que perfectibilizam os conceitos já estabelecidos na norma legal, decorrente do PDDUA.

**8.2** As **áreas de interesse cultural** emergem deste contexto. Estão regradas no PDDUA, prevêm a utilização de **regime urbanístico compatível** com a qualificação do bem que será protegido. A definição dos seus limites e do regime urbanístico específico, realizada pelo estudo elaborado pela EPAHC em convênio com a Faculdade de Arquitetura das Faculdades Integradas Ritter dos Reis, obedece a comando normativo expresso na lei urbanística e efetiva a ordem constitucional de proteção ao patrimônio cultural da cidade. Todavia, enquanto perdurar o processo de discussão das definições e do regime urbanístico a ser implementado, as regras vigentes não autorizam que o Poder Executivo utilize o regime urbanístico geral para aprovação dos empreendimentos.

**8.3 Princípio da precaução** - Há um descompasso entre o regime urbanístico geral da macrorregião e a identificação como ambiência passível de proteção. Esta identificação é ato-fato, que produz, de imediato, efeitos jurídicos a partir da definição técnica que atesta a existência e especialidade destas na cidade. Evitar o perecimento das áreas identificadas como importantes para a memória da cidade, não autorizando demolição e construção de empreendimentos que as descaracterizem, é dever do administrador público, sob a égide do que dispõe a Constituição Federal no que pertine a proteção dos bens culturais.



# UMA ANÁLISE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA A PREVENÇÃO E RECUPERAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

*ANA PAULA MENDES SIMÕES PEREIRA*

Advogada, Técnica de nível superior do Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – IPAAM, Especialista em Tecnologia da Madeira pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – INPA

## 1. INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente atualmente é um dos temas mais discutidos no mundo sendo com isso, de extrema importância curvar-se diante de mecanismos rápidos e eficazes capazes de prevenir os impactos causados por pessoas físicas ou jurídicas ao meio ambiente. Como afirmou o filósofo Grego Sólon: “*O homem é feito de vicissitudes humanas*”. Sem hesitar sabemos que quem mais sofre com as atribuições humanas é o meio ambiente.

Conjugar meio ambiente e desenvolvimento denota sopesar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações. Não obstante, a política ambiental não pode ser um obstáculo ao desenvolvimento, mas deve propiciar a gestão racional dos recursos naturais.

Levando em consideração os aspectos da macroeconomia, o desenvolvimento econômico tem sido encarado como a produção de riquezas capazes de satisfazer as necessidades do homem. No entanto, é salutar se discutir sobre a eficácia dos métodos usados/empregados e indagar se o sistema ora adotado tem sido realmente capaz de satisfazer as necessidades de todos indistintamente, ricos e pobres, de países industrializados ou não.

Necessário se faz que o sistema produtor questione sua eficácia ou de outra forma serão confundidos com exploradores insaciáveis. Não se pretende com isso paralisar o sistema produtor ou mesmo diminuir o nível de atividade econômica, mas encontrar a real medida para que se possa utilizar os recursos naturais sem comprometer seu uso por nossos descendentes, desta feita se valendo do princípio da precaução e da ética intergerencial que fundamenta o conceito de desenvolvimento sustentável, o qual visa garantir a durabilidade da sadia qualidade de vida e a continuidade da natureza existente no planeta para as futuras gerações.

Neste contexto, necessário se faz que o infrator não seja obrigado a cumprir somente a legislação ambiental repressiva, pois a constatação é que essa forma de compor conflitos tem deixado seqüelas ambientais negativas.

Neste sentido teremos uma forma judiciária de compor conflitos, que, no caso pode ser dividido em extrajudicial e judicial. O temo de ajustamento é classificado como uma forma pré-processual de composição de conflitos de interesse individual e coletivo, sendo dispensado do processo de conhecimento.

Nos interesses difusos há diversos indivíduos num dos lados da relação, em um número significativo que não pode ser determinado. Se houver um que se possa determinar não há interesse difuso, visto poder ele defender-se diretamente, utilizando-se de outras vias processuais.

Na indivisibilidade do objeto a proteção atinge a todos os indivíduos. Isso acontece de uma forma que não é possível proteger um sem que essa proteção estenda-se a todos os outros que se encontram na mesma situação. A relação entre eles é de fato, e não de direito.

Já nos interesses coletivos observamos que se tratam de interesses limitados apenas a um grupo determinado. São interesses de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Aqui também o objeto é indivisível, mas o sujeito, ao contrário do interesse difuso, é determinado por um grupo, categoria ou classe.

Assim, o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental – TACA, é um importante instrumento de composição de conflitos na defesa do meio ambiente, pois é uma forma de negociar diretamente com os atores e responsáveis pela reparação do dano, impondo, quando possível, menos ônus às partes, além daqueles advindos do próprio conflito a ser composto.

A problematização levantada é justamente buscar identificar se os instrumentos ora utilizados são suficientes para a prevenção e recuperação dos danos ambientais, e em não o sendo, se o TACA é um instrumento eficaz na gestão ambiental e se traz alguma contribuição como ferramenta de prevenção e controle ambiental.

O Objetivo Geral deste trabalho se traduz em fazer uma abordagem do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental, e sua aplicabilidade como instrumento que visa reparar danos ao meio ambiente, levando em consideração os princípios da prevenção e da reparação dos impactos ambientais do Direito Ambiental.

O estudo proposto conta com quatro objetivos específicos, a saber: fazer uma análise da evolução histórica do Termo de Ajustamento de Conduta; apresentar as características deste instituto; fazer uma abordagem acerca da contribuição do TACA e seus aspectos práticos e fazer uma interpretação sistemática do artigo 225, *caput*, última parte com os princípios da prevenção e da recuperação, do Direito Ambiental Brasileiro.

A delimitação do Tema em estudo consiste em: “Uma análise da aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental como instrumento para a prevenção e recuperação do dano Ambiental”, a referida delimitação foi elaborada desta forma em razão da preocupação primordial deste estudo voltar-se para a efetiva defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos.

As razões que justificam a realização desta pesquisa são as seguintes, a saber: os conflitos envolvendo atividades que causem impactos ao meio ambiente podem ser resolvidos adotando mecanismos preventivos e repressivos a serem exercidos no âmbito da administração do estado. A relevância do tema prende-se a constatação de que o instituto é título executivo extrajudicial, o descumprimento das obrigações nele delimitadas enseja em ação de execução, muito embora este não seja o objetivo maior do instrumento, uma vez que prima pela reparação do dano. Por esse motivo é que se justifica a adoção do instrumento ora proposto por ser uma medida capaz de por fim aos litígios de forma mais ágil e menos dispendiosa uma vez que visa dar celeridade preventiva e poder reparatório a interesses difusos e coletivos.

Este trabalho é composto por quatro capítulos que tratam respectivamente da Evolução histórica do Termo de Ajustamento de Conduta, os Requisitos e características do instituto em estudo, o Ajustamento de Conduta e os princípios da Prevenção e da Recuperação do Direito Ambiental e a Abordagem acerca da contribuição do Ajustamento de Conduta e seus aspectos práticos. A metodologia adotada para a pesquisa foi o método dedutivo, análise bibliográfica e entrevistas.

## **2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Há um avanço na área de defesa dos interesses difusos e coletivos, como se pode perceber na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981), que em seu artigo 14, §1.º, já legitimava os Ministérios Públicos Federal e Estaduais para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A evolução se concretizou com a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985), que por meio do já mencionado instrumento processual de tutela coletiva, possibilitou uma melhor efetivação da proteção dos interesses difusos e coletivos. A aludida lei ainda criou um novo instrumento de investigação denominado de Inquérito Civil Público, presidido exclusivamente pelo Ministério Público, para colher mais subsídios antes da propositura da ação civil pública.

Na lição de MANCUSO (2002, p. 243), o compromisso de ajustamento surgiu no direito brasileiro com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 – art. 211), tendo sido previsto também no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078, de 11 de setembro de 1990), especificamente na norma do art. 113, constatando que os órgãos públicos legitimados “... poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O preceito supra do Código de Defesa do Consumidor, resolveu grave discussão doutrinária e jurisprudencial no sentido de incubar o Ministério Público e demais co-legitimados, para efetuar acordos judiciais ou extrajudiciais objetivando solucionar irregularidades.

Assim, com nova redação dada ao art. 5.º §6 da Lei de Ação Civil Pública ficou expressa a legitimidade dos órgãos acima mencionados, em firmar Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

A citada lei federal está em consonância com o que prevê o art. 585, VII, do CPC, o qual dispõe, in verbis:

*Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais :  
VII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.*

Por sua vez, na área ambiental, dispõe o Art. 79-A da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), in verbis:

*Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.*

Desta forma, os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, estão legitimados a firmarem termos de ajustamento de conduta como forma de cumprir o disposto na citada legislação.

O termo a que se refere o artigo exposto acima destina, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

Assim, efetiva-se a tutela ambiental sem a obrigatoriedade de levar a questão ao Poder Judiciário, evitando a demanda de tempo e também a dúvida acerca do provimento jurisdicional a ser lançado futuramente (AKAOU, 2003, p. 105).

Feitas essas considerações preliminares, tem-se que o Termo de Ajustamento de Conduta é um título executivo extrajudicial, que ingressou no universo jurídico com a função de solucionar de forma rápida e eficiente os conflitos coletivos eventualmente surgidos no convívio social.

A expressão título executivo traduz o documento material necessário e suficiente para a instauração da Ação de Execução, tendo em vista que a lei confere eficácia preventiva, ou seja, atribui idoneidade para possibilitar a deflagração direta de processo de execução.

MORAES (2004, p.01), sintetiza o assunto escrevendo que os títulos de crédito, portanto, têm origem na necessidade de rápida e segura transferência de riquezas, representado documentos que, diretamente, autorizam a cobrança de obrigações evidentes, que independem de outras demonstrações diversas daquelas constantes na própria cártula.

Nesse diapasão, exerceram papel fundamental para o desenvolvimento do comércio em expansão crescente, desde o no final da Idade Média, perdurando tais benefícios até os dias de hoje.

Com o passar do tempo, outros títulos executivos extrajudiciais surgiram, tendo em vista as mesmas necessidades de comprovação imediata de obrigações, facilitação da transferência de riquezas e resolução rápida de conflitos, existindo na atualidade inúmeros documentos, na forma do que prevê o artigo 585 do Código de Processo Civil. Outro elemento que contribuiu para o surgimento de novos títulos executivos extrajudiciais foi a chamada ideologia da ordinariedade.

Com efeito, a história do direito evidencia uma busca obstinada pela obtenção de “certeza” na resolução dos conflitos, finalidade esta que, sem desejar retirar seus grandes méritos, por vezes pode causar prejuízos muito superiores.

A impunidade e o descrédito do sistema jurídico como um todo é estabelecida quando evidenciada a sua inadequação para a rápida resolução das questões mais óbvias.

A doutrina da ordinariedade, portanto, baseada em juízos de certeza e na não admissão de qualquer forma de provimento jurisdicional antecipado ou sumariado, de cunho mandamental ou executivo, com reflexos até mesmo na fase pré-processual, somente tende a reconhecer a existência de eficácias declaratórias, constitutivas e condenatórias, as quais unicamente poderiam ser exaradas ao final, transcorridos todos os enfadonhos e burocráticos trâmites processuais do processo de conhecimento, normalmente previstos para regular os conflitos.

O surgimento de outros títulos executivos extrajudiciais, portanto, foi necessário para driblar os malefícios dos procedimentos judiciais de longa duração, com o objetivo de atender às necessidades prementes das civilizações em torno de questões cristalinas.

Para ALVES (2001, p. 02), o Ajustamento de Conduta, figura prevista inicialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente e, atualmente, também na Lei de Ação Civil Pública, pode versar sobre interesses difusos uma vez que não importa, verdadeiramente, qualquer tipo de disposição quanto ao direito material, o seu conteúdo representa o reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida, passando o cumprimento da mesma a ser um dever jurídico daquele que propôs ajustar a sua conduta.

A sua natureza jurídica não se confunde com a transação que pressupõe concessões recíprocas, que não ocorrem no compromisso de ajustamento de conduta, pois a transação somente seria cabível em sede de direitos coletivos e individuais homogêneos, uma vez individualizados todos os interessados, que obrigatoriamente deveriam aquiescer com as condições estabelecidas.

Segundo CARVALHO FILHO (2001, p. 201), poder-se-ia considerar o compromisso de ajustamento de conduta como um acordo firmado entre o órgão público legitimado para a ação civil pública e aquele que está vulnerando o interesse difuso ou coletivo protegido por lei. Não obstante, a figura não se compadece com os negócios bilaterais de natureza contratual, razão por que entende que não se configura propriamente como acordo.

Como a lei alude ao ajustamento da conduta às exigências legais, está claro que a conduta não vinha sendo tida como legal, senão nada haveria para ajustar. Logo, no entendimento dele, o compromisso muito mais se configura como



reconhecimento implícito da ilegalidade da conduta e promessa de que esta se adequará à lei.

Ainda na lição de CARVALHO FILHO (2001, p. 201), o compromisso é conceituado como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume a obrigação de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais. Diz que a natureza do instituto, é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervém o órgão público e o promitente.

RODRIGUES (2003, p. 233), aduz que o conjunto das expressões termo de ajustamento de conduta, poderá vir a ser conceituado como sendo um documento escrito contendo a promessa de adequar certo procedimento a um padrão de comportamento adotado.

Diz ainda não se tratar de uma transação, tão relevante o aspecto social e o número de pessoas afetadas, justificando-se a vedação de se transacionar em tema vinculado a interesse indisponível.

O art. 841 do CCB admite a transação só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. Dispõe o art. 840, do mesmo diploma legal, que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

AKAOUI (2003, p. 69), diz que quanto à natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, vários experts no tema têm se pronunciado no sentido de que o compromisso, é transação, muito embora seu posicionamento seja divergente pois entende se tratar de acordo.

Já o pensar de FINK (1985, p. 119), é de que o regime jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil. Assim, a transação, ainda que seja forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, no qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras também aplicáveis a esse.

Conclui seu pensamento dizendo que o termo de conduta referido na lei se constitui verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta, e pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando também, todas as normas aplicáveis aos contratos.

No entanto, parece haver certo equívoco no termo posto que, o instituto da transação, de cunho jurídico eminentemente privado, não pode ser aplicado em suas regras de defesa dos interesses difusos e coletivos.

Assim, ainda que posto pela doutrina como forma peculiar de transação, é certo que o compromisso de ajustamento de conduta se insere dentro de outra espécie de um gênero mais abrangente, qual seja, o acordo.

Os acordos são a composição dos litígios pelas partes nele envolvidas, sendo que podem ou não implicar em concessões mútuas. Em havendo, estaremos diante do instituto da transação. Em sendo negativo, ou seja, em não havendo concessões mútuas, estaremos diante do que convencionamos denominar de acordo em sentido estrito. Ambos, portanto, integram o gênero acordo.

Assim, os compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, nada mais são do que acordos extrajudiciais, que dispensam homologação judicial, salvo se o ajuste for feito no bojo de uma ação civil já instaurada. (apud AKAOUI , 2003, p.71).

### 3. REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

Sobre o tema pronunciou-se CARVALHO FILHO (2001, p. 203), de que todo ato jurídico está sujeito a observância de certos requisitos de validade, aos quais, o compromisso de ajustamento de conduta deve sujeitar-se. Considera que os requisitos podem agrupar-se em quatro categorias, senão vejamos:

- Subjetivo: o ato para ser válido deve conter a manifestação de vontade do responsável pela violação e a participação formal do órgão público que tomou o compromisso. Se o órgão não é público o ato estará desprovido desse requisito. O mesmo se dará se o que firmou o compromisso não é o autor da conduta ofensiva.
- Objetivo: diz respeito ao conteúdo do compromisso. O ato conterá detalhadamente a menção à conduta violadora dos interesses difusos ou coletivos, incluindo a promessa de que certa conduta se adequará à lei, seja por ação ou omissão.
- Formal: por força do qual o ato deverá ser escrito e sujeito à formalização, por instrumento público ou privado e por fim,
- Temporal: indica a necessidade de fixar-se prazo para o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, sob pena de tornar-se inócuo o compromisso, por ser deixado inteiramente a cargo do agente violador.

Quanto às características do instituto em exame, RODRIGUES (2003, p.236), expõe o que segue, a saber:

- Unipessoal: aquele em que a promessa de ajustar a conduta às exigências legais é garantida apenas por uma pessoa.
- Pluripessoal: na hipótese de serem vários compromitentes (os que prometem ajustar suas condutas). Nada impede, a existência de vários compromissários, órgãos públicos co-legitimados que se unem para adequar conduta ofensiva.
- Extrajudicial: origina-se de procedimento administrativo, ou de inquérito civil público, quando tramita no Ministério Público ou ainda quando celebrado pelos órgãos integrantes do SISNAMA. Não há intervenção do Judiciário neste caso, cabendo a tramitação do procedimento perante à unidade orgânica responsável pela colheita do compromisso.
- Judicial: firmado pelo réu perante o juiz e no curso da ação civil pública.

- **Formal:** deve ser escrito e sujeito a formalização por instrumento público ou privado. Não há possibilidade de ser verbal, nem tácito, principalmente diante da participação formal do órgão público, devendo estar presente o princípio da publicidade (art. 37, CFR), que tem como uma de suas manifestações a instrumentalização formal das manifestações de vontade.
- **Cominatório:** dispõe a lei que o compromisso de ajustamento de conduta de conduta é celebrado mediante cominações, pois de nada valeria a promessa de cumprir as exigências legais se não houvesse previsão de penalidade para o caso de descumprimento. A regra consiste em fixar sanção pecuniária por dia de atraso de cumprimento. É relevante ressaltar que a sanção serve apenas como um mecanismo viabilizador da obrigação de fazer ou não fazer ajustada, porém o alvo é fazer com que o interessado cesse a atividade danosa ou não a deflagre, pois estará sendo resguardado interesse difuso ou coletivamente tutelado.
- **Sujeito à execução:** no caso de haver descumprimento pelo compromitente o título executivo que representa o ajuste pode ser imediatamente objeto de ação de execução.

#### **4. O AJUSTAMENTO DE CONDUTA E OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA RECUPERAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL**

O título executivo a que se refere o estudo tem por escopo a proteção do bem de natureza ambiental quando na iminência de degradá-lo ou na hipótese do dano já instaurado. Quando se adota o termo de compromisso de conduta se evita a morosidade que os processos judiciais têm sofrido e permite-se que o instrumento em estudo se mostre eficiente na proteção do meio ambiente.

Não obstante, não se deve afastar o fator tempo posto que, quando se trata de equilíbrio ambiental, quanto antes o dano for reparado ou prevenido do perigo, melhor será para as presentes e futuras gerações. A prevenção está intimamente ligada ao caráter frequentemente irreversível dos prejuízos causados ao meio ambiente e a saúde humana.

Assim, o Compromisso de Ajustamento de Conduta que tenha como objetivo o efetivo respeito e resguardo do meio ambiente cumpre o mais importante dos princípios constitucionais do Direito Ambiental, o *Princípio da Prevenção*.

Segundo o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira prevenir significa dispor com antecipação; preparar; chegar antes de; adiantar-se ou antecipar-se a; dispor de maneira que evite (dano, mal).

O referido princípio acabou inscrito expressamente na legislação pátria através da “Conferência sobre Mudanças do Clima”, acordada pelo Brasil no âmbito da Organização das Nações Unidas por ocasião da ECO 92 e ratificada pelo Congresso Nacional via Decreto Legislativo 1, de 3 de fevereiro de 1994, a saber:

*Princípio 15 - Para que o ambiente seja protegido, será aplicada pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental.*

A propósito, MILARÉ (2000, p.102), ressaltar que há juristas que se referem ao princípio da prevenção, enquanto outros se reportam ao princípio da precaução. Outros usam ambas as expressões, supondo ou não diferença entre elas.

A diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos. Adotaremos o princípio da prevenção pelo seu caráter genérico e por englobar precaução, de caráter específico.

A diferença entre os princípios da prevenção e da precaução está na avaliação do risco ao meio ambiente. Este último deve ser ativado nos casos onde a atividade pode resultar em degradação irreversível, ou por longo período, do meio ambiente, assim como nos casos onde os benefícios derivados das atividades particulares são desproporcionais ao impacto negativo ao meio ambiente. Prevenção se refere ao dano conhecido, e precaução ao dano desconhecido (incerteza científica).

Ainda na lição de MILARÉ, este princípio é basilar no Direito Ambiental pois dá prioridade a medidas que evitam o nascimento de atentados ao ambiente, reduzindo ou eliminando ações que possam vir a alterar a sua qualidade, pois muitos danos ambientais são compensáveis mas, sob a ótica da ciência e da técnica, irreparáveis.

Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o direito ambiental e, especificamente, o direito ambiental internacional. As convenções internacionais, na sua grande maioria, são fundamentadas no princípio de que a degradação ambiental deve ser prevenida através de medidas eficazes e economicamente viáveis de combate à poluição, em vez de esperar que esta ocorra, e tentar combater os seus efeitos (*apud*, LEITE, 2000, p. 51).

Assim, a atuação preventiva, tal como a precaução buscam remédios antecipatórios contra o dano ambiental, ao criar condições para que não ocorram situações de degradação ambiental, ou seja, implicam em um mecanismo do modo de desenvolvimento da atividade econômica, mitigando e avaliando os aspectos ambientais negativos.

Salienta ainda LEITE, (2000, p.53), que a tarefa de atuação preventiva deve ser vista como uma responsabilidade compartilhada, exigindo a atuação de todos os setores da sociedade, cabendo ao Estado criar instrumentos normativos e política ambiental preventiva, assim como a todos os cidadãos o dever de participar, influir nas políticas ambientais, evitar comportamentos nocivos ao ambiente e aditar outras medidas preventivas, visando a não prejudicar o direito ao meio ambiente saudável.

Anote-se por fim, que o princípio da prevenção está intimamente ligado ao instituto ora estudado, posto que, quando é celebrado anteriormente a instauração do dano, evita ações indesejáveis no meio ambiente, na saúde e na segurança da população, valorizando a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental.

Cabe à Constituição, como lei fundamental, traçar o conteúdo e limites da ordem jurídica, e assim o fez em seu art. 225, *caput*, quando dispõe que é dever

do Poder público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim, quando os órgãos legitimados celebram Termos de Ajustamento de Conduta Ambiental, antes do surgimento de atentados ao ambiente tem-se um exemplo típico do direcionamento preventivo, de modo a adiantar-se ou mesmo precaver-se a um possível dano.

Quanto ao *Princípio da Reparação ou da Recuperação*, muito comum nos termos de compromisso de ajustamento de conduta ambiental, na prática o mesmo é fixado em obrigações de fazer ou de não fazer, muitas das vezes diversa da estritamente prevista na norma, mas que tem resultado prático. No mesmo sentido, a Resolução da Secretaria de Meio ambiente do Estado de São Paulo nº5/97 define, em seu artigo 2º:

*Art. 2º “O TACA tem por objetivo precípua a recuperação do meio ambiente degradado por meio da fixação de obrigações e condicionantes técnicas que deverão ser rigorosamente cumpridas pelo infrator em relação à atividade degradadora a que seu causa, de modo a cessar, adaptar, recompor, corrigir, ou minimizar seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”.*

A Declaração do Rio de Janeiro/92 é tímida em relação ao regime da reparação, que em seu Princípio 13 diz:

*Princípio 13 - Os Estados deverão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais. Os Estados deverão cooperar, da mesma forma, de maneira rápida e mais decidida, na elaboração de novas normas internacionais sobre responsabilidade e indenização por efeitos adversos advindos dos danos ambientais causados por atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle, em zonas situadas fora de sua jurisdição.*

Desta feita, diz-se que a mencionada Declaração se limita a preconizar indenização às vítimas. No que pertine a violação de um interesse direito difuso ou coletivo o Direito Ambiental deve evoluir no sentido da obtenção da reparação ao meio ambiente danificado, MACHADO (2003, p. 74).

RODRIGUES, (2002, p. 187), defende além da recuperação, a possibilidade da cláusula de indenizar no ajuste, embora reconheça que este caminho deva ser trilhado com bastante cautela para não configurar uma verdadeira transação no cerne do direito. Desde que o ajuste de conduta possa propiciar a mesma utilidade prática que o processo judicial poderia ter, a economia de tempo e dinheiro, além das vantagens educativas do processo de negociação, justificam essa situação excepcional.

Essa opção deve ser retamente a última possibilidade, devido às dificuldades de se estabelecer o quantum adequado para reparar o dano. Essa indenização deve reverter aos fundos de proteção de direitos transindividuais respectivos.

A Constituição Federal de 1988, com muita propriedade, se reporta aos princípios da restauração, recuperação e reparação do meio ambiente no art. 225 § 1º, I, aponta a obrigação de “restaurar os processos ecológicos essenciais”. Traduzindo assim a idéia de reencontrar a dinâmica que existia antes.

Também em seu §3º consta a obrigação de recuperar os danos causados ao meio ambiente, o que independe da aplicação de sanções penais e administrativas.

## 5. ABORDAGEM ACERCA DA CONTRIBUIÇÃO DO AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SEUS ASPECTOS PRÁTICOS

Para deslinde do presente trabalho e em atenção aos objetivos que o mesmo se propõe, mister se fez diligências ao Ministério Público Estadual, objetivando o bom desenrolar do tema.

Assim, quanto à eficácia, observa-se que é eficaz o negócio que tenha aptidão para produzir efeitos, o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental – TACA tem os seguintes efeitos principais:

- A determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado
- A formação do título executivo extrajudicial
- A publicidade

Nesse diapasão, o compromisso passa a ter os efeitos elencados acima quando da sua assinatura. Na prática, logo após a celebração do ajuste as suas medidas começam a surtir efeito e é ideal que assim o seja, caso contrário, a burocratização excessiva torna-se absolutamente contraproducente.

Os prazos previstos nos acordos para o *cumprimento da obrigação*, ou para a apresentação ou execução de determinados estudos ambientais, não significa dizer que o ajustamento é ineficaz, uma vez que o decurso desse prazo já é um dos efeitos do compromisso.

Outro ponto a ser acrescentado é quando se tratar de ajuste cujas obrigações versam sobre reparação, a mesma tem que ser a mais integral possível. Importante também ressaltar que quando as medidas estabelecidas no compromisso são insuficientes para a prevenção do dano não podem conduzir à sua ineficácia, sob pena de se criar uma situação mais desfavorável ainda ao direito protegido.

Desta feita, não se pode tornar ineficaz o primeiro ajuste, e se deixar o meio ambiente sem aquele compromisso que já contribuiu para prevenir futuros danos, a dissolução será complementá-lo, seja através de um Termo Aditivo ao já celebrado, seja através da via judicial.

A *eficácia do ajuste quanto à pessoa*, só repercute na esfera jurídica daquele que expressamente se obrigou, e de seus sucessores. No mesmo contexto, se várias pessoas cometeram condutas lesivas ao meio ambiente conjuntamente, e apenas algumas delas celebraram o ajuste de conduta, apenas as signatárias estão vinculadas ao cumprimento desse ajuste, e somente quanto a elas os efeitos do compromisso irão surtir. Os demais indivíduos são considerados como terceiros, na concepção tradicional do direito, e para responsabilizá-las deverão ser propostas as ações civis competentes.

A *eficácia executiva* própria do compromisso, não permite uma concepção diferente, uma vez que como título executivo pressupõe a certeza da forma de

exoneração da obrigação. Assim, entende-se que o credor possa promover a ação de execução sem ter de passar necessariamente pela ação de conhecimento.

O termo de ajustamento deve permitir a identificação precisa das partes envolvidas, quem é credor e quem é devedor, e da natureza da prestação, além de ser instrumentalizado em um documento, posto que segundo o disposto no art. 586 do CPCB, deve ser sempre certo, líquido e exigível.

A *publicidade* é um requisito formal de fundamental importância para que os controles sobre a adequação do ajuste possam ocorrer. Mas, para alguns doutrinadores, não se pode invalidar os efeitos que devem ser assumidos pelas partes da negociação, que de tudo tinham ciência e conheciam as implicações de sua adesão ao ajuste, em razão de eventual deficiência da publicidade, que tem um importante valor, mas para terceiros, posto que é um fator de atribuição de eficácia mais extensa.

Desta feita, o obrigado que participou da celebração do ajuste não pode descumpri-lo sob a alegação de que ao mesmo não foi dada a devida publicidade, mesmo quando se trata de ajustes celebrados pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA.

Quanto à eficácia, em que pese efetividade jurídica, temos a rematar que não haverá eficácia no ajustamento de conduta quando o mesmo atentar ao direito transindividual. Cabendo ao poder público determinar a paralisação imediata da atividade que possa estar colocando em risco o meio ambiente.

E ainda, que o instrumento deve prever a *sanção* para o caso de não cumprimento da obrigação, consistindo em sanção pecuniária por dia de atraso no cumprimento. A bem da verdade, o tipo em si da sanção é o que menos interessa pois que, o objetivo maior é a reparação do dano.

Podemos listar diversos instrumentos administrativos e processuais utilizados na defesa do meio ambiente, dos quais temos, a saber: o Zoneamento Ambiental, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA, o Licenciamento Ambiental, o Plano de Controle Ambiental – PCA, o Plano de Recuperação de áreas degradadas – PRAD, as Infrações administrativas; e os processuais como: a Ações Cíveis Públicas, a Ação Popular, Mandado de segurança coletivo e o Mandado de Injunção, dentre outros.

Muitos dos estudos ambientais enumerados são apresentados antes mesmo da intervenção no meio ambiente, outros já têm o condão de dirimir ou minimizar os impactos já instalados – ação antrópica - por atividades causadoras de degradação ambiental.

Já a presença do Poder Judiciário para dirimir os conflitos ambientais tem sido uma das conquistas sociais importante deste século. O acesso ao Judiciário poderá ser percorrido por diversas vias judiciais: o procedimento sumário, o procedimento ordinário, o processo cautelar e o processo de execução, dentre outros.

Contudo, o Ajustamento de Conduta substitui o processo de cognição, ou seja, evita a busca da tutela jurisdicional por intermédio da competente Ação Civil Pública, pois apesar de todo o avanço e as conquistas sociais mencionadas acima, o mesmo é uma forma de negociar diretamente com os atores e responsáveis pela reparação do dano, atuando de forma mais célere e impondo menos ônus às partes.

Com efeito, com a estipulação no termo do ajustamento de medidas tendentes ao abrigo do interesse difuso ou coletivo, temos que em relação às cláusulas o mesmo evitará a propositura de ação civil pública, seja pelo órgão público que o assina, seja pelos demais legitimados, diante a inegável falta de interesse processual, posto que não haverá quaisquer interesse dos órgãos públicos co-legitimados a propor ação civil pública para a obtenção daquilo que já pode ser executado por meio de documento com força executiva, o que seria um contra-senso.

Ainda a respeito da análise dos dados levantados na diligência ao Ministério Público Estadual, na maior parte dos casos, os ajustes de conduta cumprem fielmente seu papel, satisfazendo plenamente a tutela dos direitos transindividuais, e evitando qualquer tipo de demanda sobre os fatos objeto do compromisso.

Todavia, quando eventualmente há a necessidade da propositura da ação, mesmo assim, quando da Audiência Preliminar na Vara Especializada do Meio Ambiente e de Questões Agrárias, o Ministério Público propõe uma nova oportunidade de acordo ao Infrator.

Insta ainda salientar, que não foi possível obter dados estatísticos a respeito do volume de acordos celebrados, assim como da efetividade dos mesmos, em razão de haver muitas Promotorias e de não ser computado no sistema a quantidade de acordos firmados especificamente pela Promotoria especializada de Meio Ambiente, mas das Promotorias como um todo.

Contudo, não resta dúvida de que o instrumento tem sido muito utilizado pelos legitimados, notadamente pelo Ministério Público, sendo possível inclusive listar alguns dados estatísticos do Ministério Público do Estado de São Paulo e de Santa Catarina, no ano de 2001, segundo dados colhidos de AKAOUI (2003, p. 68), a saber:

- Somente no mês de setembro de 2001 foram contabilizados 245 compromissos de ajustamento de conduta;
- Entre os meses de janeiro e outubro de 2001, o Ministério Público do estado de Santa Catarina arquivou 386 procedimentos de investigação (aí incluídos inquéritos civis, procedimentos administrativos e peças de informação) com compromisso de ajustamento de conduta;
- Entre agosto de 2001 a julho de 2002, o Ministério Público do Estado de São Paulo firmou 2.726 compromisso de ajustamento de conduta.

Conforme LOCATELLI (2002, p.35), é possível mencionar diversos efeitos decorrentes da celebração do acordo, senão vejamos, a saber:

- Torna-se imediatamente um título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º da Lei n.º 7.347/85 e art. 89 da Lei Complementar 197/2000);
- Substituir o processo civil de conhecimento;
- Permite a execução por obrigação de fazer ou não fazer (art. 632, CPBB);
- Permite a execução da multa no caso de inadimplemento, execução de quantia certa;



- Quanto firmado por um dos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, é dada a oportunidade do Infrator promover as necessárias correções de suas atividades para atender as exigências impostas. (art. 79-A da Lei 9.605/98, acrescido pela MP n.º1710/98);
- O ajuste acima tem caráter administrativo e não impede que o Ministério Público firme outro na esfera civil com objetivo de reparar os danos;
- Cumpridas integralmente as obrigações assumidas no compromisso de ajustamento de conduta, as multas simples e diárias serão reduzidas em noventa por cento de seu valor atualizado monetariamente, segundo o § 3º do art. 60 do Decreto Federal n.º3.179/99;
- O Ajustamento firmado posteriormente com mais amplitude, revoga o anterior, sem hierarquia entre os órgãos firmatários co-legitimados;

A atividade de celebração de ajuste de conduta vem tomando uma proporção muito ampla nos últimos tempos, em virtude de inúmeras vantagens já mencionadas. Há, porém, neste contexto uma preocupação no que diz respeito ao controle e monitoramento das obrigações nele impostas.

Quando se tratar de acordos celebrados junto aos órgãos públicos legitimados, diverso do Ministério Público, os mesmos são responsáveis por controlar as obrigações estabelecidas nos termos, posto que é de sua competência o monitoramento. Na prática, inúmeras são as dificuldades tendo em vista a carência de pessoal e a demanda de serviço junto às questões ambientais.

No entanto, quando o acordo é celebrado pelo Ministério Público, o mesmo dispõe do auxílio de diversos órgãos públicos que prestam serviços de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas.

Assim, entende-se que o assunto que reputa relevância diz respeito à fiscalização dos termos acordados no ajustamento de conduta. A assinatura do ajuste de conduta não é o suficiente, pois não se pode esquecer que imperioso é o seu fiel cumprimento.

Essas preocupações existem uma vez que as atribuições do *parquet* e dos órgãos de meio ambiente são inúmeras, há escassez de pessoal técnico e movimentação de pessoal que dificultam o fiel acompanhamento do cumprimento das obrigações assumidas.

Para a sociedade não é suficiente apenas que o ajuste seja firmado, ela exige e espera que o mesmo seja cumprido, sob pena de ficar desacreditado.

## 6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**6.1** A tutela pré-processual no que diz respeito ao Termo de ajustamento de conduta ambiental – TACA, tem demonstrando que a composição extrajudicial dos conflitos ambientais tem tido ganhos significativos na defesa dos direitos difusos e coletivos, muitas vezes muito mais significativos que o comando de uma sentença, pois naquele a composição do conflito é negociada diretamente com os responsáveis pela reparação do dano, motivo pelo qual depreende-se ser um instrumento eficaz na Gestão Ambiental.

**6.2** Em resposta às problemáticas argüidas, não se trata de dizer que o ajustamento de conduta é melhor que o instituto da Ação Civil Pública, mas em muitos momentos é mais abrangente que a decisão judicial, menos onerosa às partes e emocionalmente menos desgastante. Entretanto, quando a tentativa de solução foi exaustivamente negociada e não logrou êxito, deve-se buscar o socorro na Ação Civil Pública.

**6.3** Acerca da natureza jurídica do Ajustamento de Conduta, não comungamos com o posicionamento que prevalece na doutrina, de que se trata de transação, posto que o compromisso versa sobre a defesa de interesse difusos e coletivos, portanto de cunho jurídico eminentemente público, só podendo o poder público transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento, daí entendermos tratar de acordo extrajudicial.

**6.4** O Compromisso de Ajustamento de Conduta é evidentemente um dos instrumentos que visam evitar agressões ambientais, dando efetividade ao Princípio da Prevenção. Sendo primordial a observância deste princípio, assim como o da Recuperação quando da assinatura do TACA, haja vista que ambos visam à proteção do meio ambiente quando na iminência de degradá-lo ou na hipótese do dano ocorrido.

**6.5** Quanto ao acompanhamento das obrigações elencadas nos ajustamentos entendemos ainda ser uma das maiores dificuldades dos órgãos legitimados, posto que ainda não estejam realizando um acompanhamento mais intenso, pela dificuldade de permanecer constantemente junto aos compromissários e também porque o número de compromissos celebrados é progressivo, necessitando de fiscalização constante, uma vez que as obrigações assumidas podem deixar de serem cumpridas, pois se constituem em fazer ou não fazer, devendo ser monitoradas.

**6.6** Por derradeiro, a utilização deste instituto deve ser incentivada por parte daqueles que têm legitimidade para celebrá-lo, tendo em vista a sua efetividade na defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos.

## **BIBLIOGRAFIA**

AGRELLI, Vanusa Murta. O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta do Empreendedor à luz da Medida Provisória 1.710-6/99. *Revista de Direito Ambiental*. 1999, p. 103 – 113.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: RT, 2003. p. 143-149.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; DA SILVA, José Antonio Franco. *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 418-421.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 199-217.

CERVO, Luís Amado e BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia Científica*. 4ª ed. São Paulo. Editora Makron Books. 1996. p. 46.

- COLETÂNEA DE LEGISLAÇÃO DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: RT, 2004.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.
- FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo e ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Édis. Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas Técnicas para o Trabalho Científico. Explicação das Normas da ABNT. – 12ª Edição – Porto Alegre: S. N. 2003.
- GARCIA, Emerso; ALVES, Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 513-521.
- LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 344.
- LOCATELLI, Paulo Antonio. O Termo de Ajustamento de Conduta na Proteção dos Direitos Sociais. Atuação Jurídica, 2002, p. 23-87.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme Machado. Direito Ambiental Brasileiro. 11ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. Lei 7.347/85 e Legislação Complementar. 8ª Edição. São Paulo: RT, 2002. p. 237-251.
- MARCONI, Marina de Andrade. E LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do Trabalho Científico: Procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicação e trabalho científico. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2001. p.106-107.
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 687.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Compromisso de Ajustamento. Retirado de <http://www.mp.rs.gov.br>, em 10 de Novembro de 2004.
- RODRIGUES, Liane Mônica Guedes de Freitas. Termo de Ajustamento de Conduta – Teoria e Prática. Manaus: Revista do Ministério Público do Amazonas. p. 233-243.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil pública e termo de ajustamento de conduta: Teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 20ª ed. São Paulo, Editora Cortez. 1996. p. 130.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação Civil. 3ª edição. São Paulo: ATLAS, 2001.

# **JUSTIÇA AMBIENTAL NO SÉCULO XXI: A EXPERIÊNCIA DO JUIZADO VOLANTE AMBIENTAL NO ESTADO DE MATO GROSSO**

***ANDERSON SOUZA FIGUEIREDO***

Conciliador do Juizado Volante Ambiental de Mato Grosso,  
Especializando em Direito Agro-Ambiental pela Universidade  
Federal de Mato Grosso - UFMT

***ANGELA CRISTINA GASPAR NOGUEIRA***

Conciliadora do Juizado Volante Ambiental, Especializando em  
Direito Ambiental pela Universidade Candido Mendes-RJ

***ALEXANDRE AUGUSTO DUARTE CORBELINO***

Conciliador do Juizado Volante Ambiental de Mato Grosso,  
Especializando em Direito Ambiental pela Universidade  
Candido Mendes-RJ

***JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA***

Juiz do Juizado Volante Ambiental e da Vara Especializada do  
Meio Ambiente de Cuiabá/MT, Especialista em Direito Ambiental  
pela Universidade Gama Filho-RJ

***LICÍNIO CARPINELLI STEFANI***

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

***OSCAR CESAR FERREIRA XAVIER***

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

## **1. INTRODUÇÃO**

Com a Constituição Federal de 1988 o meio ambiente toma sua importância. O constituinte entendeu e acolheu o ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A Constituição Federal possui capítulo específico sobre a matéria, demonstrando a importância que o tema assumiu. A re-

dação do artigo 225, caput, da Carta Magna demonstra que o meio ambiente é um bem jurídico: “Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Na trilha dos sempre preclaros ensinamentos do insigne Antonio Herman Benjamin, o novo modelo constitucional eleva a tutela ambiental ao nível de um direito qualquer, mas de um direito fundamental. A proteção ambiental deixa definitivamente de ser um interesse menor ou acidental no nosso ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de intermináveis discussões científicas ou poéticas. Aqui, o meio ambiente é alçado ao patamar máximo do ordenamento”.

Assimila-se o clamor social em busca de novos valores. Ao encontro dessa nova problemática ambiental, os desafios da proteção do ambiente no Brasil têm exigido do Poder Público, através dos órgãos administrativos estaduais e municipais de proteção ambiental, do Ministério Público, das polícias militar e judiciária bem como, das organizações não governamentais esforços contínuos e permanentes na defesa e responsabilização de condutas danosas ao meio ambiente. A degradação ambiental vem assumindo tons preocupantes e alarmantes. As florestas são desmatadas e as matas reduzidas. Os animais são exterminados e diversos se encontram sob ameaça de extinção pela destruição de seus habitats. Há um comprometimento da qualidade de vida nas cidades pela poluição do ar, sonora, visual e dos mananciais de água.

Dentro deste contexto, buscando mudança de paradigma em relação às novas necessidades ambientais, entendendo a necessidade de um tratamento diferenciado do meio ambiente como exercício do direito e da cidadania; vislumbrando a crescente solidificação do Direito Ambiental; almejando possibilitar as pessoas, associações, e aos legitimados agirem perante o Poder Judiciário; propiciando acesso efetivo a mecanismos judiciais que encontre uma Justiça acessível; conhecedor das riquezas naturais e da importância da biodiversidade que abriga o Estado de Mato Grosso; com ineditismo, num projeto institucional de tutela do meio ambiente, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no ano de 1996, pioneiramente na gestão do Desembargador Licínio Carpinelli Stefani, criou a *Vara Especializada do Meio Ambiente* e o *Juizado Volante Ambiental - JUVAM do Estado de Mato Grosso*.

Nesse sentido, o propósito deste artigo é apresentar a experiência bem sucedida do Juizado Volante Ambiental - JUVAM, explicando como vem atuando no Estado de Mato Grosso. Sua estrutura humana e física bem como, os resultados da sua atividade em relação à defesa do meio ambiente.

## 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Efetivamente a Constituição Federal dispôs:

*“Compete... aos Estados... legislar concorrentemente sobre:  
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle de poluição.  
X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas”.*

Sabedor da tão decantada morosidade da Justiça, o legislador constituinte dispôs no art. 98, I, que a União e os Estados criariam os *“Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”*.

Esse preceito foi repetido na Carta Estadual art. 97 de seguinte teor:

*“A lei de organização judiciária organizará os Juizados Especiais, providos por juízes togados, em quadro próprio e concurso específico, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitida nas hipóteses previstas em lei, a tramitação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”*

Do texto exsurge a preocupação de se criar um órgão judiciário mais simplificado que atendesse, com maior celeridade, às demandas de causas de menor complexidade ou relativas a crimes com menor potencial ofensivo.

A natureza mandamental do preceito dá idéia clara de que os Juizados Especiais não podem ser tratados como mero procedimento a ser observado nos processos versados sobre determinadas causas. Nesse aspecto, não teria mesmo sentido tratar, num texto constitucional, sobre ritualização de processos.

O propósito do legislador foi, indubitavelmente, *criar um órgão diferenciado, com estrutura própria e diversa da Justiça tradicional*, tanto que, impondo a criação dos Juizados Especiais, disciplinou sobre a forma de provimentos deles (por juízes togados, ou togados e leigos), a competência (causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo) e o procedimento (oral e sumaríssimo), nos molde a serem definidos em lei (CF, art. 98, I, c/c o art. 24, X).

E mais: permitindo a Carta Magna que os recursos sejam julgados por *“turmas de juízes de primeiro grau”*, deixou claro que os Juizados Especiais *constituem um órgão especializado da Justiça*, e não simples procedimento a ser observado nos processos de sua competência. Fosse mero procedimento, não teria mesmo necessidade de a Constituição Federal (art. 98, I) e a Lei nº 9.099/95 (art. 95) imporem a criação deles. Ao se impor à criação, *é porque os tratou como órgão, e não como procedimento*.

Aliás, que se trata de um corpo distinto, com especificidade, di-lo a própria Lei nº 9.099/95, que assim dispõe logo no seu art. 1º, **“verbis”**:

*“Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgão da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”*.

Sensível e interessado na resolução dos problemas detectados, o Estado de Mato Grosso, numa iniciativa pioneira e inovadora no cenário Nacional, editou a Lei Estadual nº 6.176/93, provendo a nível Estadual, a criação dos Juizados Especiais, conduzidos por Juízes Togados, especialmente designados para atuarem na plenitude de suas atribuições nesta instancia especializada.

E referenda a lei 6.176 de 18.01.93 que dispõe sobre a organização e funcionamento dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso:

*Art. “3º: Os Juizados Especiais, órgãos do Poder Judiciário, constituem-se em unidades administrativas e jurisdicionais, com o aproveitamento do quadro de servidores existente para o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas”.*

Efetivamente foi por fidelidade ao espírito da Constituição Federal que o legislador estadual, disciplinando sobre a organização e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, como mencionado, (Lei n.º 6.176/93), tratou-os como “*órgão do Poder Judiciário*” (art. 3º), com “*sistema organizacional próprio*” (art. 1º) e dispostos “*em unidades administrativas e jurisdicionais*”

É preciso ver que o fator que os diferencia da Justiça Ordinária não é simplesmente o procedimento traçado na Lei n.º 9.099/95, mas, principalmente, a estrutura distinta a eles reservada, a qual permite maior funcionalidade.

### 3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MEIO AMBIENTE E PODER JUDICIÁRIO

Creemos que chegou o momento de pausar para refletirmos a respeito do posicionamento do Poder Judiciário Matogrossense, frente a nossa Lei Maior, que em seu capítulo VI, dedicou uma especial atenção à questão ambiental, expressando, no seu caput do art. 225, a imposição, ao Poder Público e à coletividade, de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido preconiza a Carta Magna:

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

Na Carta de 1988, ao suscitar à defesa do meio ambiente pelos poderes públicos, quis o legislador constituinte destinar também ao Poder Judiciário a obrigação e o dever de criar e promover esforços em sua estrutura para que esse bem maior seja defendido e preservado.

Assim o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, não podendo permanecer alheios a essa situação, inovou em 1996 ao criar a Vara Especializada do Meio Ambiente e o Juizado Volante Ambiental, antecipando até mesmo o que estabeleceu a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 125, parágrafo 7º e art. 126 com redação dada pela Emenda Constitucional N.º 45<sup>1</sup>, de 2004, im-

<sup>1</sup> “Constituição Federal, Art. 125..., par. 7º - O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”.(NR)

“Constituição Federal, Art. 126 - Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.”

plementando, sem esperar tal comando constitucional, uma estrutura de Justiça Ambiental a altura das necessidades ambientais determinadas pelo artigo 225 da Constituição Federal.

## 4. JUIZADO VOLANTE AMBIENTAL

### 4.1 Criação

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso, através do Tribunal Pleno, em 14.03.96, alicerçado na Constituição Federal, na Lei dos Juizados Especiais 9.099/95, baixou a Resolução n.º 001/96, criando o **JUIZADO VOLANTE AMBIENTAL - JUVAM**, com competência cível e criminal.

Posteriormente, o Conselho da Magistratura, através do Provimento n.º 12/96, de 13.08.96, autorizou a instalação da Vara do Meio Ambiente na Comarca de Cuiabá, e o Tribunal de Justiça, através das Resoluções n.º 07/96, de 22.08.96 e, n.º 007/99, de 17.06.99, atribuiu-lhe competência territorial nas Comarcas de Várzea Grande e Santo Antônio do Leverger<sup>2</sup>.

Em face da Resolução n.º 007/96, o Tribunal de Justiça, através do seu Presidente, baixou a portaria n.º 084/96, autorizando a instalação do Juizado Volante do Ambiental, denominado JUVAM, na comarca de Cuiabá, vinculando-o à Vara Especializada do Meio Ambiente, e, mediante Portaria n.º 119/96-TJ/MT, a instalação do mesmo Juizado nas comarcas de Barra do Garças, Cáceres e Rondonópolis, vinculando-os às varas com competência nas questões ambientais.

Criados os Juizados Volantes Ambientais, coube ao Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, na ocasião presidido pelo Eminentíssimo Desembargador Paulo Inácio Dias Lessa, a elaboração do Regimento Interno do JUVAM, dispondo sobre sua competência e funcionamento, pois nele restou definido de forma clara a sua competência para processar e julgar as ações ambientais nas esferas cível e criminal, observado o disposto na Lei n.º 9099/95.

No dia 10 de mês de fevereiro do ano de 1997, às dez horas, no prédio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, se encontrando presentes os Desembargadores Licínio Carpinelli Stefani, Presidente do TJ-MT, e Paulo Inácio Dias Lessa, Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, o Sr. Governador de Mato Grosso, Dante Martins de Oliveira e o Exmo. Sr. Nelson Azevedo Jobim, Ministro da Justiça, também presentes demais autoridades civis e militares, serventários da justiça, convidados, fora nesta solenidade iniciados os trabalhos de instalação da Vara Especializada do Meio Ambiente e do Juizado Volante Ambiental – JUVAM.

Implantado, começa a dar seus primeiros passos em fevereiro daquele ano.

<sup>2</sup> Por se tratar de municípios próximos da cidade de Cuiabá, sede do JUVAM, optou-se por estender a competência territorial.



## 4.2 Atividade Volante, Finalidade e Competência

Primeiramente vale lembrar, que não se encontra no Regimento Interno, qualquer referência de atividade fiscalizadora administrativa a ser desenvolvida pelo JUVAM, ao contrário, disciplinou a forma de uma nova atividade jurisdicional em busca de solução dos conflitos de interesses metaindividuais, ou seja, daquelas situações que transcendem a individualidade, extrapolam a titularidade individual para afetar a todos como integrantes de uma coletividade.

Embora o JUVAM apresente algumas especificidades peculiares no trato de conflitos ambientais, com a presença da equipe volante no local da infração, também atua como os demais Juizados Especiais na aplicação coativa da lei. No entanto, essas especificidades que o difere dos demais, não torna ilegítima sua atuação a ponto de ser confundida e rotulada sua atuação como “mera fiscalização administrativa”, tal qual a exercitada pelos órgãos ligados ao Poder Executivo.

Sua finalidade é a proteção do meio ambiente, com ações itinerantes de caráter, preventivo, reparatório e punitivo, com os procedimentos orientados pelos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, buscando sempre a conciliação ou a transação penal.

Ao JUVAM foi atribuída competência para atuar tanto no âmbito cível quanto na esfera criminal.

Na esfera cível, promove na fase de conciliação ajustamentos de condutas oriundos de atividades lesivas ao meio ambiente, celebrados, entre infratores ambientais com o Município, Estado e Ministério Público, para homologação pelo Juiz competente, conforme autoriza o art. 57 da Lei dos Juizados Especiais n.º 9099/95:

*“Art.57 – O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.”*

*“Parágrafo único – Válerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”*

No âmbito criminal tem competência para processar e julgar os delitos ambientais considerados de menor potencial ofensivo.

Essa característica de Juizado Volante visa proporcionar agilidade e dinamismo as questões de sua competência, utilizando-se de veículo apropriado, deslocando-se no perímetro da comarca, desburocratiza os procedimentos, tornando-os mais eficientes, célere e democrático, indo de encontro ao anseio social.

A atividade móvel desenvolvida pelo JUVAM não se presta somente para a constatação de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, mas também para estreitar as distâncias entre o cidadão e a justiça, difundindo o conhecimento da legislação ambiental.

A idéia de que o judiciário deve reagir somente se provocado não pode ser acolhida quando a qualidade de vida e os interesses das presentes e futuras gerações estão em perigo. Essa atividade volante tira da inércia um poder judiciário

palaciano e descortina uma nova visão que vai a busca da identificação e resoluções dos conflitos ambientais.

O JUVAM aparelhado com moderna estrutura de transporte, comunicação e informática permite, em verdade, que um braço do Judiciário se estenda até o local da ocorrência, no momento ou momentos após a efetivação do dano ou transgressão ambiental, visando com sua atuação, além de demonstrar ostensivamente a presença do Judiciário, em sentido mais amplo, identificar e buscar a solução do problema pela intermediação do conflito suscitado.

Somente pela sua presença ostensiva, já estaria justificada a sua atuação, por transmitir tal fato, a sensação de tranquilidade, confiança e dignidade que a atividade judicial reflete, quando ágil e célere. Sua mobilidade permite ainda, a constatação “in loco” da degradação ambiental; seja ela antiga ou nova. Permitindo ainda a adoção imediata de medidas legais e preventivas.

Daí decorre a extrema importância do Juizado Volante Ambiental enquanto instrumento social capaz de influir positivamente com sua atuação imparcial no desenvolvimento social sustentado e ecologicamente correto para a sociedade matogrossense: dirimindo conflitos, reprimindo atividades nocivas e criminosas, e até, exercendo importante papel ao produzir na prática, educação ambiental.

Vale registrar que não há como negar que durante estes anos em atividade, mesmo com alguns problemas que precisam ser sanados e até mesmo, preconceitos em relação a esta forma alternativa de Justiça Ambiental, muitas mudanças e avanços foram conquistados. Hoje, na verdade damos uma satisfação à sociedade, buscando resolver problemas relacionados ao meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida.

### **4.3 Estrutura**

Materialmente o JUVAM dispõe em Cuiabá e Rondonópolis-MT de uma sede própria com boa estrutura, e em Cáceres-MT e Barra do Garças-MT de uma sala anexa ao Juizado Especial da comarca, onde funciona sua Secretaria, e Central de Comunicações/Operações, todos dotados de viaturas e recursos de comunicação móvel, equipamentos portáteis de informática, máquinas de fotografias, telefones celulares, GPS etc.

Em Cuiabá, logo após a sua criação foi inicialmente instalado de forma tímida em uma pequena sala no prédio em que abriga os Juizados Cíveis e Criminais do Centro, situado na Av. Getúlio Vargas, no centro da Capital, posteriormente transferido para uma sala um pouco maior nas instalações do Fórum Cível. Depois com a criação do Juizado do Consumidor, passou a dividir com este a instalação situada na rua Topázio, 435, Bosque da Saúde, ainda em pequenas acomodações. Cinco anos após sua criação, em 25 de setembro de 2002, na gestão do então Presidente do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso Des. Leônidas Monteiro Duarte, e com o Projeto de Modernização do TJ/MT, fez-se à ampliação da sede do Juizado Volante Ambiental – JUVAM com estrutura física e material necessária. Salas espaçosas e bem definidas que abrigam recepção, secretaria, sala de conciliadores

e de apoio (Técnicos, Oficiais de Justiça e Motoristas), salas de audiência e conciliação, sala para secretária, assessor jurídico, gabinete do juiz titular, que foram equipados com novos móveis, eletrodomésticos, aparelhos de ar-condicionado, fax e de telefones, computadores, rádios comunicadores, binóculos e aparelhos de GPS. Conta ainda com amplo estacionamento para acomodação dos veículos e embarcações que dão apoio e sustentam a atividade volante, e depósito para a guarda dos instrumentos e materiais apreendidos até o julgamento do processo a que está vinculado.

Seu quadro de servidores é formado por um Juiz de Direito, Conciliadores, Oficiais Escreventes, Oficiais de Justiça e Motoristas. Acresce-se à composição, técnicos disponibilizados por órgãos ambientais. A este último cabe a elaboração de laudos que possam instrumentalizar os procedimentos, apontar irregularidades, sugerir medidas mitigadoras de composição ou reparação do dano causado. Complementando a estrutura funcional existe ainda no JUVAM, um destacamento da antiga Polícia Florestal, hoje denominada Polícia Militar de Proteção Ambiental – PMPA, composta por um Sargento, três Cabos, e três soldados para acompanhamento nas diligências realizadas, objetivando efetuar um trabalho de prevenção.

A presença da Polícia Ambiental se faz necessária, pois de acordo com a situação encontrada no local da denúncia, os Policiais podem confeccionar boletins de ocorrência, ou em caso de flagrante de crime ambiental, deverão deter e encaminhar o infrator/poluidor à autoridade Policial da Delegacia Especializada de Defesa da Natureza.

Esta estrutura material, complementada com o idealismo e desprendimento dos seus funcionários, destacados para o desempenho desta missão, viabilizam o rápido deslocamento de uma equipe até o local da ocorrência dos fatos.

#### **4.4 Composição das Equipes de Trabalho**

Cada equipe é composta dos seguintes elementos:

- Um Conciliador, a quem cabe a responsabilidade pela condução dos trabalhos, desde o recebimento da denúncia, durante a constatação e até o desfecho final do procedimento. É o responsável, ainda, pela lisura, urbanidade e legalidade das condutas dos membros da equipe durante as diligências realizadas. Auxilia ainda na elaboração dos planos operacionais táticos, individualmente ou em conjunto com os demais órgãos ambientais. Atua em contato direto com os órgãos de proteção (Prefeituras Municipais, IBAMA, FEMA, EMPAER, INDEA, Polícia Ambiental, ONG's etc.), diligenciando na manutenção do relacionamento produtivo e cordial entre as organizações cooperantes.

- Um Oficial Escrevente, a quem cabe realizar o registro documental dos procedimentos, bem como manutenção dos mesmos, zelando pela organização dos arquivos, livros e registros no sistema informatizado de processos, colaborando para a realização dos trabalhos a contento.

- Um Oficial de Justiça, a quem cabe realizar os atos formais imprescindíveis ao andamento dos procedimentos tais como: cumprimento de intimações,

mandados e diligências. Colabora ainda na documentação fotográfica e pela operação dos equipamentos de rádio comunicação durante as diligências.

- Um Motorista a quem cabe transportar a equipe e zelar pela funcionalidade, operacionalidade, limpeza e correta manutenção dos veículos e embarcações à disposição do JUVAM.

- Dois Policiais Ambientais, a quem cabe zelar pela segurança e integridade física da equipe, pelo cumprimento da lei e da ordem; realizar a prisão dos infratores nos casos de flagrante delito, confeccionar os boletins de ocorrências necessários para instruir os procedimentos criminais; auxiliar na pilotagem das embarcações em patrulhamento fluvial, bem como pela cobertura armada durante a realização de barreiras físicas.

- Agentes Ambientais (FEMA, IBAMA, Secretarias Municipais), a quem cabe atuar no campo administrativo, elaborando os respectivos atos tais como: Auto de Infração, Termo de Apreensão, Termo de Embargo, Notificação etc. Atuam ainda como auxiliares técnicos na elaboração de laudos periciais quantificando/qualificando a degradação ocorrida conforme o caso, elaborando relatórios e pareceres. Servem ainda como elos de ligação entre os órgãos envolvidos.

## **5. ATENDIMENTO AS RECLAMAÇÕES**

O funcionamento do JUVAM é muito simples, basicamente recebe e processa a reclamação formulada pelos órgãos ambientais, ONG's bem como, por qualquer cidadão.

As reclamações ou denúncias podem ser feitas pessoalmente, através do telefone, fax, e-mail, ou ainda por correspondência ao Juizado. Tendo tomado ciência, a reclamação será reduzida a termo pela secretaria de forma simples em linguagem acessível, encaminhando diretamente ao Conciliador, para que possa realizar a diligência necessária juntamente com a equipe do Juizado, Policiais Ambientais e demais agentes fiscais e técnicos de órgãos ambientais, possuidores de conhecimento técnico específico à reclamação formulada.

A equipe se deslocará até o local do fato, procedendo a levantamento minucioso da situação encontrada, com coleta de informações, documentos e fotografias que se prestarem de subsídios ao fato em questão.

De imediato são tomadas às providências administrativas que o fiscal (técnico ambiental) entender, sem prejuízo das sanções nas esferas cível e criminal. Busca-se a paralisação da atividade poluidora/degradadora e assim que possível à composição do dano ambiental. A primeira preocupação é com o restabelecimento do bem lesado.

Não havendo êxito nas providências preliminares, o Conciliador elaborará Relatório Circunstanciado, onde descreverá os fatos e relatará o ocorrido de acordo com a legislação infringida pela conduta danosa, anexando laudos, ilustrações e documentos expedidos pelos técnicos, que será encaminhado aos órgãos competentes (União, Estado, Município, Ministério Público, Autarquia, Fundação, Associação, entre outros), para as providências que entender necessária.

Caso haja necessidade ou a requerimento da parte legitimada a Secretaria do Juizado designará audiência de ajustamento de conduta da atividade lesiva ao meio ambiente, que será realizada e reduzida a termo pelo Conciliador e homologada pelo Juiz de Direito (conforme autoriza o parágrafo único do art. 57 da Lei 9.099/95).

## 6. ÁREAS DE ATUAÇÃO

- **Poluição Sonora:** O Juizado Volante Ambiental atua nas denúncias referentes à poluição sonora emitida por fonte de sons e ruídos (carros de som, pontos de encontro, bares e similares, grupos geradores, atividades industriais, igrejas etc), em conjunto com equipes das Prefeituras Municipais, Delegacia da Natureza e Polícia Ambiental, buscando ajustar a atividade às normas que regulamenta tais emissões.

- **Poluição em Geral:** em conjunto com Vigilância Sanitária Municipal, Fundação Estadual do Meio Ambiente-FEMA e Secretarias Municipais de Meio Ambiente, vem atendendo denúncias de poluição de córregos e rios formadores do Pantanal Matogrossense, ocasionados por diversas atividades tais como: vazamentos de combustíveis em postos de gasolina, emissões de indústrias e empresas que emitem e despejam resíduos em desacordo com os padrões estabelecidos.

- **Maus tratos aos animais:** em parceria com entidades de proteção aos animais, Universidade Federal de Mato Grosso e Centro de Controle de Zoonoses de Cuiabá, vem prestando relevantes serviços no combate a prática de maus tratos aos animais com a responsabilização dos infratores.

- **Tráfico de Animais Silvestres:** com o IBAMA/MT, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ambiental e Delegacia da Natureza, realizou nos anos de 2001 e 2002 a 1ª Campanha Estadual de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres, promovida nos municípios abrangidos pelo órgão, bem como nas rodovias que cortam o estado, obtendo êxito com várias apreensões de animais.

- **Pesca Predatória:** com a FEMA-MT, Polícia Ambiental e Delegacia da Natureza promove o combate a pesca predatória (espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos, quantidade superior a permitida ou utilização de aparelhos, petrechos e métodos proibidos, estabelecida por Lei Estadual).

- **Crimes contra a Flora:** atua em parceria com IBAMA-MT, FEMA-MT e Secretarias Municipais de Meio Ambiente, no combate aos desmatamentos, extração e depósito ilegal de madeira, queimadas, desmatamentos em áreas verdes municipais, áreas de preservação permanente e reserva legal, ocupação irregular de praças, bem como acompanha e constata a execução de Projetos de Recuperação de Áreas Degradadas - PRADÉ, referente a ajustamentos de condutas celebrados em juízo. Vale lembrar que atuou em projetos como o PPG7-Programa Piloto de Combate ao Desmatamento na Amazônia nos anos 2001 e 2002, auxiliando as equipes participantes e encaminhando relatórios circunstanciados ao Ministério Público Estadual.

- **Educação Ambiental:** Atualmente o JUVAM vem desenvolvendo atividades de sensibilização e conscientização do cidadão para com o meio ambiente. São promovidas palestras, teatros temáticos de fantoches (organizado por servidores desse Juizado e por policiais ambientais), com o intuito de divulgar suas atividades. Possui material educativo na forma de folder, cartazes e cartilhas orientativas ambientais. Dentre esses materiais destaca-se as cartilhas: “*JUVAM. Você sabe o que é?*”, “*Uma Turma Legal, edição 2001*”, “*Cuidado com o barulho! - Campanha contra a Poluição Sonora*”, entre outros. A Apresentação em escolas públicas e particulares de ensino fundamental do Teatro de Fantoches “Um Papo Legal na Beira do Rio” realizado por servidores e policiais ambientais totalizou no de 2003, 11 apresentações; 2004, 44 apresentações; e 2005, 28 apresentações.

## **7. PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS APLICADAS NO JUVAM**

Com as adequações prediais e materiais, e com a vigência da Lei 10.259/01, que institui os Juizados Especiais Federais, que trouxe consigo o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo (“crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa” – art. 2º, parágrafo único do citado diploma legal), ficara ampliada a competência na área criminal, vez que com este novo conceito passa a abarcar em grande parte os crimes tipificados na Lei dos Crimes Ambientais – 9.605/98. Perante esse Juizado buscando exercitar a atribuição do Ministério Público, como autor da ação penal, conciliadores e escreventes desempenham papel importante para a eficácia e celeridade dos procedimentos visando excelência na prestação jurisdicional. As audiências são realizadas pelos conciliadores, Promotores de Justiça e Infrator/Poluidor, passando à homologação ao Juiz.

Oportuniza-se aos eventuais infratores a reabilitação através da transação penal e da suspensão condicional do processo. As penas alternativas aplicadas no JUVAM priorizam medidas despenalizadoras e sócio-educativas que visam a re-educação ambiental.

Relacionamos abaixo algumas penas alternativas cujo benefício é a qualidade ambiental:

- Destinação de alimentos e serviços para o Zoológico - UFMT;
- Entrega de Mudanças de vegetação nativa para projeto de reflorestamento;
- Prestação de serviços à comunidade que consiste na limpeza, restauração, manutenção de praças, parques, jardins, monumentos públicos, unidades de conservação, áreas de preservação, entre outros;
- Limpeza e manutenção do Zôo - UFMT, Horto Florestal, Aquário Municipal;
- Abertura de covas em área de preservação permanente (Rio Cuiabá), para reflorestamento e plantio de mudas;
- Limpezas de córregos e baías do Pantanal (Siá Mariana e Chacororé).
- Prestação de serviço em conformidade com a profissão exercida pelo infrator

## 8. PROCEDIMENTOS CÍVEIS E CRIMINAIS DISTRIBUÍDOS DE 1997 A 2005.<sup>3</sup>

No ano de 1997 tivemos 270 procedimentos cíveis distribuídos; em 1998(149 proc.); 1999(187 proc.); 2000(144 proc.); 2001(78 proc.); 2002(93 proc.); 2003(86 proc.); 2004 (116 proc.); 2005 até o dia 29/04 (51 proc.).

Já a quantidade de procedimentos criminal foi em: 2001 (118 proc.); 2002 (285 proc.); 2003 ( 252 proc.); 2004 (285 proc.); 2005 (229 proc.).

## 9. TIPOS DE PROCEDIMENTOS CÍVEIS DOS ANOS DE 2003 A 2005<sup>4</sup>

Assim foi a distribuição, em percentagem, dos tipos de procedimentos em curso no JUVAM em 2003: Criação de animais em área urbana, 8%; Depósito de resíduos sólidos 1%; Corte ou poda irregular de árvores 3 %; Desmate em área verde 1%; Pescado irregular 15 %; Poluição Sonora 35%; Poluição Eletromagnética 1%; Extração de mineral sem licença ambiental 3%; Desmate em APP 29%; Construção de Postos de Combustíveis sem licença 1%; Maus tratos de animais 3%; criação de animais em área urbana 8%.

No ano de 2004 constatamos em: Criação de animais em área urbana, 8%; Depósito de resíduos sólidos 2%; Corte ou poda irregular de árvores 7%; Desmate em área verde 2%; Queimadas urbanas 1%; Pescado irregular 8%; Poluição Sonora 45%; Poluição Eletromagnética 1%; Extração de mineral sem licença ambiental 2%; Desmate em APP 11%; Construção de Postos de Combustíveis sem licença 1%; Construção sem licenciamento 2%; Maus tratos de animais 5%; criação de animais em área urbana 3%; Lançamento irregular de efluentes 2%.

Já em 2005 até o dia 29/04 observamos: Criação de animais em área urbana, 2%; Depósito de resíduos sólidos 2%; Corte ou poda irregular de árvores 2 %; Pescado irregular 38 %; Poluição Sonora 22%; Poluição Atmosférica 4%; Extração de mineral sem licença ambiental 8%; Desmate em APP 6%; Construção de Postos de Combustíveis sem licença 1%; Construção sem licenciamento 2%; Poluição Visual 2%; Maus tratos de animais 13%; Criação de animais em área urbana 2%.

## 10. TIPOS DE PROCEDIMENTOS CRIMINAIS DOS ANOS DE 2003 A 2005

A quantidade de procedimentos criminais distribuídos no JUVAM entre 2004 e 2005 (até o dia 29/04) por tipo é a seguinte: Transporte e comercialização de madeira sem licença 210 proc.(2004); e 177 proc. (2005); Manutença de animais silvestres em cativeiro 16 proc. (2004); 1 proc.(2005); Destruir planta de ornamentação em logradouro público, 2(2004); 2(2005); Destruir ou danificar florestas de especial proteção, 7(2004); 4(2005); Poluição por qualquer natureza, 36(2004); 35(2005); Abuso, maus tratos ou mutilação de animais, 2(2004);

<sup>3</sup> Dados fornecidos pela Secretaria do Juizado Volante Ambiental em 29/04/2005.

<sup>4</sup> Idem.

1(2005); Impedir ou dificultar regeneração natural de florestas, 1(2004); 1(2005); Comercializar motoserra sem licença, 1(2004); 1(2005); Destruir florestas de preservação permanente, 1(2004); 1(2005); Pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais, 2(2004); 2(2005); Pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais, 2(2004); 2(2005); Outros, 7(2004); 4(2005).

## 11. QUAIS AS PRINCIPAIS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO ENFRENTADAS

Preliminarmente faz-se necessários alguns comentários sobre as peculiaridades regionais. O Estado de Mato Grosso além de sua conhecida extensão territorial, apresenta-se no cenário Nacional como o único Estado a conter três diferentes ecossistemas em seu território, quais sejam: a Amazônia, o Cerrado e o Pantanal.

É também, depositário da mais importante riqueza hídrica do país, pelo fato de encontrar-se em seu território, o divisor de águas separando os rios pertencentes à Bacia do Prata daqueles da Bacia Amazônica, daí pode-se perfeitamente perceber a importância estratégica do Estado no contexto hídrico nacional.

Outra peculiaridade marcante do nosso Estado é o fato de constituir-se em fronteira agrícola, portanto apresentando constante crescimento populacional, trazendo como consequência, uma série de danos ambientais provocados pela ação antrópica do homem no ambiente natural.

Diante de tais fatos, fica muito fácil compreender-se o gigantismo e complexidade da tarefa de prestar uma tutela jurisdicional rápida, eficiente e eficaz em termos de meio ambiente.

A experiência durante os anos de atuação na área permite-nos afirmar que o maior foco de degradação ambiental certamente constitui-se nos aglomerados urbanos, onde, comprovamos uma infinidade de ocorrências com efeitos danosos diretos sobre a qualidade de vida e saúde dos cidadãos.

No contexto regional, sem dúvida Cuiabá e Várzea Grande, por serem as maiores cidades, constituem-se no maior e mais preocupante palco de ocorrência das mais diversificadas e continuadas agressões ao meio ambiente. Do ponto de vista estritamente econômico, é inquestionável o menor custo da prevenção quando comparado ao custo da reparação, em termos ambientais. Assim, qualquer ação governamental ou privada, neste sentido, venha de onde vier é medida social, moral e porque não dizer politicamente corretas.

Pudemos testemunhar as maiores e inseqüentes agressões do homem a si mesmo e a natureza, dentre as quais podemos citar:

- diariamente são despejados no Rio Cuiabá e conseqüentemente na bacia hidrográfica do Pantanal, toneladas de esgoto “in natura”, comprometendo inexoravelmente este inigualável e precioso recurso hídrico natural;
- desmatamentos inseqüentes e criminosos nas margens dos rios, córregos e nascentes d’água cujos efeitos danosos extrapolam as fronteiras do Estado;
- o uso incontrolado e indiscriminado de agrotóxicos nas áreas das extensas fronteiras agrícolas, provoca imensurável impacto ambiental e imprevisíveis conseqüências ao longo do tempo;



- as queimadas descontroladas e desautorizadas que em passado recente chegaram a atrapalhar até os vôos de linhas regulares sobre a Amazônia Matogrossense;
- as atividades de lavra garimpeiras sem licenciamento e controle do órgão competente causam danos irreversíveis em consideráveis extensões territoriais;
- o crescimento incontrolável da atividade de pesca predatória nos rios matogrossenses causa desequilíbrio em todos os ecossistemas que compõem nossa biota; a introdução acidental, no meio ambiente aquático, de espécime exótico, cujas conseqüências são ainda imprevisíveis.

Como afirmamos, esta é tão somente uma pequena lista das experiências colhidas, assim, com pequeno exercício mental, pode-se facilmente depreender a desproporcionalidade entre o gigantismo e significância da tarefa que nos foi atribuída.

## **12. ATIVIDADES INTEGRADAS**

Diante da imensidão da área de sua atuação, o JUVAM para desenvolver um trabalho eficiente e eficaz, mantém relacionamentos com o Ministério Público Estadual de Defesa do Meio Ambiente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com o Governo do Estado através da FEMA - Fundação Estadual do Meio Ambiente, da Polícia Militar Estadual através do seu Batalhão de Polícia Ambiental, Polícia Judiciária Civil através da Delegacia Especializada de Defesa Natureza, das Prefeituras Municipais de Cuiabá e Várzea Grande, através de suas Secretarias de Meio Ambiente, Organizações Não-Governamentais-ONG's, Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA-MT, Instituto de Defesa Agropecuária do Estado de Mato Grosso – INDEA, Empresa Mato-Grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural – EMPAER e ainda com alguns Departamentos Técnicos da Universidade Federal do Estado de Mato Grosso.

Vale lembrar, que a parceria entre o Juizado Volante Ambiental, a Fundação of State University Of New York - SUNY sediada nos Estados Unidos da América, o Instituto de Educação do Brasil – IEB, e o Instituto O Direito Por um Planeta Verde - IDPV, foi de inestimável importância na realização do 1º Curso de Capacitação para Juizes e Conciliadores do JUVAM, realizado em 10.11.2002 e ministrado pelo Des. Eládio Lecey do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, presidente do IDPV.

## **13. JUVAM COMO VENCEDOR DO I PRÊMIO INNOVARE - 2004 NA CATEGORIA JUIZADOS ESPECIAIS**

O Prêmio Innovare o “Judiciário do século XXI” é uma realização conjunta da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas - DIREITO RIO, da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e do Ministério da Justiça, através da Secretaria de Reforma do Judiciário

O Prêmio Innovare concedido anualmente é um instrumento para destacar práticas pioneiras e bem-sucedidas de gestão do Poder Judiciário brasileiro que estejam contribuindo para a modernização, qualidade, celeridade, eficiência e acessibilidade da justiça.

A importância do prêmio para o Judiciário de Mato Grosso, foi promover a divulgação do trabalho do JUVAM para outros estados da federação e contribuir para a imagem de um Poder Judiciário mais eficiente junto à opinião pública estadual e nacional. O Reconhecimento de órgãos como o Ministério da Justiça e da Associação dos Magistrados Brasileiros, coroou a iniciativa, pois se constatou a eficiência, a presteza, e a utilidade do JUVAM no combate as agressões ao meio ambiente. O prêmio conferido é uma prova de que o órgão é moderno, adaptado às exigências e necessidades ambientais que requer um trabalho sem trégua, na defesa da fauna e da flora em busca da almejada sadia qualidade de vida.

De acordo com os organizadores do Prêmio Innovare brevemente será disponibilizado no site [www.premioinnovare.com.br](http://www.premioinnovare.com.br), um programa de disseminação de práticas de sucesso da justiça, dentre elas a do Juizado Volante Ambiental de Mato Grosso - JUVAM.

## **14. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**14.1** O Juizado Volante Ambiental é também destinatário do comando contido no art. 225, e seus incisos, da Lei Fundamental, portanto titulariza o dever desse órgão de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações;

**14.2** É missão do Poder Judiciário dar respostas adequadas aos problemas prementes de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica. As Varas da Justiça Comum enfrentam sobrecargas de processos, assim como os Juizados Especiais. É preciso sensibilizar, motivar e provocar o Poder Judiciário para que questões ambientais sejam efetivamente apuradas nas esferas cível e criminal. Nesse sentido, a notável experiência do Juizado Volante Ambiental representa, solução alternativa para se processar as ações ambientais;

**14.3** Com a crescente deterioração é necessário vislumbrar a construção de um novo modelo que venha obter uma rápida resposta do Estado. Diante disso, o Juizado Volante Ambiental representa uma novidade que surge para salvaguardar o que estabeleceu o artigo 225 da Constituição Federal;

**14.4** Embora o JUVAM apresente algumas especificidades peculiares no trato de conflitos ambientais, com a presença da equipe volante no local da infração, também atua como os demais Juizados Especiais na aplicação coativa da lei. No entanto, essas especificidades que o difere dos demais, não torna ilegítima sua atividade a ponto de ser confundida e rotulada sua atuação como “mera fiscalização administrativa”, tal qual a exercitada pelos órgãos ligados ao Poder Executivo;

**14.5** A finalidade da atividade móvel é a proteção do meio ambiente, com ações itinerantes de caráter, preventivo, reparatório e punitivo, com os procedimentos orientados pelos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, buscando sempre a conciliação ou a transação penal;

**14.6** Para uma maior eficiência da atividade exercida, é de suma importância a integração, cooperação e o comprometimento entre o JUVAM, o Ministério Público Estadual e os órgãos de defesa do meio ambiente;

**14.7** Buscando uma maior proteção ambiental na Amazônia Legal, deve o Ministério da Justiça em parceria com os Estados interessados, através de um esforço de implementação, incentivar a criação de uma Justiça Ambiental nos moldes do Juizado Volante Ambiental de Mato Grosso;

**14.8** Com a implantação das atividades do JUVAM, temos percebido a conscientização dos cidadãos na compreensão da legislação ambiental, dos direitos que são destinatários, bem como, do trabalho desse órgão na proteção do meio ambiente e da qualidade de vida.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANTONIO HERMAN BENJAMIN, Meio Ambiente e Constituição uma Primeira Abordagem, in 10 Anos de ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável, anais do 6.º Congresso Internacional de Direito Ambiental, IMESP, 2002.

COJE, Regimento Interno, JUIZADOS ESPECIAIS, Lei 9.099/95 e Lei n. 6.176/93, LOMAN. 6 ed. Ver. E atual. Cuiabá, Tribunal de Justiça, 2001.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [on line]. Disponível em <URL:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituicao/constituicao.htm)> [2005 abr 16].

REGIMENTO INTERNO, de 24 de setembro de 1996, do Juizado Volante Ambiental de Mato Grosso - JUVAM, aprovado pelo Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

RESOLUÇÃO N 009/96, de 28 de agosto de 1996, que resolve compor os quadros de funcionários do Juizado Volante Ambiental de Mato Grosso.

# A EFETIVIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA

ANDRÉ LUIZ BALBINOTT

Professor de Direito Ambiental dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Comunitária Regional de Chapecó - UNOCHAPECÓ

## 1. AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado pelo artigo 225 da Constituição Federal<sup>1</sup>, contempla um novo modelo de desenvolvimento, ambientalmente sustentável, preocupado com as presentes e futuras gerações.

Este direito fundamental já era objeto de reconhecimento pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (1972)<sup>2</sup>, bem como pela legislação ordinária brasileira, notadamente pela Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e os instrumentos existentes para alcançar seus objetivos. Veio conquistando espaço nas Constituições dos diversos países e, pelo dispositivo em tela, restou também assegurado de forma expressa também em nossa Carta Política.

A Constituição orienta a busca de um meio ambiente sadio, comprometendo o Poder Público e a coletividade com este objetivo. Isso representa não somente uma importante e decisiva opção política, notadamente por seus reflexos sociais e econômicos, como o comprometimento nacional com a busca de um meio ambiente saudável.

Cristiane Derani realça que “as bases naturais da vida, ao serem reconhecidas como bens constitucionais, espelham a sua real importância como fator estrutural e conformador de uma sociedade”<sup>3</sup>.

A vitória representada pela constitucionalização do direito, porém, sede agora espaço à preocupação com seus resultados.

<sup>1</sup> “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Acerca do dispositivo, realizando o enfoque da qualidade de vida como pressuposto tanto do Direito Ambiental como do Direito Econômico, Cristiane Derani anota que: “A Constituição Federal Brasileira contém este caráter integrador da ordem econômica com a ordem ambiental, unidas pelo elo comum da finalidade de melhoria da qualidade de vida. O direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser caracterizado como um direito fundamental, gozando do mesmo “status” daqueles descritos no artigo quinto desta carta. Este bem jurídico, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, é um pressuposto para a concretização da qualidade de vida” (in *Direito Ambiental Econômico*, 2 ed., São Paulo : Max Limonad, 2001, p. 82/83)

<sup>2</sup> Princípio 1: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”

<sup>3</sup> in *Direito Ambiental Econômico*, 2 ed., São Paulo : Max Limonad, 2001, p. 271

A natureza finalística constitui característica das normas de conteúdo social, dentre elas aquelas ambientais. E, como bem enfatiza José Eduardo Faria<sup>4</sup>, mais do que a definição das regras do jogo, estas normas são concebidas para modificar os resultados do jogo.

Acerca da questão, anota Edis Milaré que: “ponto dos mais relevantes na luta contra a devastação do ambiente é o que diz com a implementação da legislação, vale dizer, com as bases de um trabalho que retire o arcabouço normativo ambiental do limbo da teoria, para a existência efetiva da vida real”<sup>5</sup>.

## 2. ESPAÇOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

O Constituinte demonstrou sua preocupação em assegurar a efetividade deste direito fundamental que alcançou a todos no artigo 225, pois já em seu parágrafo primeiro<sup>6</sup> tratou de já arrolar diversas incumbências do Poder Público para tal. Dentre esses instrumentos, vislumbra-se do inciso III o dever de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”<sup>7</sup>.

Esta era a forma de preservação dos recursos naturais que já constituía Princípio da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, de 1972<sup>8</sup>. Sobre a questão, Maria de Fátima Freitas Labarrère enfatiza: “A instituição de unidades de conservação representa o meio adequado para fazer valer este princípio”<sup>9</sup>.

Também é uma das atividades orientadas pela Agenda 21 para buscar a conservação da diversidade biológica<sup>10</sup>.

No Brasil, a criação destes espaços vem sendo tida, de há muito, e inclusive pela Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), como um dos importantes instrumentos em defesa do ambiente ecologicamente equilibrado, para a proteção de espécies e ecossistemas. O Ministério do Meio Ambiente, ao tratar do Programa Nacional de Áreas Protegidas registra que “um dos principais instrumentos para a conservação e o manejo da biodiversidade é o estabelecimento

<sup>4</sup> in *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 275

<sup>5</sup> in *Direito do Ambiente*, 3 ed., São Paulo : RT, 2004, p. 126

<sup>6</sup> Sobre o dispositivo em tela, leciona Cristiane Derani: “são normas que impõe condutas, fixando tarefas diretivas e materiais ao Estado, declarando atividades que estão especialmente sob sua tutela e descrevendo deveres especiais do Poder Público. Em suma, orientam o exercício pelo Estado da função ambiental” (in *Direito Ambiental Econômico*, 2 ed., São Paulo : Max Limonad, 2001, p. 268)

<sup>7</sup> Sobre o dispositivo, descreve Edis Milaré que “a constituição inovou profundamente, seja ao regerar a matéria de forma expressa, o que não se dava no regimento constitucional anterior, seja ao estabelecer mecanismos garantidores da perenidade legal e ecológica dos espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos estabelecidos pelo Poder Público” (in *Direito do Ambiente*, 3 ed., São Paulo : RT, 2004, p. 235)

<sup>8</sup> Princípio 2: “Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”

<sup>9</sup> *Unidades de Conservação e o Direito*, in *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo : Adcoas, 2001, vol 5, p. 653

<sup>10</sup> Capítulo 15, item 15.5: “Adotar medidas, quando necessário, para a conservação da diversidade biológica por meio da conservação in situ dos ecossistemas e habitats naturais”

de áreas protegidas, dentre elas, as conhecidas como unidades de conservação (UC's). A definição desses espaços territoriais é incumbência do poder público, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 225, § 1º, inciso III<sup>11</sup>.

Segundo declara Paulo Nogueira Neto: “A maneira mais segura de conservação in situ da diversidade é através de Unidade de conservação da Natureza. Trata-se de bancos genéticos constituídos não apenas por exemplares individuais da biota, como é o caso dos porta-sementes, mas de ecossistemas protegidos em larga escala, em áreas representativas de vários geobiomas climáticos”<sup>12</sup>.

Edis Milaré também é incisivo: “O espaço territorial especialmente protegido é um dos instrumentos jurídicos para a implementação do direito constitucional ao ambiente hígido e equilibrado, em particular no que se refere à estrutura e às funções dos ecossistemas. Devido à sua importância, no contexto nacional, ele também consta do rol dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente”<sup>13</sup>.

### 3. UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E SUA EFETIVIDADE

Visando atender ao comando constitucional que determinou a criação de espaços especialmente protegidos, é que surgiu a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Como objetivos do referido Sistema o artigo 4º estabelece, dentre outros, os de proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional, contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais e promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais.

Foram previstos dois grupos de Unidades de Conservação, as Unidades de Proteção Integral, cujo objetivo básico é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, e as Unidades de Uso Sustentável, destinadas a compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

A simples regulamentação do artigo 225, parágrafo 1º, incisos I, II, III e VIII da Constituição Federal, e mesmo a difusão da criação de Unidades de Conservação pelo País, porém, não significa que se estará atingindo os objetivos dispostos pela própria Lei referida, assim como principalmente alcançado o direito constitucional a um ambiente ecologicamente equilibrado. Não basta a disciplina legal ou mesmo a existência de espaços protegidos, se os mesmos não estiverem se prestando aos fins a que se destinam.

E, neste sentido, o próprio Ministério do Meio Ambiente, falando sobre as Unidades de Conservação implantadas no Brasil, reconhece que “as áreas já criadas ainda não atingiram plenamente os objetivos que motivaram sua criação”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> in <http://www.mma.gov.br/port/sbf/dap/index.cfm>, acessado em 25/03/2004

<sup>12</sup> in *A proteção da biodiversidade na federação brasileira*, p. 153, apud Tereza Cristina de Deus, in *Tutela da Flora em face do direito brasileiro*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2003, p. 140

<sup>13</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). in *Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001, p. 9

<sup>14</sup> in <http://www.mma.gov.br/port/sbf/dap/index.cfm>, acessado em 25/03/2004

É notória a dificuldade do Poder Público na manutenção dos referidos espaços e na sua fiscalização de modo a evitar o desmatamento e possibilitar a preservação ambiental. Recente matéria estampada na Revista VEJA, sob a chamada “O país multiplicou por sete suas áreas de conservação natural. Vigia-las é o grande problema”, aponta que “ao mesmo tempo que o país se destaca como um dos que mais criam reservas, é também considerado um dos que menos cuidam desse patrimônio”<sup>15</sup>. Rosa Lemos de Sá, superintendente de conservação da natureza da WWF-Brasil, que coordenou em 1999 o estudo das Áreas Protegidas ou Espaços Ameaçados, declarou à reportagem que “as unidades de conservação acabam existindo apenas no papel”.

Já outra edição mais recente da referida Revista, trata do “Paraíso Cercado e Ameaçado”<sup>16</sup>, discorrendo sobre o mapeamento do grau de perigo que está submetida a Floresta Amazônica, por problemas de natureza diferente. Conforme explanado, a importância de sua proteção não tem resistido à dinâmica econômica da extração florestal, sucedida de áreas de pastagem e posteriormente da plantação de soja, alertando ainda que as queimadas podem até mesmo ser vigiadas por satélites com enorme precisão, mas falta vigilância na terra para evitá-las.

Paulo de Bessa Antunes anota: “A dificuldade para assegurar a efetividade da existência de tais unidades de conservação é muito grande, pois a escassez de recursos econômicos destinados à sua manutenção é excepcional. A simples instituição de unidades de conservação, sem que os recursos para a sua manutenção sejam providenciados, merece ser fortemente criticada”<sup>17</sup>.

Discorrendo sobre os problemas para a implantação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, Maria Tereza Jorge Pádua adverte: “Além, como já foi visto, da percentagem de áreas protegidas em relação à extensão territorial do Brasil não ser das melhores, a situação piora muito se olharmos para o grau de implementação das mesmas. Os principais pontos de estrangulamento para o estabelecimento de um eficiente sistema de unidades de conservação estão: I- na burocracia governamental; II- na falta de recursos financeiros para a desapropriação das terras; III- na efetiva implantação das áreas legalmente protegidas e, eminentemente, IV- na insuficiência de recursos humanos”<sup>18</sup>.

Para Maurício Mercadante: “Além de faltarem recursos para pôr as pessoas para fora, faltam também para mantê-las do outro lado da cerca. Como se sabe, as UCs, quase sem exceção, convivem com problemas crônicos de desmatamento, caça, incêndios, etc.”<sup>19</sup>.

Dentre as causas para a precária implementação das leis ambientais no Brasil, Antonio Herman V. Benjamin indica: “a desconsideração do meio ambiente como prioridade política efetiva e aberrante repartição dos recursos orçamentários. Sabe-

<sup>15</sup> in *Revista Veja*, edição 28 de janeiro de 2004, p. 98/99

<sup>16</sup> in *Revista Veja*, edição 25 de fevereiro de 2004, p. 64/72

<sup>17</sup> in *Direito Ambiental*, 6 ed., Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2002, p. 416

<sup>18</sup> in <http://www.lsi.usp.br/econet/snuc/problema/snucreal.htm>, acessado em 25/03/2004

<sup>19</sup> “*Democratizando a Criação e a Gestão de Unidades de Conservação da Natureza: a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000*”. in *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo : Adcoas, ano I, vol. 5, p. 561

se que a prioridade orçamentária é o termômetro da prioridade política e social; no entanto, apesar dos discursos políticos e da natureza social do meio ambiente, os orçamentos públicos não o contemplam sequer em proporções essenciais”. Registra ainda, a “inadequação do sistema fiscalizatório e de controle das agressões ambientais, nos quais, além do desaparecimento das instituições, estão sempre presentes riscos e até - infelizmente - ocorrências de corrupção e suborno”<sup>20</sup>.

Exemplo prático de que o poder público não está fazendo frente a seu dever no que tange a estes espaços, é que a Rede Nacional Pró Unidades de Conservação em seu site denuncia a atuação de caçadores, pescadores e palmiteiros na Bacia do Rio Floriano, uma das mais importantes do Parque Nacional do Iguazu, ressaltando que “Trata-se de um campo em que a integridade do ambiente deveria permanecer intocável, não sendo permitidas quaisquer intervenções humanas”<sup>21</sup>.

Reitera Teresa Cristina de Deus: “a criação de unidades de conservação é incumbência do poder público, em suas esferas de atuação federal, estadual ou municipal, que responderão pela sua manutenção e administração. Em nosso entendimento, entretanto, não basta a criação de unidades de conservação”<sup>22</sup>.

Desta forma, a proteção do ambiente através de espaços especialmente protegidos deve ter por pressuposto não somente o aspecto quantitativo, mas também qualitativo, de efetividade, inclusive tendo em vista os reflexos ambientais, sociais e econômicos advindos de sua criação posteriormente desacompanhada de implantação ou de adequada manutenção, que assegurem o cumprimento dos objetivos propostos.

### 3. RESPONSABILIDADE PELA EFETIVIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

O próprio artigo 225 da Constituição Federal, por seu Parágrafo Terceiro<sup>23</sup>, trata de dispor sobre a responsabilização penal, civil e administrativa pelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Não se vislumbra do dispositivo qualquer perspectiva de procurar afastar desta responsabilização as pessoas físicas detentoras de cargo público, que por ação ou omissão venham a causar danos ao ambiente.

Considerando que o Poder Público é destinatário direto de suas normas, mormente daqueles comandos do parágrafo primeiro, que procura conferir efetividade ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, evidentemente que as condutas dos administradores públicos devem ser objeto de análise e, eventualmente, de responsabilização civil e penal.

Observa Edis Milaré que “a moralidade político-administrativa não se baliza somente pelo “mal praticado”, mas ainda, pelo “bem omitido”. No trato dos re-

<sup>20</sup> “A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. in *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo : RT, 1995, p. 102/103, apud Edis Milaré, in *Direito do Ambiente*, 3 ed., São Paulo : RT, 2004, p. 128

<sup>21</sup> in <http://www.redeprouc.org.br/news.asp?codigo=72>, acessado em 25/03/2004

<sup>22</sup> in *Tutela da Flora em face do direito brasileiro*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2003, p. 140

<sup>23</sup> “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”



“cursos naturais e dos bens ambientais podem igualmente ocorrer estas espécies de “pecados públicos” de comissão e omissão. Até que ponto se pode estar tranqüilo com a posição e as ações do poder Público em relação ao meio ambiente?”<sup>24</sup>.

Assim é que se invoca a responsabilidade dos agentes públicos pelo não atendimento pela Unidade de Conservação dos objetivos que ensejaram seu surgimento. Esta situação pode estar evidenciada por diversas formas, tais como, por exemplo: a) não adoção das medidas necessárias para proteção e fiscalização da unidade de conservação até que seja implementado o Plano de Manejo<sup>25</sup>; b) a inexistência de Plano de Manejo, na forma exigida pela Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC<sup>26</sup>, documento imprescindível a dispor sobre as normas que devem presidir o uso da área e a utilização dos recursos naturais quando possível<sup>27</sup>; c) a não disponibilização de recursos necessários à execução do Plano de Manejo; e, d) a falta de estrutura e fiscalização necessária a evitar atuações ilegais e a degradação ambiental nestes espaços especialmente protegidos.

Diante desse quadro é que se verifica a necessária responsabilização do poder público, pelo descumprimento de seu dever moral e constitucional de dar efetividade ao direito constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos.

Cabe já de início ressaltar que, em atenção à determinação do parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal, do artigo da já referida Lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, assim como pelo Princípio da Precaução, a responsabilização independe não somente da existência de culpa como da ocorrência ou comprovação de dano, sendo este presumível do descumprimento da norma ambiental ou da obrigação inerente ao cargo exercido.

Julgando Embargos Declaratórios aforados em face de acórdão que, em sede de Ação Civil Pública, condenou à demolição de obra e restauração do ambiente, por desatendimento a recuo mínimo de rio, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina elucidou a questão: “Em se tratando de dano ambiental, o dano presumido ou potencial é o suficiente para futura indenização, porquanto a legislação acerca da matéria tem por escopo prevenir e não remediar, como alguns possam entender. O desrespeito ao recuo solicitado pelo Código Florestal faz presumir o dano ecológico”<sup>28</sup>. O próprio descumprimento da norma, portanto, já faz presumir a ocorrência de prejuízo ao ambiente, ensejando assim a plena responsabilização dos responsáveis.

Tratando-se de responsabilidade em matéria de dano ambiental, deve-se também enfatizar a busca por sua reparação específica. Paulo Afonso Leme Machado

<sup>24</sup> in *Direito do Ambiente*, 3 ed., São Paulo : RT, 2004, p. 93

<sup>25</sup> Embora representasse dever inerente à própria criação da Unidade de Conservação, o Decreto 4.340, de 22/08/2002, que regulamentou a Lei do SNUC, em seu artigo 15 expressamente determina que “a partir da criação de cada unidade de conservação e até que seja estabelecido o Plano de Manejo, devem ser formalizadas e implementadas ações de proteção e fiscalização”

<sup>26</sup> Artigo 27: “As unidades de conservação devem dispor de um Plano de Manejo”

<sup>27</sup> O artigo 2º, inciso XII, da Lei 9.985, de 18/07/2000, conceitua o plano de manejo como sendo o “documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”

<sup>28</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Sexta Câmara Civil, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, Embargos de Declaração em Apelação Cível 1998.013188-0, de Joaçaba, j. 17/03/2003, íntegra do acórdão publicada no site oficial do TJSC ([www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br))

aponta que “a responsabilidade no campo civil é concretizada em cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer e no pagamento de condenação em dinheiro”<sup>29</sup>.

De grande relevância neste sentido o instrumento da Ação Civil Pública<sup>30</sup>, através da qual pode-se buscar não somente a reparação dos danos causados ao meio ambiente como fundamentalmente a execução das tarefas necessárias a afastar o risco de dano ambiental ou fazê-lo cessar. Isto, inclusive, pois o artigo 3º da Lei nº 7.347, de 24/07/1985, possibilita que esta Ação tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Sobre a utilidade do instituto no que diz respeito à tutela das questões ambientais, Marcelo Abelha Rodrigues é enfático: “o seu campo de atuação é bem mais largo na medida em que dispõe de um arsenal de instrumentos adequados à imposição da tutela material prevista na norma material ambiental”<sup>31</sup>.

Preocupada com os resultados práticos da atuação jurisdicional, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 11, assegura que “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento de prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente do requerimento do autor”<sup>32</sup>.

A efetividade do direito fundamental a um ambiente equilibrado exige, assim, uma atuação jurisdicional comprometida com os objetivos da norma ambiental. Cândido Rangel Dinamarco assevera que “ao Estado Social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado. O juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade”<sup>33</sup>.

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em acórdão da lavra da Desembargadora Maria Fátima Freitas Labarrère, enfrentou com propriedade a questão: “Constitucional. Administrativo. Ação Civil Pública. Parque Nacional dos Aparados da Serra. Alegação de Abandono. Plano de Manejo do PNAS. Execução. Condenação. IBAMA. Procedência. 1. Comprovada por inquérito civil, prova testemunhal, inclusive dos próprios servidores do IBAMA, e documental a situação de abandono do Parque Nacional dos Aparados da Serra, o que pode levar a prejuízos irreversíveis no ecossistema local, pela falta de execução do seu Plano de Manejo, correta a decisão que condenou o apelante a executar o plano”<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> in *Direito Ambiental Brasileiro*, 8 ed., São Paulo : Malheiros, 2000, p. 317

<sup>30</sup> Lei nº 7.347, de 24/07/1985

<sup>31</sup> in *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003, p. 19

<sup>32</sup> Recordando a interação entre o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública no que tange às normas da tutela coletiva, registra-se que esta também é a determinação reproduzida no artigo 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990). Já o dispositivo que lhe precede dispõe expressamente que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83). Em anotação ao mesmo, Kazuo Watanabe expõe que “Uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo” (in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7 ed., Rio de Janeiro : Forense, p. 764)

<sup>33</sup> in *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 188

<sup>34</sup> Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, Apelação Cível nº 95.04.00301-0/RS, Rel. Juiz Dirceu de Almeida Soares, j. 16/03/99, DJ em 28/04/99, apud Maria de Fátima Freitas Labarrère. in Revista de Direitos Difusos, São Paulo : Adcoas, 2001, vol. 5, p. 660

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em julgando a Apelação Cível nº 1998.013188-0<sup>35</sup>, interposto junto à Ação Civil Pública pelo Ministério Público Estadual em face de municipalidade e de proprietários de imóveis construídos na margem de rio, em distância inferior àquelas fixadas pelo Código Florestal, consagrou o Princípio da Reparação Específica, dando provimento ao Recurso para afastar o pedido alternativo de indenização in espécie e determinar a demolição das obras, retirada dos escombros e a reparação ambiental.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo leciona que o fato de a legislação prever a reparação em dinheiro e in natura não significa que se possa escolher dentre uma destas modalidades quando da responsabilização, e que “ainda que não possa ser possível a idêntica reparação, é muito mais vantajosa a reparação específica, não só ao homem como ao próprio meio ambiente, do que indenização em pecúnia”<sup>36</sup>.

Procura-se assim suprir a omissão estatal ou corrigir a irregularidade verificada, fazendo cessar a danosidade ambiental prevenida ou efetiva.

A reparação dos danos ambientais deve ser plena, visando a recomposição ao máximo possível ao estado anterior, decorrência do Princípio do Poluidor-Pagador, bem como independentemente da existência de culpa, em face da responsabilização objetiva, tudo em atenção à orientação do parágrafo 3º do artigo 225 da Carta Magna.

Segundo a doutrina de Álvaro Luiz Valery Mirra, no Brasil vigora a cominação de responsabilidade sem culpa e indenização ilimitada, pois se adotou “um sistema que conjuga, ao mesmo tempo e necessariamente, responsabilidade objetiva e reparação integral. Tal orientação, aliás, é rigorosamente correta, como decorrência inafastável do princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, que impede a adoção de qualquer dispositivo tendente à predeterminação de limites à reparabilidade de danos ambientais”<sup>37</sup>.

Ocorre que diversos danos ambientais não são reversíveis ou completamente reparáveis, bem como noutras oportunidades não são totalmente mensuráveis seus efeitos. Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues esclarecem “a impossibilidade técnica do homem em refazer o que somente em milhares de anos pôde ser lentamente arquitetado e construído pela natureza”<sup>38</sup>.

Diante da incerteza quanto aos efeitos da maioria dos danos ambientais e da irreparabilidade de diversos destes, assim como face ao próprio caráter pedagógico da indenização, ao ofensor e também à sociedade, a reparação deve ser não somente material, como também moral.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão pioneira, agravou a condenação já incidente em Primeira Instância para fazer incidir também os danos morais, sob o fundamento de que os danos ambientais não pode-

<sup>35</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Sexta Câmara Civil, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, Apelação Cível 1998.013188-0, de Joaçaba, j. 04/11/2002, íntegra do acórdão publicada no site oficial do TJSC ([www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br))

<sup>36</sup> in *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 4 ed., São Paulo : Saraiva, 2003, p. 31

<sup>37</sup> “Princípios Fundamentais do Direito Ambiental”, in *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo : RT, 1996, p. 50-66, apud Paulo Afonso Leme Machado, in *Direito Ambiental Brasileiro*, 8 ed., São Paulo : Malheiros, 2000, p. 334

<sup>38</sup> in *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*. São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 127

rem ser mensurados, impossibilitam a restituição do bem ao estado anterior e significam perda de qualidade de vida à coletividade, além do necessário caráter repressor. O voto da Relatora, Desembargadora Maria Raimunda T. de Azevedo, adotado à unanimidade, fundamenta: “A condenação imposta com o objetivo de restituir o meio ambiente ao estado anterior não impede o reconhecimento de reparação do dano moral ambiental. (...) O dano moral ambiental tem por característica a impossibilidade de mensurar e a impossibilidade de restituição do bem ao estado anterior. (...) A degradação ambiental se prolonga com os danos evidentes à coletividade, pela perda de qualidade de vida nesse período. Os danos ao meio ambiente, vêm sendo cada vez mais perpetrados, resultante da insensibilidade dos perpetradores, por isso que devem ser reprimidos a benefício da coletividade”<sup>39</sup>.

Isto justamente pois não se trata de dano eminentemente material, mormente diante da característica de irreversibilidade do dano ambiental, mas também tendo em vista os efeitos a todos aqueles destinatários do ambiente ecologicamente equilibrado. Como afirma Francisco José Marques Sampaio: “não é apenas a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida que aquele recurso ambiental proporciona, em conjunto com os demais”<sup>40</sup>.

No que tange ao valor da indenização por danos morais ambientais, defende a Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de Santa Catarina que “deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, afim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica”<sup>41</sup>.

Para a caminhada a um ambiente ecologicamente equilibrado imprescindível também a atuação da tutela penal.

Acerca da proteção penal do meio ambiente, Wladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas enfatizam que “a sanção penal em determinados casos se faz necessária não só em função da relevância do bem ambiental protegido, como também da sua maior eficácia dissuasória”<sup>42</sup>. Diz-se, ainda, tratar-se de mandato expresso de criminalização<sup>43</sup>.

Esta atuação como forma de efetividade da tutela ao meio ambiente é defendida por Eládio Lecey, para quem muitas vezes “as normas gerais, não penais, se mostram insuficientes à proteção de interesses sociais, impondo-se o socorro

<sup>39</sup> A ementa do acórdão traz: “Poluição consistente em supressão da vegetação do imóvel sem a devida autorização municipal. Cortes de árvores e início de construção não licenciada, ensejando multas e interdição local. Dano à coletividade com a destruição do ecossistema, trazendo conseqüências nocivas ao meio ambiente. (...) Condenação a reparação de danos materiais consistentes no plantio de 2.800 árvores, e ao desfazimento das obras. Reforma da Sentença para inclusão do dano moral perpetrado a coletividade” (TJRJ, 2ª Câmara Civil, Apelação Cível nº 2001.001.14586, Rel. Des. Maria Raimunda T. de Azevedo, j. 06/03/02, DOE em 29/08/02, integra do acórdão publicada no site do TJRJ ([www.tjrj.gov.br](http://www.tjrj.gov.br)))

<sup>40</sup> in *Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente*, Rio de Janeiro : Lumen Júris, 1998, p. 107

<sup>41</sup> in <http://www.mp.sc.gov.br/porta/cme/doutrina/leidoscrimesamb.htm>, acessado em 13/04/2004

<sup>42</sup> in *Crimes contra a Natureza*, 7 ed., São Paulo : RT, 2001, p. 33

<sup>43</sup> Prado, Luiz Régis. in *Crimes contra o Ambiente*, 2 ed., São Paulo : RT, 2001, p. 27

do direito penal à efetivação da tutela”. Complementa declarando que “bem de extrema importância, não pode ficar alheio ao Direito Penal, cujas regras devem estender-lhe a proteção”<sup>44</sup>.

De especial relevância a responsabilização criminal na hipótese em análise, de ações ou omissões do Poder Público em prejuízo aos bens ambientais que justificaram a criação de espaços especialmente protegidos e, portanto, à efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Segundo Miguel Seridiuk Milano as áreas protegidas “atualmente constituem o eixo de estruturação da preservação in situ da biodiversidade como um todo”<sup>45</sup>.

Neste sentido, o artigo 68 da Lei dos Crimes Ambientais<sup>46</sup> descreve como típica a conduta de “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”.

A amplitude do campo de aplicação desta norma é imensa, podendo envolver a não realização e implantação do Plano de Manejo em Unidade de Conservação, a não disponibilização de recursos financeiros para tal, a criação indiscriminada de espaços especialmente protegidos sem a preocupação com sua posterior implementação ou sem disponibilizar a estrutura e recursos necessários à realização das atividades necessárias à proteção dos bens ambientais.

Discorrendo sobre a objetividade jurídica deste delito, Paulo José da Costa Júnior refere ser “sempre a proteção do meio ambiente, pois não se poderá admitir a omissão daquele que tem o dever de preservá-lo”<sup>47</sup>. E preservar o meio ambiente não é somente omitir-se de práticas lesivas, mas, também, fundamentalmente para o poder público, ter uma atuação ativa e comprometida com a busca do ambiente equilibrado.

Também sobre o objeto jurídico desta figura penal, anotam Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas que o meio ambiente “estará desprotegido se aquele a quem cabe protegê-lo se omitir”<sup>48</sup>.

Impõe-se, assim, a responsabilização também penal dos agentes públicos que negligenciem ao dever que detém de cumprimento de obrigações que visem conferir efetividade à proteção dos bens ambientais que justificaram a criação dos espaços especialmente protegidos.

#### 4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Diante dos fundamentos expostos, considerando a relevância dos espaços especialmente protegidos na busca de um ambiente ecologicamente equilibrado, apresentamos as seguintes conclusões:

<sup>44</sup> “O Direito Penal na Efetividade da Tutela do Meio Ambiente”, in *Revista de Direitos Difusos*, São paulo : ADCOAS, 2003, vol 18, p. 2394

<sup>45</sup> apud Edis Milaré, in *Direito do Ambiente*, 3 ed., São Paulo : RT, 2004, p. 234

<sup>46</sup> Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998

<sup>47</sup> in *Direito Penal Ambiental – Comentários à Lei 9.605/98*, Campinas : Millennium, 2002, p. 194

<sup>48</sup> in *Crimes contra a Natureza de acordo com a Lei 9.605/98*, 7 ed., São Paulo : RT, 2001, p. 216

**4.1** O não cumprimento de deveres pelo Poder Público necessários à efetividade da proteção dos bens ambientais que legitimaram a criação de Unidade de Conservação acarreta em sua responsabilização, que decorre do descumprimento do dever, independentemente da demonstração de dano específico materializado;

**4.2** A responsabilização deve ser plena, envolvendo: a) a obrigação de fazer ou deixar de fazer; b) a indenização dos danos ambientais visando recompor ao máximo o ambiente ao estado anterior; e, c) os danos morais; e,

**4.3** A autoridade pública que detiver obrigação tendente a que a Unidade de Conservação cumpra o objetivo para a qual foi criada, seja na atuação direta ou na disponibilização de estrutura e recursos para tal, e negligenciar a este dever, estará sujeita à responsabilização penal, através do delito tipificado no artigo 68 da Lei dos Crimes Ambientais.



# A PAISAGEM URBANA E A PRIVATIZAÇÃO DO ESPAÇO COLETIVO

ANDREA TEICHMANN VIZZOTTO

Procuradora do Município de Porto Alegre. Especialista em Direito Municipal pela Escola Superior de Direito Municipal e Faculdade Ritter dos Reis, Canoas, Rio Grande do Sul

## 1. INTRODUÇÃO

*Uma descrição de Zaíra como é atualmente deveria conter todo o passado de Zaíra. Mas a cidade não conta o seu passado, ela o contém como as linhas da mão, escrito nos ângulos das ruas, nas grades das janelas, nos corrimãos das escadas, nas antenas dos pára-raios, nos mastros das bandeiras, cada segmento riscado por arranhões, serradelas, entalhes, esfoladuras.<sup>1</sup>*

Muito se tem exigido dos municípios no planejamento e na gestão do espaço urbano para a efetiva de proteção desse patrimônio. A Constituição Federal no artigo, 29, IX conferiu aos municípios a competência para tratar do planejamento urbano, ordenando o território da cidade. Também lhes atribuiu competência para instituir o plano diretor de forma a que a cidade cumpra as suas funções sociais<sup>2</sup>. Dentro do sistema jurídico organizacional da federação brasileira nem poderia ser diferente as competências conferidas aos municípios, já que a cidade é a imagem concreta do ente federativo municipal.

A cada dia que passa a discussão sobre a gestão da cidade ganha novos atores. A transdisciplinariedade do tema é salutar na medida em que se ampliam os olhares, as possibilidades e as soluções para a organização do espaço territorial. Como decorrência disso, novos elementos são agregados ao interesse de proteção.

A preservação da paisagem urbana como integrante do patrimônio cultural não é assunto inédito. No século passado já havia certa preocupação com a preservação da paisagem, muito embora o enfoque principal fosse dirigido à proteção os elementos paisagísticos naturais. De lá para cá mudaram o conceito e a consciência cidadã quanto aos direitos coletivos. Foi a partir da apropriação dos direitos decorrentes da cidadania, especialmente dos direitos difusos, que o assunto passou a maior evidência, na medida da exigência da efetiva proteção da ambiência

<sup>1</sup> CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. São Paulo. Companhia das Letras: 2003, p.16.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. A função social da propriedade não se confunde com as funções sociais da cidade - de atender às exigências de circulação, habitação, trabalho e lazer, segundo as idéias do urbanista Le Corbusier, inseridas na Carta de Atenas, não se confundem com a exigência de que a propriedade atenda à sua função social.



urbana. O direito à paisagem urbana está inserido neste contexto, na medida da exigência de um meio ambiente sadio e sustentável.

As normas reguladoras existentes que visam uma proteção da paisagem estão inseridas em um contexto mais amplo de planejamento da cidade. É preciso que haja um *olhar* técnico mais acurado a esse elemento de proteção, tão indispensável à sustentabilidade da cidade. Necessária uma tomada de posição mais contundente à proteção desse elemento urbanístico.

O presente trabalho visa a chamar a atenção para os fenômenos de privatização do espaço público, em detrimento do coletivo, com efetivo prejuízo aos elementos do patrimônio cultural, especificamente à paisagem urbana.

Os signos materiais e imateriais que formam a paisagem e a ambiência construída dão identidade peculiar a determinado lugar. É a decifração desses signos que faz da cada cidade um lugar único e distinto dos demais. Ao mesmo tempo, cada cenário urbano peculiar, torna as cidades semelhantes por possuírem tais espaços que sempre serão próprios e diferenciados dos demais.

A falta de cuidado ou o desaparecimento desses códigos urbanos locais seja pela pasteurização da paisagem urbana<sup>3</sup> ou pela invasão e apoderamento do espaço coletivo por elementos privados, necessita de especial atenção jurídico-administrativa e, especialmente, a atenção da comunidade local por meio de sua participação consciente e ativa.

## 2. A CIDADE

A cidade é viva. É um *ser* que pulsa sem parar por meio de seu centro urbano, que respira por meio de seus parques e áreas verdes, que flui por meios de suas artérias que pensa, ou que é pensada, por meio de seus administradores públicos e da comunidade. Se a materialidade da cidade pode ser comparada ao corpo humano, o patrimônio cultural nela existente pode ser considerado a sua alma. Essa cidade vive em um processo permanente e contínuo de transformação. A cidade é feita de relações entre as medidas de do espaço e acontecimentos do passado e do presente, servindo de alavanca ao futuro.

O fenômeno da Revolução Industrial não está tão distante da atualidade. Foi a partir da era industrial que se iniciou a migração da zona rural para as cidades. É surpreendente que em tão pequeno espaço de tempo tenha sido tão grande a evolução das cidades.

No Brasil, no início do século XX metade da população ainda vivia na área rural. Hoje esse percentual reduziu-se muito. Esse contexto de migração aos centros urbanos passou a exigir da cidade maior infra-estrutura. Além disso, a cidade passou a ser o ponto de referência das pessoas, acompanhando a tendência mundial contemporânea. Pode-se afirmar, sem hesitar, que esse movimento migratório acelerou o dinamismo de expansão das cidades. Aliado a isso o desenvolvimento

<sup>3</sup> Ver trabalho de minha autoria sobre a homogeneização do espaço urbano, apresentado no II Congresso Internacional Transdisciplinar Ambiente e Direito e VIII Seminário de Direito Ambiental, realizado na cidade de Porto Alegre nos dias 18 a 21 de abril de 2005.

tecnológico atua diretamente no território da cidade. Esse processo real, oriundo de muitos fatores associados, é permanente, mas nem sempre é ordenado ou acompanhado com a mesma rapidez evolutiva pelo Estado regulador.

No final desse milênio o fenômeno da expansão das cidades continua, movido por outras razões sociais e econômicas. Atualmente se pode afirmar que há uma revolução urbana que marcará o início de uma nova forma de viver as e nas cidades. Seja a economia informal que assola as ruas das cidades até à instalação de estações de rádio, televisão e de rádio-base para a telefonia celular, a poluição visual ou mesmo a verticalização dos espaços urbanos como fruto da especulação imobiliária faz-se necessário estar-se atento a essas interferências diretas no ambiente urbano e, especialmente, na paisagem urbana local<sup>4</sup>.

Há um movimento paradoxal nesse fenômeno de evolução e intervenção na paisagem das cidades, pois se por um lado há a migração em direção aos centros urbanos, há outro movimento em direção às periferias. Isso porque a insegurança e intranquilidade dos centros urbanos acabam por transformar, também, o modo de vida das pessoas nas cidades. A busca pelo *Jardim do Éden*, concretizado pela vida em condomínios fechados e afastados da cidade real é o grande *móvel* ao paulatino esvaziamento dos centros das cidades<sup>5</sup>. Portanto, esse movimento de *ir e vir*, aliado à intervenção direta no concreto espaço dos centros urbanos transfigura diretamente a paisagem urbana que nada mais é a imagem concreta da cidade e referencial aos que nela habitam.

Seja como for a cidade é e sempre será palco para a aquisição da cidadania. Cidade vista não apenas como a *polis*, mas como *civitas*<sup>6</sup>, espaço de civismo e de participação, como na *ágora* grega. É inegável o papel desempenhado pelo espaço coletivo no contexto urbano. Além da função urbanística, sócio-cultural e política, a cidade funciona como elo de ligação espacial entre os diversos espaços urbanos, conectando lugares diferentes, mas dando-lhes identidade própria. O espaço enquanto coletivo é polivalente, de intercâmbio, de participação, de refúgio, de tolerância e mesmo de transgressão como afirma o urbanista catalão Jordi Borja<sup>7</sup> ao citar Salvat Papasseit. Mas sempre será, justamente por essas características, espaço do público e de domínio público.

A cidade, além disso, concretiza o tempo e a memória e plasma a identidade de cada um. De acordo com BORJA *conocer y descubrir la ciudad en sus dimensiones múltiples es conocerse a uno mismo y a los demás, es asumirse como individuo y como miembro de comunidades diversas*<sup>8</sup>.

Cada cidade possui a sua especificidade, a marca registrada e a razão pela qual é conhecida. Diminuindo o espectro, indo ao miolo das cidades, cada bairro,

<sup>4</sup> Todos esses fenômenos não são peculiaridades das cidades brasileiras. As cidades do sul da Espanha e Portugal, por exemplo, buscam mecanismos de contenção do comércio ambulante de produtos contrabandeados, assim como buscam regular a instalação de estações de rádio-base em locais que não prejudiquem o ambiente urbano.

<sup>5</sup> Portanto é preciso que seja o palco para a compatibilização, o consenso e a solução de todos esses problemas com a concertação de todos os interesses existentes.

<sup>6</sup> BORJA, Jordi. *La ciudad y la nueva ciudadanía*. In [www.forumbarcelona2004.org/eventos/dialogos](http://www.forumbarcelona2004.org/eventos/dialogos), acessado em 18 de abril de 2005.

<sup>7</sup> Ver nota 7.

<sup>8</sup> Idem.

cada zona, cada rua são marcados por traços específicos e diferenciados, reconhecidos por aqueles que ali habitam. São códigos existentes ao longo da paisagem urbana que são imediatamente decifráveis pelos moradores da cidade e que, ao de fora, pode seduzir. São espaços construídos, lugares de encontro, recantos, *red zones*, palcos de manifestações políticas e culturais, são odores, enfim, territórios do cenário urbano que o fazem peculiar, diferente e único. Não se fala aqui dos espaços já protegidos como bens de interesse cultural, mas daqueles que pelo seu conjunto formam uma ambiência própria e decifrável pela grande maioria dos habitantes locais<sup>9</sup>.

### 3. A PAISAGEM URBANA COMO ELEMENTO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DAS CIDADES

O cenário natural e construído que forma a cidade é a testemunha concreta da sua história. Tal como descrevia Walter Benjamin, a cidade poderia ser considerada como um *livro de pedra*<sup>10</sup> na medida em que conta cada passo da sua própria história. Todos têm o interesse e o direito à lembrança de uma memória histórica cheia de referências e significados especiais. A paisagem urbana não é apenas *a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes*<sup>11</sup>. É também a concretização dos valores e sentimentos próprios do lugar que, mesmo intangíveis, necessitam da devida preservação.

Tal como será visto adiante, a humanidade sempre se preocupou com a preservação desses elementos de memória. Muito embora os enfoques tenham sido diversos ao longo dos tempos, a paisagem sempre esteve ali inserida como elemento de preservação. Mesmo que esta preocupação não seja tão recente, a proteção da paisagem urbana enquanto referencial de memória da cidade, pelo conjunto de elementos que formam o cenário urbano, pouco teve a atenção dos legisladores.

Está inserida na competência dos municípios brasileiros a proteção do patrimônio cultural. Todavia, essa proteção, quando existente, refere-se geralmente a isolados elementos monumentais e históricos da cidade. Necessária e salutar essa proteção, todavia não é suficiente para a perpetuação da memória e da identidade de determinado lugar. Necessária a ampliação do olhar ao conjunto paisagístico que formam os signos da cidade<sup>12</sup> que esperam por decifração. A paisagem espera ser lida!

A falta de conscientização dos administradores locais e da comunidade quanto ao significado próprio de cada cidade, especialmente desses itens da arquitetura menor e do ambiente construído que formam cenários específicos e representativos poderão levar a perda do patrimônio paisagístico representativo das

<sup>9</sup> Não se esta referindo às áreas especiais de interesse cultural, instrumento jurídico de proteção do patrimônio de interesse cultural, decorrente da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade e com previsão expressa no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental da cidade de Porto Alegre, Lei Complementar n. 434/99.

<sup>10</sup> BENJAMIN, Walter. *Paris, capital do século XIX e a Paris do segundo império em Baudelaire*. In KOTHE, F. (org). *Walter Benjamin*. São Paulo: Ática, 1985.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>12</sup> PESAVENTO, Sandra Jatthy; SOUZA, Célia Ferraz. *Imagens Urbanas*. Porto Alegre, Editora da Universidade, 1997.

ambiências e da paisagem urbana. Ainda mais quando vivemos em um processo de constantes interferências privadas nesses cenários coletivos que põem, constantemente em risco, a paisagem urbana.

#### **4. A EVOLUÇÃO CONCEITUAL E LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E DA PAISAGEM URBANA**

A preocupação com a preservação da identidade histórica e memorial acompanha o homem desde a mais remota civilização. Foi por meio dos escritos, desenhos e outros sinais deixados pelas civilizações passadas que hoje se pode entender como viviam e o que pensavam. É inegável que a preservação da memória é o elo de ligação entre o passado e o futuro. Daí a preocupação com a preservação do que se pode considerar como patrimônio cultural, aí inseridos os mais diversos contextos.

Durante os tempos gregos e romanos e do cristianismo até final da idade média a idéia de restaurar constantemente o patrimônio construído como forma de preservar a sacralidade do lugar.

Foi no Renascimento que se iniciou a idéia de preservação, na forma como atualmente a entendemos. O ano de 1462 foi editada a bula papal cum albam nostram urbe, que é o documento mais antigo que se tem conhecimento sobre a consciência da necessidade de conservação de objetos místicos do passado. Não se pode dizer que já havia uma consciência preservacionista e conservadora, mas havia uma idéia de manter o testemunho histórico, artístico e cultural.

Todavia, o vandalismo surgido com a Revolução Francesa e a degradação e desaparecimento de uma infinidade de obras de arte e monumentos da França, fizeram com que no ano de 1794 surgisse o documento que é universalmente reconhecido como a original legislativa do dever de preservação.

Os cidadãos são apenas os depositários de um bem que a comunidade tem o direito de exigir a prestação de contas. Os bárbaros e os escravos detestam a ciência e destroem as obras de arte, os homens as amam e as conservam.

Aqui aparece a nítida consciência do interesse público de preservação de obras e monumentos de arte e a necessidade de intervenção protetora do Estado constituído. De lá para cá evoluiu, e muito, o conceito de preservação do patrimônio cultural.

Noção ainda em aberto, inicialmente abarcava a proteção apenas das obras de arte e documentos que tivessem um significado histórico para determinada comunidade. A evolução dos tempos alargou o universo de bens a ser protegido.

No século XX pode-se citar as várias cartas patrimoniais como ilustrativas da evolução do significado da preservação do patrimônio cultural até chegarmos às cartas patrimoniais<sup>13</sup>, com uma abordagem mais ampla, onde está contemplada a proteção da paisagem urbana. Pelas recomendações da Conferência Geral da

<sup>13</sup> As cartas patrimoniais são documentos conclusivos e orientadores da ação de preservação do patrimônio histórico e cultural, oriundos os Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna-CIAM. Dentre as cartas patrimoniais mais relevantes podem ser citadas: a Carta de Atenas, a Carta de Veneza e a Carta de Paris.

Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris no ano de 1962, pode-se perceber que já havia uma clara, objetiva e específica preocupação com a proteção da paisagem urbana. Além de preconizar a ação educativa para o patrimônio histórico e cultural, as recomendações foram no seguinte sentido:

*As medidas preventivas para a salvaguarda das paisagens e dos sítios deveriam visar a protegê-los dos perigos que os ameaçam. Essas medidas deveriam consistir essencialmente no controle dos trabalhos e atividades susceptíveis de causar dano às paisagens e aos sítios e, especialmente, de:*

*a) Construção de edifícios públicos e privados de qualquer natureza. Seus projetos deveriam ser concebidos de modo a respeitar determinadas exigências estéticas relativas ao próprio edifício e, evitando cair na imitação gratuita de certas formas tradicionais e pitorescas, deveriam estar em harmonia com a ambiência que se deseja salvaguardar.*

*b) Construção de estradas.*

*c) Linhas de eletricidade de alta ou baixa tensão, instalações de produção e de transporte de energia, aeródromos, estações de rádio, de televisão, etc.*

*d) Construção de auto-serviços para distribuição dos combustíveis.*

*e) Cartazes publicitários e anúncios luminosos.*

*f) Desmatamento, inclusive destruição de árvores que contribuem para a estética da paisagem, particularmente as que margeiam as vias de comunicação ou as avenidas.*

*g) Poluição do ar e da água.*

*h) Exploração de minas e pedreiras e evacuação de seus resíduos.*

*i) Captação de nascentes, trabalhos de irrigação, barragens, canais, aquedutos, regularização dos cursos de água, etc.*

*j) Campismo.*

*k) Depósitos de material e de matérias usadas, assim como detritos e dejetos domésticos, comerciais ou industriais.*

*A salvaguarda da beleza e do caráter das paisagens e dos sítios deveria também levar em conta os perigos decorrentes de certas atividades de trabalho, ou de determinadas formas de vida da sociedade contemporânea, por causa do barulho que provocam.*

*As atividades que possam levar a uma deterioração das paisagens e dos sítios em zonas protegidas por lei, ou de alguma forma protegidas, só poderiam ser admitidas no caso de exigência imperiosa de um interesse público ou social.*

*Medidas corretivas deveriam ser destinadas a suprimir o “dano” causados às paisagens e aos sítios e, na medida do possível, a reabilitá-los.*

*Para facilitar o trabalho dos diversos serviços públicos encarregados da salvaguarda da paisagem e dos sítios em cada país, deveriam ser criados institutos de pesquisa científica para colaborar com as autoridades competentes a fim de assegurar a harmonização e a codificação das disposições legislativas e regulamentares aplicáveis à matéria. Essas disposições e os resultados dos trabalhos dos institutos de pesquisa deveriam ser reunidos em uma só publicação administrativa periódica, atualizada.*

*III – Medidas de Salvaguarda*

*A salvaguarda da paisagem e dos sítios deveria ser assegurada com o auxílio dos seguintes métodos:*

- a) *Controle geral por parte das autoridades competentes.*
- b) *Inserção de restrições nos planos de urbanização e no planejamento em todos os níveis: regionais, rurais ou urbanos.*
- c) *Proteção legal por zonas, das paisagens extensas.*
- d) *Proteção legal dos sítios isolados.*
- e) *Criação a manutenção de reservas naturais e parques nacionais.*
- f) *Aquisição de sítios pelas coletividades públicas. (o grifo é nosso)*

Verifica-se claramente que a preocupação, há 40 anos atrás, não era apenas com o caráter bucólico ou estético que determinada paisagem poderia conter. Já havia sido detectada, naquele tempo, a invasão do espaço urbano com elementos de interferência.

No Brasil, em pleno Estado Novo, mas por ação iniciada pelos modernistas da semana de 1922, foi editado o Decreto-lei n. 25/37, ainda em vigor e que determina a proteção dos bens integrantes do patrimônio histórico. De lá para cá as Constituições Federais sempre trataram da questão da proteção da paisagem sob o prisma da proteção do patrimônio histórico e artístico<sup>14</sup>. Foi com a Constituição Federal de 1988 que se evoluiu não apenas pela imposição constitucional aos três entes federativos para a proteção do patrimônio cultural, mas também pela abrangência do objeto de proteção:

**Art. 216.** *Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

- I- as formas de expressão;*
- II- os modos de criar, fazer e viver;*
- III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*
- IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*
- V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico (...)*

Além disso, a mera leitura da Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001 que instituiu o Estatuto da Cidade e que estabeleceu as normas gerais para a política urbana, em vários momentos, por exemplo, quanto estabelece as diretrizes de planejamento<sup>15</sup>, insere a paisagem urbana como objeto específico de proteção<sup>16</sup>. Além disso, ao prever a regulamentação do Estudo de Impacto de Vizinhança, por lei local, determinou expressamente como diretriz que sejam considerados a paisagem urbana e o patrimônio cultural nessa análise.

Ao que parece, a questão da proteção da paisagem urbana não é meramente jurídica já que existem normas para a proteção desse patrimônio cultu-

<sup>14</sup> Muito embora o enfoque naquela época fosse mais restrito à proteção da paisagem enquanto integrante do ambiente natural.

<sup>15</sup> Artigo 2º da referida Lei.

<sup>16</sup> Isso significa que na utilização do direito de superfície, com venda de espaço aéreo, instituto criado pelo Estatuto da Cidade, deverá ser obedecido a diretriz geral de proteção da paisagem urbana.

Além disso, institui o Estudo de Impacto de Vizinhança, determinando que sejam considerados a paisagem urbana e o patrimônio cultural nessa análise.

ral<sup>17</sup>. Entretanto, as normas jurídicas não são suficientes para conter a avalanche de intervenções privadas na paisagem urbana. Faltam mecanismos de controle e fiscalização. Mas, o mais indispensável é a conscientização da comunidade sobre a conceituação e a importância da preservação da paisagem. É preciso que o caminho da educação do ambiente natural que há muito vem sendo trilhado seja ampliado para conscientizar os cidadãos sobre o meio ambiente construído. Trata-se de um trabalho de educação ambiental para despertar a consciência e a concretização do sentimento que os indivíduos já possuem com relação ao *seu* espaço urbano, mas sem saber que podem defendê-lo e protegê-lo. O que os críticos poderiam denominar de mero *saudosismo* nada mais é do que a sensação de pertencimento que cada indivíduo estabelece com o lugar onde nasceu, com o lugar onde vive e onde mantém as suas referências de identidade.

O que poderia parecer um sentimento particular nada mais é do que a tradução de um direito coletivo de proteção da ambiência de determinado espaço e que poderia ser traduzido em direito à proteção do patrimônio cultural, especialmente da paisagem urbana. Tanto isso é verdade que o Código Civil de 1916 classificou os bens públicos conforme a sua natureza: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominiais. Essa classificação foi mantida pela legislação civil atual e traduz espaço e sentimento coletivo que deveria prevalecer às intervenções privadas.

## 5. A PRIVATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO COM PREJUÍZO À PAISAGEM URBANA

A dinâmica das cidades exige que a legislação seja diferenciada das demais a fim de que possa acompanhar com certa rapidez a evolução contínua das cidades, sem perder os objetivos de proteção. Não é por outra razão que as normas urbanísticas têm natureza diversa das demais regras do sistema jurídico quanto à sua estrutura e aplicabilidade<sup>18</sup>. Mesmo assim, com todos os elementos de planejamento inseridos no texto legal, não se contém com a devida rapidez a dinâmica desses fenômenos de invasão e privatização que assolam o espaço urbano. Essa rápida revolução e transformação contínua e incessante que ocorre nas cidades interferem diretamente na paisagem urbana. Essas intervenções, na maioria delas ocorridas ao arrepio da autorização das autoridades competentes municipais acabam por transfigurar e despersonalizar o cenário urbano. Essa transfiguração leva com ela todos os signos, significados, memória e história do lugar. Perda irreversível!

Trata-se da ocupação de espaços genuinamente públicos e coletivos que sofrem intervenções de toda a ordem, deixando como marca indelével, a apropriação do espaço urbano e a impossibilidade de uso pela comunidade. Como exem-

<sup>17</sup> Entretanto melhor seria, a exemplo de algumas normativas européias tratar a questão da paisagem distintamente dos demais temas referentes ao patrimônio. Esse seria apenas mais um instrumento normativo para proteger o elemento cultural.

<sup>18</sup> Pode-se citar o exemplo do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental de Porto Alegre, PDDUA, Lei Complementar n. 434, de 1o. de dezembro de 1999, que se estrutura por meio de estratégias que são as diretrizes e vetores basilares no planejamento da cidade.

plo disso, pode-se citar a ocupação das ruas pelo comércio informal, a instalação clandestina de antenas de rádio, televisão e estações de rádio-base, a propaganda visual e as pichações. Por essas interferências há uma imposição ilegítima de ocupação do espaço em detrimento a outros elementos visuais de maior significado e representatividade.

Não se fala aqui em proteção da estética urbana, mas da cena da cidade enquanto representativa de memória local. Já afirmava José Afonso da Silva<sup>19</sup> que a paisagem urbana, além de ser a roupagem da cidade, causa aos habitantes locais uma sensação de auto-estima coletiva, pelos elementos identitários que contém que deve ser preservada. Essa auto-estima coletiva passa a um caráter negativo na medida em que os indivíduos não possuem mais qualquer ligação com o espaço que se encontra ocupado por elementos de toda a natureza. Não se pode negar que os fatores de interferência no ambiente urbano são, na maioria deles, decorrência das *necessidades globalizadas* das cidades. Basta um passeio pelas ruas da cidade, centrais ou não, para se constatar a apropriação do espaço coletivo.

## 5.1 O comércio informal

As calçadas estão ocupadas por bancas de venda de todo o tipo de produtos. As paredes de prédios de interesse cultural, muitas vezes, servem de escora à exposição de produtos vendidos pelo comércio informal. Não são raras às vezes em que há a intervenção direta e material no prédio protegido, pela realização de pequenas obras na edificação a fim de dar suporte a esse tipo de comércio. São parafusos que perfuram as paredes dos prédios, ou pequenos nichos da edificação que são utilizados como local de guarda dos produtos comercializados. Outro dia tive a oportunidade (a infelicidade!) de ver as escadas do prédio da Biblioteca Pública da cidade servir de palco para a realização de um tradicional churrasco gaúcho! Do almoço dominical sobram os chamuscos do evento festivo.

O que se verifica é que a clássica definição de bens públicos resta alterada e distorcida na medida em que o coletivo passa a ter o sentido de privado. Ou seja, o cidadão passa a utilizar o espaço coletivo como se privado fosse. O fato já é inusitado quando pensamos na apropriação do espaço público. Todavia, a concretização dessa ilegitimidade está na ocupação e interferência do espaço protegido enquanto elemento do patrimônio cultural. A ocupação desses espaços está em todas as cidades. Muitas vezes são pontos referenciais da cidade que deixam de ser percebidos, sentidos e mostrados à população devido à apropriação. As calçadas não mais existem, tampouco mostram qualquer outro elemento de interesse paisagístico porventura existente<sup>20</sup>. Os pedestres há muito foram posto ao segundo plano para a priorização dos automóveis, hoje se encontram literalmente entre o ocupado espaço das calçadas pelo comércio informal e as ruas ocupadas pelos

<sup>19</sup> Apud, página 210.

<sup>20</sup> Na cidade de Porto Alegre, na Rua dos Andradas, conhecida como Rua da Praia, o calçamento de parte desse espaço coletivo é tombado pelo patrimônio histórico municipal como representativo de determinada época histórica. Hoje o espaço encontra-se totalmente encoberto por bancas de vendas do comércio ambulante.



automóveis. O comércio informal não ocupa apenas as calçadas, mas também pontos de transporte coletivo, praças e jardins públicos, fachadas de prédios oficiais e protegidos como integrantes do patrimônio cultural. Hoje, pela ocupação material do território urbano, não mais se pode chamar essa atividade de comércio ambulante, dadas as condições em que é realizado.

Sem desconsiderar as razões sócio-econômicas que impulsionam esse fenômeno global faz-se necessária a conscientização dos administradores públicos e da comunidade que uma causa social ou econômica não gerar um desleixo com a preservação do patrimônio cultural<sup>21</sup>. Explica-se: todos os municípios têm seus problemas decorrentes da situação do país e também pela avalanche de competências constitucionais trazidas com a Constituição Federal de 1988 sem o devido aporte financeiro. A par dessas mazelas, não pode o ente municipal, que também tem a competência de zelar pela proteção do patrimônio cultural, deixar de cumprir essa atribuição em razão de outras funções constitucionais também não cumpridas<sup>22</sup>.

Não se pretende terminar com o comércio informal. Não é essa a questão. As pessoas são levadas ao comércio informal por razões que fogem ao objeto do presente trabalho, mas que não podem ser desconsideradas. Contudo, há que se ter presente a atividade de ordenamento, de planejamento e de gestão do espaço público e coletivo de forma a garantir o livre acesso à coletividade. Caso contrário, estará consagrada essa negativa privatização do espaço coletivo que gera a degradação do território urbano. Não se pode olvidar que a *cidade se escreve, nos seus muros, nas suas ruas. Mas essa escrita nunca acaba*<sup>23</sup>. Todavia, essa história não pode ser escrita apenas por parte de seus personagens e atores. É necessário que haja a apropriação do cenário urbano por todos aqueles que fazem parte desse enredo: administração pública e comunidade a fim de que, pela tomada de consciência se possa inverter essa lógica irracional. Esse processo, se não invertido, será responsável pela perda os valores referenciais da cidade e como consequência dessa privatização indevida, pela marginalização desse pedaço do território urbano que não pode mais ser usufruído por toda a coletividade local.

## 5.2 A poluição visual

A poluição decorrente das pichações também ocupa espaços, originalmente, destinados ao uso coletivo. Não há nada que evidencie mais a intervenção ilegíti-

<sup>21</sup> Recentemente tivemos a oportunidade de ingressar com ação de indenização por dano material e moral contra proprietário de prédio tombado no Município de Porto Alegre que destruiu proposadamente a edificação para a construção de espaço de estacionamento, prática que se tem tornado comum nas grandes cidades. A decisão de 1º grau foi no sentido de que o Município, ao invés de se preocupar com *questões de mera estética urbana*, deveria dar atenção a questão mais relevantes com as relativas à saúde, à infância e aos adolescentes, educação, etc.

<sup>22</sup> É como se o Poder Judiciário se negasse a conceder a jurisdição sob a alegação de que causas mais importantes mereciam maior atenção. Ou se o Ministério Público, por exemplo, deixasse de zelar pela preservação do meio ambiente sob qualquer outra justificativa.

Todas as competências e atribuições constitucionais e legais merecem a especial e devida atenção a fim de que se alcance uma sociedade mais digna, mais justa e, especialmente sustentável.

<sup>23</sup> LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2004.

ma à propriedade pública e privada do que as pichações feitas nos mais inusitados espaços existentes.

A cada dia amplia-se a dimensão e os espaços utilizados pelos anúncios de publicidade. São o espaço aéreo, postes de iluminação, a utilização de tabuletas nos canteiros das ruas, etc. Hoje é visualmente desproporcional a quantidade de anúncios publicitários e institucionais que perturbam a qualidade da paisagem urbana em prejuízo a outros elementos que estão no campo do espaço visual. Muitas vezes, como os demais elementos de interferência, prejudicam e minimizam a paisagem que deveria estar protegida.

O mesmo pode ser dito pela interferência decorrente das pichações:

*Pichação é uma palavra dicionarizada como ato ou efeito de pichar; pichamento, e numa segunda acepção, é tratada como um dístico, “em geral de caráter político, escrito em muro de via pública”.*

*A forma como a expressão é tratada nos léxicos nacionais, entretanto, não exprime totalmente a atual aplicação do verbo. Com efeito, já há algum tempo que a pichação deixou de ser lançada exclusivamente nos muros, como forma de mensagem tosca e passou a comportar, também, o sentido de conjunto de pinturas, rabiscos, escritos e outros signos, geralmente informe, lançado em paredes ou em outras superfícies atingíveis pela visão de quem transita pela via pública.*

*Assim, incontáveis são os pontos acessíveis à visão do público que servem de base para a colocação de pichações, sendo que a preferência maior das pessoas que adotam tal conduta é a pintura de signos indecifráveis a um primeiro olhar leigo, mas que atuam como uma espécie de “brasão” de grupos de jovens, demarcando territórios e enaltecendo peripécias, numa espécie de heráldica de gosto duvidoso.*

*Dizem alguns praticantes desse curioso “hobby”, que a pichação conduz em si um viés ideológico, pois é uma espécie de expropriação plástica (?), através da qual é atingido o direito de propriedade dito ostentado pela burguesia. Assim, o dono de uma casa que “ousa” pintar o muro que garante a sua vivenda, deve vê-lo atingido por garatujas dos grupos que se opõem à propriedade privada.*

*Há outros praticantes dessa conduta que a têm com a mais índima expressão artística, que deve ser lançada em local bem visível, para ser apreciada por todos que por ali passam, a custo zero.*

*Mas há também quem afirme que a pichação nada tem de conteúdo político ou ideológico, tampouco de manifestação artística. Em verdade, constitui mero exercício de audácia, deflagrador de fortes emoções e de rara descarga de adrenalina, a partir da transposição de obstáculos formidáveis. É bom ser lembrado, nesse sentido, que ao início da última década do século vinte foram detidos, no Rio de Janeiro, dois jovens paulistanos, que viajaram até à Cidade Maravilhosa apenas para pichar a estátua do Cristo Redentor e uma colossal igreja católica, conseguindo o intento.*

*O certo é que, mesmo com o devido respeito à liberdade de expressão, difícil o acatamento da pichação pela maioria das pessoas de hábitos mais convencionais e de inteligência e gosto artístico-pelo menos-medianos.*

Ainda desse ensaio se extrai:

*(...) aposta através de cartazes, faixas, letreiros, outdoors, painéis e outras mídias similares. A propósito vem de Hely Lopes Meirelles a afirmação de que “nada compromete mais a boa aparência de uma cidade que o mau gosto e a impropriedade de certos anúncios em dimensões avantajadas e cores gritantes, que tiram a vista panorâmica dos belos sítios urbanos e entram em conflito estético com o ambiente que os rodeia”<sup>24</sup>.*

A poluição visual luta continuamente com a paisagem urbana, a ponto de, em alguns ambientes, a ela preponderar e esconder elementos de interesse muito mais relevantes. Os regulamentos municipais não são eficazes no controle desse tipo de atividade. Ou melhor, o controle e a fiscalização dessas infrações é insuficiente e desproporcional as ocorrências. Pode-se afirmar, sem exagero, que cada poste de luz nas cidades é ocupado por cartazes, faixas, painéis, tabuletas com anúncios dos mais diversos tipos. A apropriação do espaço público pelos anúncios publicitários e institucionais ou pelas pichações é uma das formas de privatização do espaço que mais preocupação gera em razão da dificuldade de controle dessas atividades. Em razão desses fenômenos e da ineficiência do *estado organizado* é preciso que se desenvolva de educação e de controle cidadão, à semelhança da evolução da conscientização e exercício dos direitos de proteção ao meio ambiente natural.

### 5.3 A verticalização

O fenômeno da verticalização das edificações e da instalação de estações de rádio-base é irreversível, já que está literalmente concretizado no espaço urbano. A preponderância dos interesses imobiliários, até o momento, se impôs sobre qualquer outro interesse coletivo. A imposição da verticalização na paisagem urbana ocorre pela imposição de força, preponderância e como símbolo de poder. Prova disso são os prédios, as torres que sediam as empresas e entidades mundiais mais poderosas. Há uma subjugação da paisagem coletiva em favor de determinado espaço construído. Há uma preponderância da verticalização ao patrimônio cultural.

O mesmo fenômeno ocorre que a instalação de torres e estações de telefonia celular, imposta de forma nada sutil no cenário urbano. Não há como mirar a paisagem sem que sobressalte aos olhos a imagem primeira de um prédio alto ou de uma torre de telefonia.

Insiste-se que não se pretende o engessamento da paisagem ou à volta ao passado. A verticalização por si só não é negativa. O que seria da paisagem plana, já consolidada, de Paris sem a Torre Eiffel? O que se defende aqui é a compatibilização do território urbano por meio da consideração do fator paisagem. Mais,

<sup>24</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. *Estética urbana e patrimônio cultural: preocupações do direito ambiental*. In [www.ufpe.org.br](http://www.ufpe.org.br) acessado em março de 2005.

que não haja essa construção desenfreada rumo às alturas numa clara imposição de terreno frente à paisagem urbana. O que dizer, apenas para citar, dos paredões de edifícios construídos a beira das praias brasileiras que acabaram com o sol e a claridade naquele território junto ao mar! Há situação de maior intervenção, mesmo que pelo efeito da sombra, no espaço coletivo?

O licenciamento urbanístico e ambiental de empreendimentos e equipamentos urbanos de grande porte deve passar ao crivo da compatibilização com a paisagem urbana. Para tanto não basta apenas legislação urbanística específica, que não chega a esse detalhamento. Necessário que haja um olhar técnico mais dirigido ao coletivo, não ao privado. Não se pode olvidar que a Constituição Federal, em vários dispositivos, impôs o princípio da função (urbana) social da propriedade, o que exige do poder público e do particular especial atenção para essa mudança de paradigma.

Por outro lado deve-se dizer especialmente ao mercado dos imóveis, que a paisagem urbana é bem esgotável, cuja perda é irreversível. Atualmente a paisagem urbana agrega a si mesma um valor econômico que eleva ou diminui o valor de mercado dos imóveis. Portanto, mesmo seguindo esse raciocínio do mercado imobiliário, urge a proteção desses elementos paisagísticos como forma de incremento do próprio setor. Inegável que, graças às políticas de incremento e de educação patrimonial, assim com a conscientização decorrente dos direitos da cidadania, os indivíduos estão muito mais atentos e interessados na proteção do patrimônio histórico e cultural.

## **6. ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA**

A fim de combater a ineficácia da legislação e das formas de controle urbanístico instituído, interessante seria inverter a ordem de raciocínio. Dada a realidade administrativa já narrada, seria salutar que o controle para a proteção da paisagem urbana se voltasse à atuação da comunidade, do comércio informal, do pessoal que trabalha com publicidade visual, dos arquitetos, engenheiros, empresas de construção civil a fim de fomentar a qualidade visual do meio urbano para proteger, manter e melhorar os valores paisagísticos existentes. Nesse sentido poderia surtir efeitos positivos a atuação conjuntamente a essa população, buscando não lhes criar um entrave ou problema à atuação ou ao trabalho. Mas conjuntamente encontrar alternativas que compatibilizasse os interesses privados e a proteção de interesse coletivo.

A estratégia de comunicação direta com os interferentes e com a comunidade, mediante programas de educação patrimonial, com a conscientização desses indivíduos da sua importância nesse enredo urbano. A partir dessa noção de pertencimento ao lugar, com identificação dos signos de identidade e memória, cada rua, cada viela passará a ter valor específico e particular, fomentando a consciência de preservação da paisagem. A partir disso, a concessão de pedaços do território específicos para o exercício de atividades comerciais informais, para a construção em altura elevada ou instalação de torres de telefonia celular, sempre em absoluta harmonia com a paisagem natural e construída.

Aliás, é bom que se mencione que o Estudo de Impacto de Vizinhança é instrumento jurídico absolutamente adequado para o controle da paisagem urbana de forma a limitar essa privatização do espaço coletivo. Todavia, ao que se sabe, ainda são poucas as experiências e resultados decorrentes da implantação desse instrumento de controle instituído pelo Estatuto da Cidade<sup>25</sup>. Urge que esse instrumento jurídico seja dado a conhecer às comunidades locais a fim de que se apropriem do conteúdo e dos efeitos da sua utilização.

Outra alternativa seria o estímulo à vivência nas ruas, mediante a concessão de prêmios e incentivos fiscais não apenas a regularização das atividades informais, mas também à promoção cultural e de lazer, função essencial da cidade. Obviamente que tal sugestão demanda questões outras que, se resolvidas, também auxiliariam no estímulo à proteção da paisagem.

Entretanto, nos dias de hoje, considerando o direito ao meio ambiente sadio e sustentável direito difuso de peculiar importância, qualquer das alternativas encontradas pelas administrações municipais não surtirão os efeitos desejados sem a participação efetiva da comunidade: titular do direito a ser protegido.

## 7. DA NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE

Até aqui o que se viu é que há proteção jurídica que, em esse, protegeria a paisagem urbana. Todavia, nem a legislação é cumprida e tampouco o controle e a fiscalização por parte dos órgãos públicos responsáveis é eficaz e célere a ponto de acompanhar a rapidez das transformações ocorridas em todo o território da cidade. Isso são fatos inegáveis e que merecem ser considerados. Também é certo que há fatores sociais e econômicos que levam à multiplicação desses fenômenos e que se impõem sobre a ótica preservacionista. Todavia é preciso que o interesse coletivo de preservação da paisagem urbana seja priorizado, na medida que representa um bem indisponível. Nesse sentido faz-se necessário que haja uma especial cautela com os elementos de paisagem urbana que formam as ambiências locais e específicas<sup>26</sup>.

Quando se trata de proteção do patrimônio cultural, justamente pela sua peculiaridade, faz-se necessária a *precaução* frente à irreversibilidade da perda. O desaparecimento de uma paisagem urbana leva com ela toda a ambiência e o *clima* específico ali inserido. A consequência, além da perda da identidade do lugar e da privatização do espaço coletivo, é a homogeneização do espaço urbano.

Há uma inegável impotência do estado constituído frente essa inversão de realidade. Há total descontrole quanto à ordenação das atividades no território das cidades com a inversão da ordem administrativa e com a clara prevalência do o interesse privado sobre o público.

É preciso que sejam encontrados caminhos para a conscientização dos cidadãos sobre esses fenômenos, buscando alternativas aliadas àquelas do ordena-

<sup>25</sup> BRASIL. Lei Federal n. 10.257/01.

<sup>26</sup> De referir que seria equivocado pensar que esses fenômenos de privatização do espaço coletivo em prejuízo à paisagem sejam peculiares à realidade brasileira. Na Europa, especialmente em Portugal e Espanha, é possível se encontrar essa mesma realidade em maior ou menor escala, mas igualmente perniciosa ao espaço coletivo.

mento jurídico constituído<sup>27</sup>. Não há entre os direitos difusos qualquer outro que tenha a concretude mais peculiar do que o direito ao meio ambiente sadio e sustentável, seja ele natural ou construído. O mesmo pode ser dito quanto ao direito à proteção do patrimônio cultural. O sentimento de pertencimento ao lugar e os laços afetivos, sensoriais e de identidade com relação a determinado ambiente leva a uma sensação muito peculiar de posse. Uma percepção muito particular, muito própria em relação a determinado cenário urbano ao decodificarmos aqueles sinais tão particulares que ali estão presentes. É justamente por esse sentimento que a proteção do patrimônio cultural e da paisagem urbana demanda a participação popular como forma de inverter o processo de privatização do espaço coletivo. A apropriação da história, do conceito e do patrimônio cultural enquanto ele mesmo é o primeiro passo em direção a uma possível gestão cidadã desses elementos culturais.

Há de ser possível a retomada do espaço público e coletivo<sup>28</sup> mediante a intervenção direta da comunidade local, primeira interessada na proteção desses valores. Aliás, a gestão popular não constitui novidade na medida em que a Constituição Federal<sup>29</sup> e o Estatuto da Cidade são orientados pelo princípio da democracia participativa, decorrente do direito de cidadania, com a participação direta da sociedade. No caso da proteção desse interesse difuso, resta mais do que demonstrado o interesse concreto evidenciado pelo sentimento de identidade ao lugar e pela irreversibilidade de eventual perda desse espaço coletivo.

Sendo assim, é necessário que o Estado cumpra o seu papel de agente fiscalizador, fazendo valer o poder de polícia para o licenciamento de atividades, bem como a rápida e efetiva ordenação da situação de fato<sup>30</sup> e eficaz. Mais do que isso, necessário que os cidadãos, na evolução da consciência dos direitos coletivos, cuidem do que lhes pertence, atuando ativamente não apenas em projetos de educação patrimonial, mas também no auxílio à administração local para o controle e fiscalização das atividades exercidas de forma a privatizar o espaço coletivo em detrimento da paisagem urbana. Ainda, que atuem ativamente junto ao Poder Executivo e Legislativo municipais na elaboração de normas específicas ao controle da paisagem urbana da cidade.

As formas de participação ativa dependerão do caso concreto, cada comunidade organizada encontrará os meios e caminhos mais adequados para a proteção do que têm de mais precioso enquanto ambiente coletivo: a paisagem. Baseada em experiências recentes, ocorridas principalmente para a proteção do ambiente natural, a comunidade do lugar certamente encontrará maneiras de evitar a ocupação incessante do espaço coletivo. Primeiro que isso, necessário que a paisagem urbana seja valorizada como elemento próprio e peculiar do patrimônio cultural

<sup>27</sup> Além dos planos diretores municipais, necessária a edição de legislação específica de proteção da paisagem urbana à semelhança das existentes em algumas poucas cidades brasileiras.

<sup>28</sup> Essa idéia poderia, em princípio, parecer inusitada, acaso desconsiderado o contexto fático em que está inserida.

<sup>29</sup> Artigo 2º e 14 da Constituição Federal.

<sup>30</sup> Não basta a mera repressão das atividades irregularmente exercidas, sem o licenciamento ambiental. Necessário a busca de soluções administrativas e práticas que solucionem a situação do exercício de atividades de forma irregular. Para tanto, além das normas reguladoras, necessário que sejam concedidos espaços próprios e adequados ao exercício regular e licenciado das atividades.

da cidade. Necessário, como se disse, que seja invertida a ordem de privatização do espaço coletivo para que se retome a idéia original, oriundo da constituição do Estado enquanto ficção jurídica, representativa da vontade de todos.

## **8. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**8.1** Há ambiências que, pelo seu significado referencial à determinada memória da comunidade, necessitam ser preservadas como forma de manutenção do *clima* do lugar. Esse cenário urbano é composto por várias partes que isoladas podem não ter significado, mas que forma um conjunto de signos de identidade muito própria e peculiar da paisagem urbana;

**8.2** Houve significativa evolução conceitual e legislativa sobre o patrimônio histórico e cultural. Atualmente, a ambiência urbana, pelos seus significados e signos, como referência identitária e de memória, também é objeto de proteção cultural;

**8.3** São muitos os fatores de interferência na cena urbana como decorrência da vida moderna. O espaço coletivo está ocupado pelo comércio informal, pelas torres de telefonia celular e pelas pichações que concretizam no espaço material o processo de privatização.

**8.4** A privatização do espaço coletivo inverte toda a ordem lógica e jurídica a respeito do gozo e fruição dos bens de uso comum do povo e dos bens de domínio público, na medida em que a coletividade não mais desfruta desse espaço que passa a ter uso privado.

**8.5** Existe base constitucional e legal para que os municípios legislem de forma a dar atenção maior à questão da proteção da paisagem urbana, não apenas como um item a mais de análise urbanística e ambiental quando da aprovação da intervenção no cenário urbano. Ideal seria que fosse editada legislação local específica, afora aquela referente ao Estudo do Impacto de Vizinhança que é elemento auxiliar nesse movimento preservacionista, em que a paisagem tenha especial proteção.

**8.6** Afora os elementos jurídicos urbanísticos existentes, necessária a especial atenção dos órgãos de gestão ao perigo de perda dos elementos de paisagem em razão da apropriação do espaço coletivo. Isso exige da comunidade, titular do direito à paisagem urbana sustentável, a atuação participativa e positiva para a efetiva proteção desse elemento do patrimônio cultural.

**8.7** Não há fórmulas prontas que ensinem à comunidade os modos de participação efetiva. Todavia, para tanto, o primeiro passo é necessária tomada de consciência da sociedade da importância da paisagem urbana no contexto urbano e no cotidiano das pessoas e da cidade como elemento essencial ao patrimônio cultural da mesma forma como o processo de evolução da consciência da preservação do meio ambiente natural.

# COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO LICENCIADO

*ANDRÉA VULCANIS*

Especialista em Direito Administrativo. Mestranda em Direito.  
Professora da Pós-Graduação em Direito Sócio-ambiental  
da PUC-PR. Procuradora Federal.  
Chefe da Procuradoria Federal do Ibama no Paraná

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa examinar, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, situando no âmbito das competências dos entes federados, a competência para o exercício do poder de polícia repressivo de condutas lesivas ao meio ambiente, a partir da competência anteriormente definida para o licenciamento ambiental da atividade, ou seja, a atividade potencialmente poluidora, conforme definição legal, é sujeita a licenciamento ambiental por um dos entes federados, no exercício do poder de polícia preventivo, conforme definição de competência determinada pela Lei 6.938/81 e Resoluções do CONAMA. A questão que se põe é: no desenvolvimento da atividade licenciada, verificando-se que a mesma, de potencialmente poluidora passou a efetivamente poluidora, no momento da repressão da conduta, qual é o ente federado competente para reprimi-la?

A importância do tema depara-se frente a tormentosa questão das competências dos entes federados em matéria ambiental. Se o assunto não é pacífico no que toca a distribuição de competências para a atividade preventiva, especificamente, o licenciamento ambiental, muito mais infausta é a questão da competência para fiscalizar a atividade licenciada.

A abordagem que ora se pretende imprimir à questão pretende resgatar a discussão doutrinária acerca da distribuição de competências administrativas na matéria ambiental, levando a conclusões sistemáticas acerca do que se extrai do ordenamento jurídico no que diz respeito a ação fiscalizatória e repressiva por parte dos agentes estatais ordenadores das atividades poluidoras.

O assunto guarda relevância, pois, na prática, o que tem acontecido, especialmente após a edição da Lei 9.605/98 e seu regulamento, o Decreto 3.179/99, que vieram a estabelecer sanções administrativas severas para as condutas lesivas ao meio ambiente, é a ação estatal de todos os entes federados sobre a mesma conduta ou sobre o mesmo fato poluidor, gerando muitas vezes, mais de uma multa, mais de um embargo, mais de uma apreensão de produtos e instrumentos oriundos das infrações ou, em outras palavras, exercício de poder de polícia repressivo superposto, o que, certamente, não se coaduna com o espírito do legislador constituinte quando veio a estabelecer a competência comum na matéria ambiental.



O objetivo proposto é conferir delineamentos à matéria que possam viabilizar segurança e certeza jurídicas no momento da repressão de condutas, além de maximizar a eficiência da atuação estatal, tomando em conta as instâncias federativas, que detêm competência comum na matéria, o que deve se dar de forma coordenada e não superposta.

## 2. ESTADO FEDERATIVO BRASILEIRO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

O artigo primeiro da Constituição Brasileira inscreve a República Brasileira como República Federativa, composta pela União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios que guardam, dentro do Estado soberano, autonomia, especialmente quanto ao poder normativo sobre assuntos reservados a sua competência. Assim, os entes federados, de forma independente e autônoma, por parcela de poder assegurada na Constituição, participando na formação da vontade do Estado, agindo, de outra sorte, sem vínculos de hierarquia.

Não se pode olvidar que o Estado federativo nasceu como garantia de salvaguarda das liberdades públicas, assim consideradas, aquelas prerrogativas dos indivíduos em face do poder do Estado, inibindo a ação estatal que não pode ir além dos limites impostos pela esfera de proteção jurídica do cidadão. Conferindo-se maiores poderes aos estados-membros tanto menos haveria possibilidade de aviltamento das liberdades públicas.

No processo de evolução histórica do conceito de federalismo também não se pode esquecer, como ensina Farias<sup>1</sup> que:

*No trânsito do Estado Liberal para o Estado Social, o pêndulo da questão federativa inclinou-se no sentido de governos centrais fortes, mais adequados ao intervencionismo que exigia a implementação de mudanças sociais e econômicas...*

Assim, a interpretação que se possa dar ao modelo federativo implementado em cada Estado soberano perpassa pelo momento histórico em que esse Estado se encontra. No momento liberal de Estado, verifica-se no contexto histórico, um maior fortalecimento das unidades federativas descentralizadas, detendo maiores poderes. No Estado Social, entretanto, verifica-se uma concentração de poderes no comando central, afim de que seja viabilizada, mediante necessária intervenção, um Estado mais justo e mais igualitário.

Juntamente com tais considerações acerca de modelos de Estado, verifica-se, no atual contexto histórico, uma passagem para um modelo de Estado neo-liberal, com menor intervenção do Estado, vivificando o modelo original de federalismo, com maiores poderes conferidos aos estados- membros e no caso brasileiro, também aos municípios.

A questão a se por, nesse momento, é em que momento histórico o Brasil se encontra: se Estado Social ou de Estado neo-liberal. Pois bem, sem adentrarmos

<sup>1</sup> Farias, Paulo José Leite. Competência Federativa e Proteção Ambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. pg. 184

as questões de políticas públicas adotadas, por certo que o conteúdo da Carta Constitucional de 1988 modela o Brasil como Estado Social. Veja-se o que Silva<sup>2</sup> menciona a respeito:

*O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.*

A partir de tais considerações é que se vai tomar a federação brasileira em seus princípios e extrair-se a sua exegese, ressaltando que o alcance da distribuição de poderes no Estado Federado depende da natureza e do tipo histórico de federação. Numa os poderes dos estados-membros são mais dilatados, noutros, a competência da União é que é fortalecida.

A Constituição de 1988 buscou um equilíbrio de forças e de poderes para o Estado Federado brasileiro, enunciando de forma expressa as competências da União, deixando aos estados membros as competências relativas as matérias remanescentes e conferindo aos municípios as matérias de interesse local.

No que diz respeito ao meio ambiente, a Constituição Brasileira conferiu competência concorrente entre União, Distrito Federal e Estados-membros para, portanto, legislar e competência comum para todos os entes federativos atuarem administrativamente na questão. É o que se extrai dos artigos 23 e 24 da Carta Magna.

Não é difícil vislumbrar, nessa seara de competências comuns e concorrentes, quanto melindroso e delicado se afigura o funcionamento de um Estado Federal porque, a todo momento, podem surgir conflitos nesse mecanismo de repartição de competências. Várias ordens jurídicas, convivendo lado a lado, sendo aplicadas sobre o mesmo território e sobre os mesmos indivíduos.

As possíveis divergências, os possíveis conflitos devem ser dirimidos. E é da exegese da própria ordem constitucional que se pode retirar os parâmetros prévios para solução desses problemas.

Nesse passo, vale destacar, que o nosso sistema constitucional prevê uma relação de coordenação entre os entes federativos. Assim, qualquer conflito de competência que possa advir será, necessariamente, conflito aparente e não real.

### **3. PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL**

O poder de polícia no que atine a questão ambiental circunscreve-se a atividade da Administração Pública limitadora ou disciplinadora de atividades que afetem ou tenham potencial de afetar o meio ambiente. Visa, destarte, estabelecer os limites juridicamente estabelecidos, em que se pode dar o direito à liberdade

<sup>2</sup> Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1996. 12<sup>a</sup>. Edição. Pg. 121

e à livre iniciativa, em conformidade com os preceitos de proteção e preservação ambiental, disciplinando a ação dos particulares.

O fundamento do poder de polícia está na harmonização dos interesses individuais frente aos interesses coletivos, limitando os primeiros em atenção ao interesse público e ao bem comum.

Nesse sentido é que foi possível ser instituída a taxa de controle e fiscalização ambiental, através da Lei 10.165/2000, que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia conferido ao IBAMA, órgão federal de meio ambiente, para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadas de recursos naturais.

Fato é que esse poder de polícia associado ao controle e fiscalização se dá, conforme os preceitos estabelecidos na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, em dois momentos: preventivo e repressivo.

No momento preventivo o poder de polícia é exercido pela administração pública através da utilização de instrumentos que possibilitem, em última análise, evitar a consumação de danos ao meio ambiente. Instrumentos de ação antecipada que visem reduzir e/ou eliminar modos de produção e de consumo não viáveis ou não sustentáveis.

Um dos grandes instrumentos de prevenção criados pelo sistema jurídico brasileiro é o licenciamento ambiental que submete o exercício de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais à prévia autorização do poder público, onde incorporar-se-ão todas as medidas possíveis e necessárias a se evitar ou conter qualquer risco de degradação a qualidade do meio ambiente.

No momento repressivo, paralelamente, surge a atuação da administração pública na fiscalização de atividades potencialmente poluidoras, coibindo as atividades lesivas através da imposição de sanções administrativas, elencadas no artigo 72 da Lei 9.605/98.

Conforme se depreende, prevenção e repressão são institutos que devem ser conjugados na busca da máxima eficiência. Se a prevenção funcionar não há necessidade de repressão, caso contrário, entretanto, se os instrumentos de prevenção forem ineficientes, surge a necessidade de repressão, com seu caráter retributivo e correccional de condutas.

Ademais, há que se ter em mente, que na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a prevenção é instrumento que visa perseguir a máxima proteção ambiental, pois se dá em momento anterior a degradação do meio ambiente. É através dos instrumentos de prevenção que efetivamente se dará cumprimento ao comando constitucional de defesa e proteção ambiental para as presentes e futuras gerações.

Nesse passo, vale ressaltar, que os instrumentos de repressão ocorrem após o dano ambiental ter sido efetivado, agindo nessa altura, o poder público, obrigando à reparação e impondo sanções. Ora, reprimir é ação última na proteção do meio ambiente, depois que a lesão já ocorreu, quando não há outro recurso.

Assim, fácil concluir que o poder de polícia, seja na sua face preventiva, seja na sua face repressiva, devem concorrer, agora mencionando a ação da administração pública, harmonicamente, na mesma sintonia, dentro do mesmo patamar

de política ambiental, do contrário, vistos ou operados em separado, repressão e prevenção, geram desequilíbrio no papel que possui a polícia administrativa de ordenamento e pacificação social. São momentos de polícia que devem ser dar, no que toca a matéria ambiental, de forma sucessiva. Primeiro se previne, depois se reprime, dentro do contexto em que o controle da atividade está inserido.

#### **4. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA O CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL**

A temática da repartição de competências administrativas ambientais, decorrentes da Carta Constitucional que estabelece competência comum entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios para atuar na matéria ambiental já de há muito vem sendo discutida no direito ambiental.

A questão que se impõe saber é, quem, no espectro dos entes federativos é competente para o exercício do poder de polícia em cada caso concreto com que o poder público se depara.

Os primeiros delineamentos da matéria se deram através do disposto na Lei 6.938/81, em seu artigo 10, que vale a pena transcrever:

*Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. ...*

*§ 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA*

*§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, este em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.*

*§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.*

Assim, é expressa a lei no que diz respeito ao poder de polícia preventivo, especialmente, no que se refere ao licenciamento. Este, cabe aos estados-membros, nos licenciamentos cujos impactos ambientais diretos sejam de interesse do estado e à União, através de seu órgão de meio ambiente – IBAMA – licenciar as atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, ou seja, aquele que ocorrer em mais de um estado da federação. A

resolução 237/97 do CONAMA vem ainda incluir, no âmbito do interesse local, a competência dos municípios para o licenciamento ambiental.

Prevalece assim, a regra da preponderância do interesse. Interesses nacionais ou regionais, para além dos limites do interesse de um estado membro, reporta a competência para o IBAMA. Interesses exclusivamente locais, reporta a competência para os municípios e no demais, aos estados membros. Da lição de Silva<sup>3</sup>:

*O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência.*

Resta definir o que está compreendido na expressão interesse. Que diferenças haveriam, em termos de interesse, que separariam as competências entre os entes federados.

Para a União, através do IBAMA, foram reservados o exercício do poder de polícia naquilo que as atividades potencialmente poluidoras pudessem atingir o ambiente para além dos limites de um único estado membro, a isso, portanto, se denominando, interesse nacional ou regional, conforme a dimensão do impacto ambiental previsto. O mesmo entendimento, sucessivamente, se aplica a estados e municípios, na suas esferas de interesse.

No mais, ao IBAMA ainda caberia o exercício da competência supletiva decorrente da inexistência ou da omissão do órgão estadual ou municipal de meio ambiente. A supletividade se dá então, no vácuo administrativo do ente primariamente competente.

Fácil seria repartir as competências se em todo caso fosse igualmente fácil definir o interesse nacional ou regional em contraposição ao interesse local. Contudo, tal não acontece. Ora, tudo que diz respeito a questão ambiental, por via direta ou indireta, diz respeito a toda a humanidade. Assim, o que se faz em termos ambientais no Brasil, repercute ou pode repercutir em outros Estados soberanos e o mesmo se dá internamente. Assim, por esse conceito genérico, tudo seria competência da União, como representante dos interesses da coletividade brasileira.

Não foi esse, contudo, o intuito do legislador constituinte. Desta forma, a exegese deve acompanhar o espírito da lei, no caso, da Constituição. Daí, para que se possa definir o que seja interesse nacional ou regional, há que se observar os efeitos diretos da atividade sujeita a controle estatal e se perquirir, se diretamente a coletividade de outro estado membro ou eventualmente de todos os estados membros dariam valor ao assunto, ou seja, se a atividade estaria na esfera de interesse de terceiros. Isso se pode traduzir em algumas interrogações: a) serão afetadas

<sup>3</sup> Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 454.

pessoas ou comunidades de outro estado? b) a biodiversidade de outro estado será afetada? A economia e a cultura de outro estado serão afetadas? Haverá alguma interferência nos processos biológicos de outro estado? O ecossistema atingido ou onde a atividade será inserida é de tamanha fragilidade que sua proteção interessa à coletividade nacional como um todo?

Se a resposta for sim a qualquer desses questionamentos e outros que se poderiam fazer, estaríamos diante do que se chama de interesse regional ou nacional. Caso contrário, para definição de competência, deveria ser avaliado se estaríamos diante de mero interesse localizado no município ou ainda no próprio estado membro..

Observe-se que a lógica foi mantida pelo CONAMA. Para melhor disciplinar e organizar a atuação dos órgãos estaduais, federais e municipais, a Lei 6.938/81 atribuiu ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, a competência para regulamentar normas e critérios para o licenciamento ambiental.

Em decorrência dessa autorização legislativa, o CONAMA editou a Resolução 237/97, buscando especificar e delinear com maior precisão os limites da atuação dos órgãos, em cada esfera da Federação. A leitura dos dispositivos pertinentes demonstra a intenção de evitar sobreposições de competência e a falta de clareza quanto a qual órgão deve o administrado se reportar.

*Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber*

*I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.*

*II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;*

*III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;*

*IV - destinados a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN.*

*V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.*

A sistemática da Resolução 237/97, perfeitamente compatível com a Lei 6.938/81, buscou garantir um processo de licenciamento ambiental que oferecesse segurança jurídica ao administrado, pois uma vez encaminhado o licenciamento no órgão competente, não teria mais o empreendedor o risco de estar sujeito ao controle de suas atividades por outras autoridades ambientais, de outras esferas da Federação.

Além do aspecto da segurança jurídica, buscou-se claramente uma racionalização do processo de licenciamento, centrando-o em apenas um órgão em cada caso, conforme se deduz da própria Resolução citada:

*Art. 7º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.*

Chega-se a partir dessas premissas a uma evidente conclusão: não há no sistema jurídico brasileiro, confusão em matéria de repartição de competências ou autorização de superposição de competências. Em verdade, o que se pretende, a partir do sistema de repartição de competências é efetivamente, a aplicação do princípio da cooperação, com vistas a adoção de políticas gerais e comuns que racionalizem a máquina estatal, no combate as ações poluidoras.

A mesma ilação se pode extrair no que toca ao exercício do poder de polícia repressivo. A lógica é a mesma. Vale o preceito da preponderância do interesse. Assim, quem detém competência para exercer o poder de polícia preventivo, o detém igualmente e com preferência, para exercer o repressivo, que como já visto trata-se de mero dever do primeiro, em sucedâneo cronológico, inclusive. Primeiro previne-se para depois reprimir.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência dos Tribunais. Veja-se recente julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região:

*APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.70.00.013627-2/PR  
RELATÓRIO*

*O parecer do MPF, à fl. 135, expõe com precisão a controvérsia, verbis:*

*“Trata-se de apelação em mandado de segurança interposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, inconformado com a sentença de fls. 97-100, a qual concedeu a segurança pleiteada, determinando à autoridade impetrada que se abstenha de cobrar os autos de infração lavrados contra a impetrante, ora apelada, e de interditar seus armazéns, em razão de não possuírem licença de operação, enquanto estiver em andamento regular processo de licenciamento.*

*Recurso tempestivo, contra-arrazoado às fls. 115-127.”*

*É o relatório.*

*VOTO*

*Em seu parecer, a fls. 136/7, anotou o douto MPF, verbis:*

*“Penso que o recurso interposto não merece provimento.*

*Com efeito, o art. 10 da Lei n. 6.938/81 atribui aos órgãos estaduais competentes a incumbência de licenciar o funcionamento de estabelecimentos potencialmente poluidores, nos seguintes termos:*

*Lei n. 6.938/81, art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.*

*Conforme se infere na norma em comento, ao IBAMA restou assegurada a prerrogativa de licenciamento supletivo, razão pela qual a competência fiscalizatória do apelante também é tida, nesses casos, como supletiva da atuação do órgão estadual.*

*Sendo assim, considerando que a empresa impetrante, ora apelada, de fato iniciou o procedimento de licenciamento ambiental perante o Instituto Ambiental do Paraná IAP, tanto é que apresentou licença prévia com validade até 13/02/2003, evidencia-se que a atuação da autarquia federal, no sentido da elaboração de autos de infração, extrapolou a atuação supletiva que lhe é conferida por lei.*

*Afigura-se incensurável, portanto, o entendimento do magistrado a quo assim proferido na sentença impugnada:*

*‘Se o processo de licenciamento estava em regular andamento, é evidente que a impetrante não dispunha ainda de licença de operação, que é concedida ao final do processo. Constitui, assim, inominável abuso aplicar multa de R\$ 200.000,00 a quem, nessas condições, estava em funcionamento sem a licença de operação’. Pelo exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, através desta Procuradora Regional da República, opina, preliminarmente, pelo conhecimento do recurso, e, no mérito, pelo seu improvimento, com a manutenção da sentença monocrática.”*

*Por esses motivos, acolhendo o parecer do MPF, conheço da apelação e da remessa oficial, negando-lhes provimento.*

*É o meu voto.*

*Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*

*Relator*

A lógica do sistema jurídico faz-se no sentido de que aquele que detém a competência para autorizar, detém-no igualmente para fiscalizar, pois são aspectos indissociáveis e inerentes ao poder de polícia.

## **5. INCOMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Questão a ser enfrentada, é a da consequência da incompetência dos órgãos de meio ambiente para o exercício do poder de polícia, especialmente os de ordem repressiva, sobre as atividades poluidoras, partindo-se das conclusões até agora sustentadas.

Assim, se quem licencia a atividade é quem a fiscaliza e isso decorre do exercício de competência, há que se ter em conta que o exercício de atos administrativos sancionadores, cujos efeitos se produzem sobre as atividades empreendedoras, ao usurparem o exercício de competência administrativa de outro ente federal, devem ser tidos como nulos.

Destarte, considerando o critério da preponderância do interesse, vinculado à influência direta do impacto ambiental, o sistema jurídico confere prevalência à atuação de um dos entes federados. No que se refere à fiscalização, na medida em que nessas situações o poder-dever de proteção ambiental de um dos entes torna-se específico, verifica-se a ocorrência de competência primária para o exercício da atividade administrativa, afastada tão somente no caso de omissão, quando então poderá se dar o exercício de competência supletiva.

*Extrai-se daí que o critério utilizado para aferir e definir as competências dos entes federados responsáveis pela proteção ambiental, no exercício de suas*



*competências em matéria ambiental, relativamente à aplicação das sanções previstas no ordenamento jurídico obedece a um princípio tradicional de Direito Administrativo segundo o qual a competência para o exercício do poder de polícia é do ente a quem constitucionalmente compete legislar e via de consequência do ente a quem competiu licenciar a atividade objeto de fiscalização. Há que se verificar assim, no exercício do poder de polícia repressivo a quem cabe a competência primária para o ser exercido. Se há bem jurídico lesado e este é de interesse nacional ou regional, quem deve exercer a fiscalização da atividade é a União, através do IBAMA que, de outra sorte, não poderá intervir, fiscalizando atividades que não estejam no seu âmbito de competência, salvo em casos de evidente omissão do ente legitimado a agir.*

Em resumo pode-se dizer que o conjunto de atos administrativos compreendidos na relação – poder de polícia (fiscalização, prevenção e repressão), estão compreendidos na competência do ente federado competente, desde a função preventiva (licenciamento ambiental) até a repressiva (aplicação de sanção administrativa).

Cumpra observar que essa reserva de competência da União no que se refere ao interesse territorial regional, não vai de encontro à competência comum conferida à União, Estado, Distrito Federal e Municípios para a proteção ao meio ambiente, o combate à poluição e a preservação de florestas, fauna e flora (artigo 23, VI e VII). Tampouco fere a competência concorrente entre União, Estado e DF para legislar sobre o Meio Ambiente (artigo 24, VI e VIII).

Nesse sentido, esclarece Barroso<sup>4</sup>:

*Ao falar em competências comuns, quer a Constituição significar que determinadas matérias são de responsabilidade tanto da União, como dos Estados e Municípios, cabendo a todos eles atuar (...) Note-se que embora as competências sejam comuns, em princípio não há superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de atuação.*

Resta, portanto, o desafio de equacionar, juridicamente, a atuação dos órgãos de meio ambiente para uma atuação harmônica, de modo a evitar choques de competência que levam à concretização de um federalismo antagonico, contrariando as disposições da Constituição Federal que ao estabelecer a competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que toca a matéria ambiental, determina em seu artigo 23 § único:

*Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.*

Cabe aqui mencionar a existência do artigo 76 da Lei 9.605/98, segundo o qual, o pagamento de multa imposta pelo Estado, substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

<sup>4</sup> Barroso, Luis Roberto apud Castro, Flavio Dino de. Crimes e Infrações Administrativas Ambientais. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. pg. 328

A Lei nº 9.605, de 1998, coerente com o comando constitucional (CF, art. 23, inciso VI) que confere a competência comum aos entes da Federação para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas procurou prevenir eventuais conflitos de atribuições no que tange a imposição de sanções administrativas de caráter ambiental. Nesse sentido, o seu art.76 estabeleceu que “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios e Distrito Federal ou Territórios, substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência”.

O caráter descentralizador conferido ao referido dispositivo nos parece evidente, inclusive já previsto anteriormente no art. 41 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, possibilitando que os estados efetivamente façam uso de sua competência de proteção do meio ambiente. Questiona-se, no entanto, a sua abrangência, entendendo-se que se cabe à União, através do IBAMA, efetuar a repressão administrativa em todo o território nacional, naquilo em que a Constituição lhe conferiu competência primária, conforme já exposto, incumbe-lhe, com igual propriedade, efetuar preferencialmente a fiscalização de planos, projetos, obras e atividades licenciados pela própria entidade.

Ora, é princípio de hermenêutica, o de que o ordenamento jurídico não se contrapõe. Deve-se buscar, sempre, a interpretação que harmonize o sistema. Deste modo, não cabe aplicar o artigo 76 da Lei 9.605/98, sem observar o princípio federativo de repartição de competências, sob pena de macular o dispositivo legal do vício da inconstitucionalidade.

Há que se dar, ao artigo 76, a interpretação que o compatibilize com o sistema constitucional de competências em matéria ambiental. Assim, há que se observar que o legislador constituinte, ao estabelecer a competência comum na matéria ambiental, quis também, com isso evitar, o conflito negativo de competência, ou seja, em caso de omissão, em que, diante de um dano praticado contra o ambiente, nenhum ente público agisse em favor do ambiente degradado, ou demais entes estariam legitimados a fazê-lo, no exercício de competência supletiva. É o que se depreende também do contido no artigo 10 da Lei 6.938/81, já transcrito.

A interpretação deverá ganhar outro viés, entretanto, quando se tratar de caso de competência primária de um dos entes federados e/ou no caso de conflito positivo de competência. Daí, a exegese possível se dá no sentido de que o disposto no artigo 76 da Lei 9.605/98 se aplica às hipóteses em que a União não esteja agindo no exercício de competência ditada constitucionalmente ou quando não exista prevalência de interesse federal, pois em se tratando estes de interesses indisponíveis, a União não pode furtar-se a agir, dado os princípios da indisponibilidade do interesse público bem como o princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública que vigem em matéria de direito administrativo.

Diante do exposto pode-se concluir que quando a União, através do IBAMA, no exercício de competência comum em matéria ambiental, exercitando competência supletiva, agir, atuando e aplicando sanções a um fato praticado contra o meio ambiente, cuja competência primária seja do estado membro, por atingir interesse exclusivamente deste, tendo este também atuado sobre o fato, aí sim, caberá a aplicação do artigo 76 da Lei 9.605/98.

Logo, nos casos em que se verifique usurpação de competência, a consequência inevitável é a declaração de nulidade do ato administrativo, por ausência de um dos pressupostos de sua validade, que é a competência.

Lembre-se que a produção de atos administrativos depende do preenchimento de requisitos consubstanciados em um conjunto de cinco elementos constitutivos da manifestação da vontade da Administração, quais sejam: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

Quando há usurpação de competência, o que se dá, notadamente, no caso conflito positivo de exercício de poder de polícia, em que mais de um ente federado legitima-se a agir sobre condutas lesivas ao meio ambiente, vislumbra-se que o primeiro dos requisitos para a validade do ato administrativo, ou seja, relativo ao sujeito, não estará sendo preenchido no caso do ente incompetente, o que assinala, de plano, a nulidade do ato eis que a competência para a produção do ato administrativo que subjaz ao conceito de sujeito é um dos atributos que este deve apresentar para a caracterização de sua validade.

Vejam a lição de Di Pietro<sup>5</sup> no que diz respeito a competência:

*... Em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal;*

*... em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis.*

*... Pode-se, portanto, definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo...*

*... a competência é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público". (grifos do original)*

A título de encerramento vale acrescentar, acerca ainda da competência, o disposto na Lei 9.874 que disciplina o processo administrativo no âmbito da União e que bem pode servir de parâmetro para o quanto aqui foi discutido:

*Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.*

*Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.*

*Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*

*Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:*

*I - a edição de atos de caráter normativo;*

*II - a decisão de recursos administrativos;*

*III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.*

<sup>5</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. pg.194/195

Assim, é claro o texto da lei supra transcrito ao estabelecer que a competência é deferida em atenção ao interesse público, motivo pelo qual, se há ente legitimado a agir, a ele cabe a execução do seu papel, salvo delegação, que entretanto, não pode ser total, somente parcial e ainda quando a matéria não for de competência exclusiva.

Nos parece que no que toca a matéria ambiental, cujo regime de competência se define pela preponderância do interesse, este, por si mesmo, confere a exclusividade do exercício da competência. Ora, a título de exemplo, se a atividade é de interesse local, exclusiva do município, como pode se arvorar o Estado-membro ou a União a invadir a esfera de competência para exercer poder de polícia que está fora de seu âmbito de interesse? Como um ente federado que não tem interesse preponderante no assunto pode dispor de interesse de outro ente federado, sendo que no exercício do poder de polícia ao se deferir um licenciamento ambiental ou aplicar tal ou qual sanção, neste ou naquele valor, com tal ou qual gravosidade, há efetivamente uma interferência no poder originário e legitimado a agir?

A conclusão possível é a de que cada ente federado deve agir, em termos de polícia administrativa, na sua esfera de competência, sendo aplicável uma única exceção, que é o caso de omissão do ente legitimado, quando então, poderá se dar o exercício de competência supletiva, em nome da salvaguarda do bem difuso que é o meio ambiente.

Tal exegese leva a efeito, com eficiência, o princípio da cooperação estabelecido no texto constitucional, que nos conduz a concluir que se há a circunstância de o Estado-membro, juntamente com o Município, a União e o Distrito Federal, comporem único e indivisível sistema de administração pública de interesses ambientais, não implica nem se pode conceber que implique em superposição de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas, em face de um mesmo assunto. Sem qualquer dúvida, um dos principais objetivos da ordem constitucional é o da segurança e certeza jurídica, circunstância que se deve ter em mente ao interpretar o sistema jurídico nacional.

## **6. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** O sistema constitucional prevê uma relação de coordenação entre os entes federativos, não cabendo superposição de competências.

**6.2** Em matéria de repartição de competências para o exercício do poder de polícia prevalece a regra da preponderância do interesse.

**6.3** A lógica do sistema jurídico faz-se no sentido de que aquele que detém a competência para autorizar o funcionamento de atividade poluidora, ditada conforme a natureza do interesse, detém-no com caráter de exclusividade para fiscalizar a mesma atividade, na medida em que ambos – autorização e fiscalização - são aspectos indissociáveis e inerentes ao poder de polícia.

**6.4** Nos casos em que se verifique usurpação de competência, a consequência inevitável é a declaração de nulidade do ato administrativo sancionador, por ausência de um dos pressupostos de sua validade, que é a competência.

**6.5** Cada ente federado deve agir, em termos de polícia administrativa, na sua esfera de competência, sendo aplicável uma única exceção, que é o caso de omissão do ente legitimado, quando então, poderá se dar o exercício de competência supletiva, em nome da salvaguarda do bem difuso que é o meio ambiente.

# ALGUNS ASPECTOS SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA MINERAÇÃO NO BRASIL

ANELISE GREHS STIFELMAN

Promotora de Justiça titular da Promotoria de Justiça Especializada da Comarca de Viamão/RS

## 1. INTRODUÇÃO

A mineração é um dos setores básicos da economia do país, de modo que o Brasil produz cerca de 70 (setenta) substâncias, participando com 92% da produção mundial do nióbio, 20% da produção mundial de minério de ferro (segundo maior produtor mundial), 22% da produção mundial de tantalita, 19% da produção mundial de manganês, 11% da produção mundial de amianto, 19% da produção mundial de grafita, 9% da produção mundial de magnesita, 8% da produção mundial de caulim, além de rochas ornamentais, talco e vermiculita.<sup>1</sup>

Alguns insistem que, pelo caráter restrito das operações mineiras, invariavelmente circunscritas a um pequeno espaço geográfico, e considerando o nível de tecnologia empregado nas operações, a mineração seria uma das atividades industriais que menos ameaçaria o meio ambiente, especialmente quando comparada à agricultura, cujas áreas desmatadas, expostas à erosão e ao despejo muitas vezes descontrolado de agrotóxicos, resultam, respectivamente, no assoreamento e na contaminação de cursos d'água inclusive em regiões estratégicas do território nacional, como é exemplo a Amazônia Legal<sup>2</sup>.

A mineração, contudo, apresenta uma peculiaridade: uma vez retirado de seu local de ocorrência natural, em hipótese alguma o minério pode ser reconstituído ou retorna à sua origem, da mesma maneira como se encontrava no estágio anterior da exploração, motivo pelo qual a mineração impõe ao ambiente em geral uma característica de degradação irreversível.<sup>3</sup>

Também não se pode olvidar que o potencial mineral do Brasil ainda não foi avaliado com precisão e que a mineração, se desordenada ou imprópria, certamente conduzirá ao esgotamento dos recursos exauríveis e à impossibilidade de utilização dos recursos chamados renováveis, face à alteração das condições ecológicas que permitiriam sua regeneração natural.

<sup>1</sup> BARRETO, M. L. *Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil*. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2001, p. 215.

<sup>2</sup> Disponível em: [http://www.dnpm.gov.br/dnpm\\_legis/pluger01.html](http://www.dnpm.gov.br/dnpm_legis/pluger01.html)

<sup>3</sup> STEIGLEDER, João Paulo. *Danos causados à flora pela atividade minerária*. In: Apostila da Oficina de Trabalho sobre Mineração, realizada em 25 de maio de 2001, em Santa Cruz do Sul/RS, pelo Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, p.140.

Segundo o Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento intitulado “O Desafio do Desenvolvimento Sustentado”, até a região de Carajás, que abarca uma das maiores reservas mundiais de ferro, manganês, cobre, estanho, níquel, bauxita e ouro, ainda carece de dados mais exatos sobre o aproveitamento econômico das jazidas e estudos mais aprofundados a respeito dos impactos ambientais gerados pela exploração desses minérios.<sup>4</sup>

Mesmo assim, a ação estatal na mineração, articulada a grandes investimentos privados, já provocou (e ainda provoca) intervenções sistemáticas que alteraram profundamente as configurações regionais do país, ignorando a variável ambiental na contabilidade micro e macroeconômicas dos projetos de valorização intensiva dos espaços físicos e dos seus recursos.<sup>5</sup>

## 2. O BEM MINERAL COMO RECURSO NATURAL

Os recursos naturais diferem de outros bens e serviços, uma vez que são limitados na quantidade e não podem ser produzidos pelo homem, por isso, essa escassez lhes confere a qualidade de um ativo econômico gerador de rendas.

Os recursos naturais podem ser renováveis ou não renováveis.

Os recursos naturais renováveis são aqueles que podem ser utilizados, possibilitando a sua renovação se não forem ultrapassados os limites de uso impostos pelo ecossistema onde estão inseridos, enquanto que os recursos chamados não renováveis só permitem sua utilização por um determinado período de tempo e, uma vez aproveitados, não estarão mais disponíveis. Os recursos minerais constituem exemplos típicos de tais recursos.<sup>6</sup>

Aliás, pode-se dizer que recurso mineral é uma concentração de materiais de ocorrência natural que se encontram no estado sólido, líquido ou gasoso, no interior ou sobre a crosta terrestre, cuja extração tem potencial valor econômico.<sup>7</sup>

Em razão disso, tanto os recursos minerais expostos, como os do subsolo, são classificados como bens públicos dominicais da União, nos termos do art.20, inciso IX, da Constituição Federal.<sup>8</sup>

Por tal motivo, tanto a pesquisa, como a exploração econômica e/ou o aproveitamento industrial sempre estão sujeitos à autorização ou concessão federal através do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), autarquia

<sup>4</sup> ARAÚJO. Ubiracy. *Mineração e Garimpo*: breves anotações. In: Apostila da Oficina de Trabalho sobre Mineração, realizada em 25 de maio de 2001, em Santa Cruz do Sul/RS, pelo Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, p. 169.

<sup>5</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. Programa Nacional do Meio Ambiente – PNMA. *Os ecossistemas brasileiros e os principais macrovetores de desenvolvimento*: subsídios ao planejamento da gestão ambiental, Projeto Cenários para o Planejamento da Gestão Ambiental. Brasília, 1995, p. 8.

<sup>6</sup> GREHS, Sandor Arvino. *Recursos ambientais no contexto da economia regional*. Porto Alegre: UFRGS, 1997. (Trabalho: ECOP48 – ECONOMIA REGIONAL)

<sup>7</sup> KRIEGER, Maria da Graça et al. *Dicionário de direito ambiental*: terminologia das leis do meio ambiente. Porto Alegre/Brasília: Ed.Universidade/UFRGS/Procuradoria Geral da República, 1998.

<sup>8</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 3.

federal responsável pela aplicação do Decreto-lei 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração).

Mas os minerais, como recursos naturais que são, não podem ser avaliados simplesmente como bens públicos dominicais, ensejando à União uma possibilidade legal de disposição, quase semelhante à aberta pelo regime privado, sem se levar em conta as inevitáveis externalidades negativas associadas à exploração mineral.

A poluição e a degradação ambiental causadas pelas atividades mineradoras representam externalidades negativas decorrentes da economia de mercado e comprometem a sustentabilidade, isto é, o uso produtivo e a integridade dos recursos no espaço geográfico envolvido.

Com isso, os métodos de aproveitamento econômico das substâncias minerais estão diretamente relacionados com a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, nos termos do art.225, “caput”, da Constituição Federal.

O desenvolvimento das atividades minerárias no nosso país não se limita ao interesse meramente patrimonial da União, justificado pelo valor econômico e pelo potencial máximo explorável de importância estratégica para o ente federativo, o que, por sinal, legitima a atuação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

É certo que o art. 20, IX combinado com o art. 176, ambos da Constituição Federal, estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais pertencem à União, e que a propriedade do produto da lavra é do concessionário.

Mas, por força da evolução do Direito Ambiental Brasileiro, os recursos minerais, como recursos naturais, isto é, na condição de elementos que compõem o meio ambiente natural, também passaram ao *status* de bem difuso, ou seja, de toda a coletividade.

Esta nova categoria denominada “*bens de natureza difusa*”, em contraposição à tradicional classificação dos bens em públicos e privados, remonta a meados do século passado, originando-se dos chamados direitos metaindividuais decorrentes dos fenômenos de massa.

Os direitos difusos enquadram-se nessa categoria e decorrem de um fenômeno de transformação social, política, econômica e cultural que redefiniu o papel do Estado e, conseqüentemente, alterou o conceito de interesse público.

Com a superação do Estado Liberal no pós-guerra e a supremacia do Estado Democrático de Direito<sup>9</sup>, surge o dever do Estado prestar concretamente os direitos sociais aos cidadãos e o interesse público deixa de ser “*aquilo que não era individual*” para ser “*aquilo que é do povo*”.<sup>10</sup>

Portanto, atualmente os minerais, como quaisquer outros recursos naturais, também se classificam como “bens de natureza difusa” e, ainda quando sujeitos à propriedade da União (conforme a previsão constitucional do art.20, inciso IX, da

<sup>9</sup> Art.1º, da Constituição Federal

<sup>10</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.40.



Constituição Federal), são protegidos pelas limitações expressas no ordenamento jurídico ambiental.

### 3. O DESENVOLVIMENTO DA MINERAÇÃO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: INTERESSES ANTAGÔNICOS?

O art. 3º, inciso I, da Lei 6.938/81 conceitua meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a **vida** em todas as suas formas.”(grifei)

Desse modo, a noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente relacionada à idéia de vida no planeta Terra, incluindo-se aí, evidentemente, a vida humana.

Ao defender-se o meio ambiente, na verdade o que se busca é a proteção da própria vida, direito fundamental previsto no art.5º, “caput”, da Constituição Federal.

Como afirma José Afonso da Silva, parafraseando Santiago Anglada Gotor, trata-se de uma nova projeção do direito à vida, a partir da inclusão neste conceito da manutenção das condições ambientais que lhe dão suporte.<sup>11</sup>

Por outro lado, no art.3º, inciso II, da Constituição Federal a garantia ao desenvolvimento nacional consta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo que a mineração enquadra-se como uma atividade estratégica para o alcance desse objetivo.

Não é por outro motivo que a extração de recursos minerais depende de concessão do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e está prevista no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, no Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, nos termos do art.176, da Constituição Federal.

Contudo, neste mesmo capítulo, no art.174, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, já há menção expressa sobre a necessidade de compatibilização da extração mineral com a proteção ambiental quando se tratar da organização da atividade garimpeira em cooperativas.<sup>12</sup>

Assim, mesmo sem citação expressa no art.5º, da Constituição Federal, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está evidenciado no texto constitucional, cuja elaboração foi influenciada pela Conferência das Nações Unidas de 1972 e pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.<sup>13</sup>

Ocorre que, como a mineração consiste na exploração de recursos naturais não renováveis e de valor econômico, a normatização dessa atividade sempre

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58

<sup>12</sup> Art.174 parágrafo terceiro, da Constituição Federal. “O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a **proteção do meio ambiente** e a promoção econômico-social dos garimpeiros.” (grifei)

<sup>13</sup> Princípio da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992: O Homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. A este respeito as políticas que promovam ou perpetuem o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas.

deverá obedecer critérios que garantam não apenas o desenvolvimento econômico do País, mas principalmente a preservação do meio ambiente.

O solo, a água e o ar são elementos naturais que compõem o ambiente e participam da interação que constitui e condiciona o meio em que se vive.<sup>14</sup> A mineração inevitavelmente degrada o solo, a atmosfera e os recursos hídricos, seja através da utilização de substâncias tóxicas (como o mercúrio<sup>15</sup>), seja em virtude da erosão (consistente na remoção ou transporte dos elementos constituintes do solo para as planícies, vales, leitos dos rios e até para o mar) ou em razão da poluição sonora e da alteração anormal dos níveis dos lençóis de águas subterrâneas (provocadas pela detonação de explosivos em pedreiras).<sup>16</sup>

O potencial econômico dos minerais para o desenvolvimento de inúmeras atividades, como a indústria e a construção civil, indiretamente acaba por influenciar outros direitos constitucionais, classificados como sociais, que igualmente estão diretamente relacionados com o desenvolvimento nacional: trabalho, moradia, lazer, educação, ...<sup>17</sup>

Por tais razões, a real compatibilização da atividade mineradora com a preservação ambiental na busca do chamado “*desenvolvimento sustentável*” só pode ser analisada concretamente caso a caso, mediante um balanço dos interesses aparentemente conflituosos. Utilizamos aqui o termo “aparentemente”, porque não há como se verificar uma antinomia entre relações interdependentes, já que de nada adianta possuir emprego e moradia sem os elementos fundamentais à própria sobrevivência, como o solo, a água e o ar.

Talvez a maior dificuldade configure-se na avaliação das conseqüências futuras dos impactos ambientais e na valorização do direito das futuras gerações, que na maioria das vezes é desconsiderado sob o pretexto da necessidade de investimentos econômicos que garantam a subsistência da nossa geração.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Daí a terminologia: meio ambiente.

<sup>15</sup> Vide: Decreto nº 97.507/89, que dispõe sobre licenciamento de atividade mineral, o uso do mercúrio metálico e do cianeto em áreas de extração de ouro.

<sup>16</sup> SILVA, *Direito ambiental...*, p.32.

<sup>17</sup> Art.6º, da Constituição Federal

<sup>18</sup> Nesse sentido: Apelação Cível nº 532493, processo: 200070080011848, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, UF: PR, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler, Data da decisão: 22/04/2003, Data da publicação: 07/05/2003, publicado na RTRF-4º Nº 48/2003/82: ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IBAMA. INTERESSE NA LIDE. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Paraná, a fim de vedar a construção de rodovia entre a BR-277 e o Porto de Antonina. 2. A participação do IBAMA na lide pode se dar como simples interessado, na forma do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97, sendo possível, de ofício, determinar o correto posicionamento das partes na ação. 3. É desimportante a declaração judicial acerca da competência para licenciamento da obra, seja do órgão ambiental estadual, seja do federal, uma vez que a discussão foge aos limites da lide. 4. **O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.** 5. Manifesto potencial de poluição e degradação da obra impugnada, havendo indícios inclusive no sentido de que a rodovia pode ser construída sobre área de preservação permanente. 6. Imprescindibilidade da realização de prova pericial, de modo a instruir os autos com suporte probatório suficiente quanto ao real impacto da obra sobre a vegetação e os sítios arqueológicos da região, bem como no tocante à eficácia das medidas mitigadoras previstas no projeto. 7. Anulação da sentença, que indeferiu o pedido de prova pericial requerido pelas partes, julgando a lide antecipadamente, visto estar caracterizado o cerceamento de defesa. 8. Apelação do IBAMA parcialmente procedente. Prejudicada a apelação do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Estado do Paraná. (grifei)

Final, o relatório “*Nosso Futuro Comum*” (também conhecido como Relatório Brundtland), elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e aprovado pela ONU em 1987, propõe o seguinte conceito: “desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.”<sup>19</sup>

Enfim, não obstante os vários direitos sociais que direta ou indiretamente relacionam-se ao desenvolvimento econômico, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado obviamente sempre deverá prevalecer em detrimento dos interesses econômicos ou financeiros, pelo seu caráter de direito fundamental e em virtude do princípio limitador previsto no art. 170, inciso VI, da Constituição Federal.<sup>20</sup>

Na verdade, trata-se da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, já que a degradação ambiental não fere apenas um interesse coletivo, distante e longínquo, mas atenta contra interesses particulares concretos, prejudicando a vida em sociedade (ainda que a médio ou longo prazo), motivo pelo qual a proteção ambiental deve prevalecer como interesse geral da sociedade em detrimento da vontade do grupo teoricamente favorecido.<sup>21</sup>

Isso não significa, porém, o esvaziamento do postulado do “*desenvolvimento sustentável*”, que consiste justamente no atendimento das necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras suprirem suas próprias necessidades.

Na mineração, esse conceito revela-se através da utilização e da transformação dos elementos que compõem o meio ambiente, mediante a adoção de medidas preventivas, recuperatórias, compensatórias e mitigatórias dos danos ambientais a serem exigidas pelo órgão público competente quando da implementação de determinada atividade minerária.

<sup>19</sup> SOUZA, Petain Ávila de. A dimensão ambiental no planejamento da mineração: um enfoque empresarial. *Bahia Análise e Dados*, Salvador, v. 10, n. 4, mar. 2001, p. 282.

<sup>20</sup> Nesse sentido: **Acórdão: Agravo de instrumento 2002.000154-6, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Des. José Volpato de Souza, data da decisão: 05/11/2002: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - DECISÃO QUE ORDENOU A CESSAÇÃO DA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DE AREIA EM LEITO FLUVIAL - ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 57 E 87 DO CÓDIGO DE MINERAÇÃO - INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA LEI - DESMORONAMENTO DAS TERRAS PRÓXIMAS ÀS MARGENS DO RIO - PERIGO DE DANO À PROPRIEDADE PARTICULAR - PERIGO DE DANO IRREVERSÍVEL AO MEIO AMBIENTE - INDÍCIO DE PROVA QUANTO AO NEXO DE CAUSALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Dentro duma visão sistêmica e teleológica do ordenamento jurídico, devem os arts. 57 e 87 do Código de Mineração ser considerados de nenhuma operacionalização legal, por afrontarem as normas e princípios de proteção ambiental atualmente vigentes.** “Se o autor, a título de antecipação da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (§7º do art. 273 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 5.869/73). Podendo o risco da irreversibilidade decorrer tanto da concessão quanto do indeferimento da tutela antecipada, deve-se resguardar o direito preponderante, sendo indubitável que o direito difuso ao meio ambiente equilibrado prevalece sobre o direito patrimonial da empresa que exerce atividade de extração mineral. (grifei). Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=mineração+e+meio+ambiente>.

<sup>21</sup> MENDES, Murilo; VAZ, Paulo Afonso Brum. *Meio ambiente e mineração*. In: Apostila da Oficina de Trabalho sobre Mineração, realizada em 25 de maio de 2001, em Santa Cruz do Sul/RS, pelo Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, p.158.

#### **4. O DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL (DNPM) E O ÓRGÃO AMBIENTAL LICENCIADOR: COMPATIBILIZAÇÃO OU COOPERAÇÃO?**

Por se tratarem de recursos naturais não renováveis de valor econômico e estratégico, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal determina que os minerais, para efeito de exploração ou aproveitamento, pertencem à União.

Com isso, a pesquisa e a lavra somente podem ser executadas mediante autorização ou concessão do Ministério de Minas e Energia, através do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), autarquia criada para o fim específico de promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o Território Nacional.<sup>22</sup>

Isso não exclui, todavia, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais em seus territórios.<sup>23</sup>

Um exemplo disso é que, para tornar lícita a exploração mineral, atualmente a Portaria de Lavra expedida pelo Ministro de Minas e Energia não é mais suficiente. Para o aproveitamento econômico das jazidas, tanto a legislação minerária, quanto as normas ambientais, impõem a adoção de medidas de proteção do meio ambiente na concepção e na operação dos empreendimentos mineradores.

Desse modo, no momento em que a lavra for requerida mediante petição acompanhada do Plano de Aproveitamento Econômico da Jazida (PAE), este também já deverá prever o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD), que consiste basicamente no estudo técnico-econômico da lavra e do beneficiamento da substância mineral que ocorre na área pleiteada. Aprovados tais planos, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) despacha ao Ministério de Minas e Energia (MME) propondo a outorga da concessão da lavra por portaria.

Mas para isso, ainda se faz necessária a apresentação da Licença de Instalação (LI) emitida pelo competente órgão ambiental e, mesmo após a publicação da portaria de lavra pelo Ministério de Minas e Energia no Diário Oficial da União, exige-se a Licença de Operação (LO) para a efetiva exploração econômica da jazida.

Além disso, em obediência aos comandos constitucionais<sup>24</sup>, consciente dos impactos da mineração sobre os ecossistemas e preocupado com a efetiva proteção desses, o legislador brasileiro também conferiu ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) a competência para o exercício da fiscalização sobre o controle ambiental das atividades de mineração em articulação com os demais órgãos responsáveis pela defesa do meio ambiente.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> O Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, autarquia federal, criada pela Lei nº 8.876, de 02 de maio de 1994, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira, com sede e foro em Brasília, Distrito Federal e circunscrição em todo o Território Nacional. Disponível em: [http://www.dnpm.gov.br/s\\_natureza.htm](http://www.dnpm.gov.br/s_natureza.htm)

<sup>23</sup> Art. 23, inciso XI, da Constituição Federal

<sup>24</sup> Art. 170, VI e 225, da Constituição Federal

<sup>25</sup> art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.876/94

Contudo, como o direito ambiental é extremamente novato se comparado com o chamado direito minerário, muitas especulações surgem sobre os papéis a serem exercidos pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e pelo órgão ambiental licenciador.

Obviamente que a atribuição conferida ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) na defesa do meio ambiente não se confunde com o próprio licenciamento ambiental da atividade mineradora, já que somente os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) possuem legitimidade para tal.<sup>26</sup>

Todavia, isso não exclui a responsabilidade do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) em fiscalizar o cumprimento das normas ambientais e exigir a efetiva recuperação da área minerada, pois a própria Constituição Federal consagra a competência comum material de todos os entes federativos na proteção ao meio ambiente e no combate à poluição em qualquer de suas formas.<sup>27</sup>

Observa-se que, como se trata do poder de fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento da legislação ambiental, nos termos do art.23, inciso VI, da Constituição Federal, pouco importa quem seja o detentor do domínio sobre o bem ou o ente que legislou a respeito, pois tanto a União, como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não apenas podem, mas **devem** atuar na proteção do meio ambiente e no combate da poluição em qualquer de suas formas.<sup>28</sup>

Afinal, não se trata de “compatibilizar” a atuação do órgão ambiental com as funções privativas do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), mas sim de se aplicar, automaticamente e mesmo antes do advento de lei complementar, a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios imposta no art.23, parágrafo único, da Constituição Federal.

Mesmo assim, ainda há quem defenda a vinculação do órgão ambiental licenciador ao Plano de Aproveitamento Econômico da Jazida (PAE) aprovado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Tais argumentos sustentam a predominância das decisões desta autarquia federal sobre o licenciamento ambiental, sob a justificativa de que a licença ambiental é ato administrativo vinculado à outorga da exploração mineral e de que somente o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) teria competência para ordenar a paralisação ou não da atividade mineral que causar dano ao meio ambiente.<sup>29</sup>

Cumpra lembrar, porém, que mesmo se tratando, em tese, de ato vinculado, a licença ambiental na verdade é dotada de discricionariedade técnica, envolvendo juízo de experiência e não de valor. Por tal razão, não se pode aceitar que o órgão ambiental licenciador careça de poderes para rejeitar as soluções técnicas aprovadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e que apenas tenha legitimidade para “*exigir medidas técnicas mitigadoras ou*

<sup>26</sup> art.10, da Lei 6.938/81

<sup>27</sup> art.23, VI, da Constituição Federal

<sup>28</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.77.

<sup>29</sup> Nesse sentido: SOUZA, *Direito minerário...*, p.162-163.

*alternativas*” para minimizar o impacto ambiental decorrente da implantação do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) supracitado.

Não se trata de conferir ao órgão ambiental a competência para decidir sobre a concessão ou não da lavra, mas sim de garantir a eficácia do licenciamento ambiental como instrumento limitador de tolerância aos impactos ambientais.

Na verdade, a exigência legal do prévio licenciamento ambiental para a concessão de lavra é apenas um dos vários requisitos estipulados na lei minerária<sup>30</sup> e, mesmo com a obtenção deste, não se pode defender que o requerente possua o “*direito líquido e certo*” de minerar, pois o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) poderá não outorgar o título de lavra por critérios de conveniência e oportunidade devidamente justificados.<sup>31</sup>

Outro aspecto da Lei 7.805/89 que tem gerado inúmeras discussões é a possibilidade de suspensão temporária ou definitiva dos trabalhos de pesquisa ou lavra que causarem danos ao meio ambiente.<sup>32</sup>

Não obstante o art.18, da Lei 7.805/89 utilizar o termo “parecer do órgão ambiental competente”, tal manifestação não é meramente consultiva ou opinativa, mas sim decisória. Aliás, não é por outra razão que a regulamentação

<sup>30</sup> Art.3º e art.16, da Lei 7.805/89

<sup>31</sup> Nesse sentido: Acórdão: Apelação Cível em Mandado de Segurança 1998.018070-8, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Des. Luiz César Medeiros, data da decisão: 13/05/2002. EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR EM MATÉRIA AMBIENTAL - ARGUICÃO INACOLHIDA - ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO LÍQUIDO E CERTO À MINERAÇÃO - INOCORRÊNCIA - POTENCIAL RISCO DE SIGNIFICATIVO DANO AMBIENTAL - POSSIBILIDADE DE NÃO RENOVAÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL - INDENIZAÇÃO NÃO CABÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. A arguição de incompetência do Município para legislar em matéria ambiental não merece acolhida uma vez que, embora os recursos minerais pertençam à União (art. 20, inc. IX, da Constituição Federal) o Município tem competência para legislar no que diz respeito aos interesses locais, de modo a suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, incs. I e II, da Constituição Federal), o que restou observado no presente caso, haja vista o escopo dos instrumentos legais instituídos ser a preservação dos escassos mananciais de água que abastecem a região. 2. **Os institutos do direito adquirido e ato jurídico perfeito, a despeito de anterior concessão de licenças ambientais, não podem ser invocados para garantir à empresa a continuidade de atividade comprovadamente poluidora.** 3. Não se presta o mandado de segurança para discutir eventual direito à indenização por conta da revogação do ato que autorizou a exploração de atividade de extração mineral ou da expedição de norma que restringiu a área de prospecção e mineração.”(grifei) Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia.jsp?query=minera%C3%A7%C3%A3o+e+meio+ambiente>

<sup>32</sup> Art.18, da Lei 7.805/89 e art.20, do Decreto nº 98.812/90

<sup>33</sup> Nesse sentido:Acórdão: Agravo de Instrumento 2003.008999-3, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Des. Newton Trisotto, data da Decisão: 03/11/2003: “AMBIENTAL - PESQUISA E LAVRA DE MINERAIS - ARGILA E FELDSPATO - AUSÊNCIA DE LICENÇA - DANO AO MEIO AMBIENTE - TRABALHOS EMBARGADOS PELA POLÍCIA AMBIENTAL E PELA FATMA Comprovado que a pesquisa de minerais - in casu, argila e feldspato - causará danos ao meio ambiente, deve ser suspensa, **ainda que autorizada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral.**” (grifei)

Processo: 200001000002420, UF: MT, INQ - INQUERITO – 01000002420,Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Órgão Julgador: Corte Especial, Relator Juiz Luciano Tolentino do Amaral, data da decisão: 29/11/2001, data da publicação no Diário de Justiça: 04/02/02, p.49: “RECEBIMENTO DE DENÚNCIA - POSSÍVEL CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR SECRETÁRIO DE ESTADO - EXPEDIÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO ESTADUAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRELIMINAR ACOLHIDA.1. Prejudicada a preliminar de “prerrogativa de foro” do denunciado após questão de ordem levantada, vencido o relator que dava pela competência, em tese, deste TRF1 para processar e julgar crime praticado por Secretário de Estado. 2. A espécie não trata de mineração e sim, exclusivamente, de meio ambiente. **A licença objeto da denúncia é uma licença ambiental, não se confundindo em nada com uma concessão de lavra** (autorização para exploração de minérios definida no Código de Mineração - DI nº 227 de 28 de fevereiro de 1967). De todo modo, mesmo que assim não fosse, questão de mineração é matéria de competência comum (Estados e União), sendo somente de competência da Justiça Federal questões nas quais a União (autarquias ou empresas públicas) participar(em) da relação processual. 3. A questão, in casu, se refere a expedição de licenças ambientais para exploração de rocha quartzítica (produção de brita) em área que não está sob a tutela federal (reservas indígenas, parques nacionais, etc.). Expedição de licença ambiental é matéria de competência estadual,

deste dispositivo delega ao órgão ambiental competente o poder de suspender os trabalhos de pesquisa ou de lavra que causarem danos ao meio ambiente, segundo parâmetros estabelecidos nas normas ambientais.

Além disso, a suspensão da atividade que descumprir as medidas necessárias à preservação ambiental é penalidade listada no art.14, inciso IV, da Lei 6.938/81, cuja competência para a aplicação pertence aos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal que trata do regime minerário.

Cristalino está que a competência privativa do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) para a autorização de pesquisa e a concessão de lavra mineral é de cunho meramente patrimonial, isto é, o regime jurídico de aproveitamento dos recursos minerais não se sobrepõe ao licenciamento ambiental cujo objeto é absolutamente diverso daquele tutelado através das autorizações, permissões ou concessões outorgadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).<sup>34</sup>

Diante desse fato, não há que se falar em indenização a ser paga pelo Estado ao minerador que tem seu direito minerário desconstituído em virtude dos danos ambientais causados pela extração mineral<sup>35</sup>. Nessa hipótese, a paralisação definitiva da atividade e a supressão do respectivo título são justificadas pela predominância de um direito difuso e fundamental, superior ao interesse privado do titular da autorização de pesquisa ou concessão de lavra.<sup>36</sup>

Destaca-se, ainda, que as penalidades administrativas aplicadas pelo órgão ambiental são consequência da própria conduta do empreendedor, cuja responsabilidade pela adoção das medidas necessárias à recuperação do dano ambiental é objetiva, de modo que eventual autorização ou concessão do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) não tem o condão de eximilo da obrigação de reparar o meio ambiente degradado.<sup>37</sup> Por se tratar de bem de uso comum do povo de natureza difusa (art.225, da Constituição Federal), ao Estado não é somente vedado dispor em matéria ambiental, pois também é seu dever indeclinável (nas três esferas governamentais) agir na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em obediência ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

assim definida na legislação, e por consequência à Justiça Estadual compete dirimir eventuais conflitos de interesses a seu respeito, pois, diferentemente do que pretende afirmar o MPF, não há interesse absoluto da União em todas as questões que tratam de meio ambiente. Precedentes do STJ: (CC 31.759/MG, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, S3, DJ 12/11/2001, p. 126; CC 27.591/RO, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, S3, DJ 01/08/2000, p. 190; CC 30.540/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, S3, DJ 18/12/2000, p. 155; CC 27.848/SP, Rel. Min. AMILTON CARVALHIDO, S3, DJ 19/02/2001, p. 135). 4. Preliminar de incompetência da Justiça Federal acolhida. 5. Peças liberadas pelo Relator em 29 de novembro de 2001 para publicação do acórdão.”(grifei)

<sup>34</sup> Em sentido contrário: SOUZA, *Direito minerário...*, p.166-167.

<sup>35</sup> Trata-se de verdadeira mitigação do art. 42, do Decreto 227/67 (Código de Mineração) que dispõe: “A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.”

<sup>36</sup> Art.14, parágrafo primeiro, da Lei 6.938/81

<sup>37</sup> PIRACÉS, Roberto Ruiz. La responsabilidad por dano ambiental. *Revista Diplomacia*, jun./dic. 1995, p.61

Outra constatação associada à fiscalização estatal consiste na efetiva da internalização dos custos ambientais que ainda são majoritariamente externalizados, isto é, não são assumidos por aqueles que os geraram, resultando na responsabilização contingente de todos, por meio da responsabilidade do próprio Poder Público.<sup>38</sup>

Nesse ponto, cumpre salientar que os reflexos da responsabilidade ambiental dos entes públicos variam de acordo com a natureza da conduta: comissiva<sup>39</sup> ou omissiva<sup>40</sup>.

Quando o dano ambiental é causado por uma ação do Estado, não há o que se discutir: a responsabilidade é objetiva com base no art.14, parágrafo primeiro, da Lei 6.938/81 combinado com o art.3º, inciso IV, também da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, já que este último dispositivo conceitua o poluidor como sendo “a pessoa física ou *jurídica*, de direito *público* ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.”

<sup>38</sup> Nesse sentido, cumpre citar a seguinte jurisprudência: DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 28222

Processo: 199200261175 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data da decisão: 15/02/2000 Documento: STJ000407698 DJDATA: 15/10/2001 PÁGINA: 253 Relatora: Ministra ELIANA CALMON

<sup>39</sup> ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINERAÇÃO. DANOS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA UNIÃO. I - Inocorrência de cerceamento pelo indeferimento de prova, porquanto a responsabilidade do poluidor é objetiva, prescindindo da prova de culpa, constituindo-se o dano e o nexo causal fatos notórios conforme elementos comprobatórios encartados nos autos do inquérito civil público. II - Incidência do artigo 1518 do Código Civil que consagra a responsabilidade solidária dos causadores do dano. Possibilidade de regresso com fulcro no artigo 1524 do Código Civil. III - A responsabilidade civil da União na espécie segue a doutrina da responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão - “faute du service”. Hipótese em que provada a ineficiência do serviço fiscalizatório. Responsabilidade solidária do ente estatal com o poluidor. IV - Reconhecimento da improcedência da ação em relação ao Estado de Santa Catarina, pois, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a competência administrativa em relação às jazidas, minas e demais recursos minerais era privativa da União Federal, nos termos do artigo 168 da CF/67. A norma inserida na Lei n.º 6.938/81 conferindo competência ambiental aos Estados-membros deve ser interpretada em consonância com a Constituição. Hipótese em que restou comprovado que após 1988, o Estado de Santa Catarina, através da FATMA, teve intensa atuação em prol do meio ambiente. V - Não estando consagrada expressamente na lei vigente à época dos fatos a teoria da desconsideração da personalidade jurídica independente de culpa dos sócios das empresas, a improcedência da ação em relação aos sócios é medida que se impõe em face da ausência de prova da culpa lato sensu. VI - Improcedência da ação em relação à ré Nova Próspera S.A. pela aplicabilidade da Lei das Sociedades Anônimas que em seu artigo 233, parágrafo único, dispõe sobre a responsabilidade única do vendedor quando afastada a solidariedade através de contrato. Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 403277 Processo: 200104010162153 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 22/10/2002 Documento: TRF400086052 DJU DATA: 20/11/2002 PÁGINA: 407 DJU DATA: 20/11/2002 Relatora: JUIZA MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

<sup>40</sup> Art.37, parágrafo sexto, da Constituição Federal



Já no caso da omissão do Estado, como bem lembra Lúcia Valle Figueiredo, ainda que o texto constitucional consagre a responsabilidade objetiva do Estado<sup>41</sup>, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao ente público na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva, pois para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há que se avaliar (na hipótese de omissão), se era de se esperar a atuação do Estado.<sup>42</sup>

Este também é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>43</sup>:

*Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.*

Logo, somente se cogita da responsabilidade estatal por ato omissivo na hipótese de ilicitude. Como não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou do deliberado propósito de violar a norma (dolo), estamos diante da chamada responsabilidade civil subjetiva do Estado.

Ressalta-se que, mesmo em se tratando da chamada “culpa presumida” do ente público, com a conseqüente inversão do ônus da prova (sem o que o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo impossibilitado de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria), a responsabilidade do Estado por omissão não se transmuda em objetiva.<sup>44</sup>

Mas lamentavelmente, o que se denota, na prática da mineração, é que muitas vezes aqueles que exploram não assumem os custos ambientais e o Estado acaba arcando direta ou indiretamente com tal passivo.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) ou o Relatório de Controle Ambiental (RCA), o Plano de Controle Ambiental (PCA) e o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) atualmente são os instrumentos previstos na

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 24 fev. 2005.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.489.

<sup>43</sup> MELLO, *Curso de direito...*, p.491.

<sup>44</sup> Decreto nº 97.507, de 13 de fevereiro de 1989 - Dispõe sobre licenciamento de atividade mineral, o uso do mercúrio metálico e do cianeto em áreas de extração de ouro, e dá outras providências.

Art. 1º - As atividades, individual ou coletiva, que realizam extração mineral em depósitos de colúvio, elúvio ou aluvião, nos álveos (placers) de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários, chapadas, vertentes e altos dos morros utilizando equipamentos do tipo dragas, moinhos, balsas, pares de bombas (chupadeiras), bicas (“cobra fumando”) e quaisquer outros equipamentos que apresentem afinidades, deverão ser licenciados pelo órgão ambiental competente.

Parágrafo único - Será fixado, pelo órgão ambiental competente, prazo para o requerimento de licença das atividades em operação.

Art. 2º - É vedado o uso de mercúrio na atividade de extração de ouro, exceto em atividade licenciada pelo órgão ambiental competente.

§ 1º - Ficam igualmente vedadas as atividades descritas no art. 1º deste Decreto em mananciais de abastecimento público e seus tributários e em outras áreas ecologicamente sensíveis, a critérios do órgão ambiental competente.

legislação brasileira que objetivam garantir o cumprimento dessas obrigações pelo empreendedor, no sentido de evitar o passivo ambiental.

No entanto, a realidade brasileira comprova que, mesmo podendo ser considerado um grande avanço a criação de tais institutos, a aplicação desses ainda é falha, especialmente quando em jogo interesses econômicos e políticos de grande monta, inevitavelmente contrários e incompatíveis com a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 5. DA PROBLEMÁTICA DA EXPLORAÇÃO MINERAL EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Exemplo típico desses litígios entre os interesses tutelados pelo Direito Minerário e o Direito Ambiental encontramos nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 97.507/89<sup>45</sup> que dispõem sobre o licenciamento de atividade mineral em áreas de extração de ouro. Ocorre que, o referido decreto prevê a possibilidade de licenciamento da extração mineral em áreas de preservação permanente “*a critério do órgão ambiental competente*”, em contrariedade ao art.2º, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Federal).

Cumpra salientar que a extração de ouro não se caracteriza como atividade de utilidade pública<sup>46</sup> ou de interesse social a legitimar a supressão de vegetação em área de preservação permanente, mesmo através de autorização motivada do órgão ambiental competente em procedimento administrativo próprio.<sup>47</sup>

Desse modo, verifica-se verdadeiro excesso no poder regulamentar desse decreto minerário que legitima, inclusive, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade contra o aludido ato normativo federal.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Atualmente, há uma Proposta de Resolução final do CONAMA, aprovada na 4ª reunião do Grupo de Trabalho APP e Mineração, para determinar que as atividades de pesquisa mineral e lavra que atendam aos critérios e condições desta Resolução sejam reconhecidas de utilidade pública, para fins de supressão de vegetação em Áreas de Preservação Permanente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/F3F96568/PropResolAPPMinerFinalGTemendasSRHeDIREF11e0903.doc>

<sup>46</sup> Art.4º, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Federal)

<sup>47</sup> Art.102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

<sup>48</sup> EMENTA. Ação civil pública. Propositura pelo ministério público objetivando evitar as partes rés, continuassem a causar danos ambientais pela extração de minerais da classe ii, em áreas de proteção ambiental de abastecimento de água da região metropolitana de belém. Liminar concedida. Irresignação. Manejo do recurso de agravo de instrumento visando a reforma do decisum. Preliminar de impossibilidade de conhecimento do recurso, diante do descumprimento em tempo hábil do disciplinado no art. 526 do código de processo civil. Inaccolhida pelos fatos constantes neste acórdão. Há comprovação nos autos de que a atividade da ré - agravante de exploração mineral é absolutamente ilegal, além do que está a realizar extração de minerais de classe ii, em terrenos localizados na área de proteção ambiental dos mananciais de abastecimento de água de belém. Desrespeito ao estatuído no art. 6º do decreto estadual de nº 1.551/93. O despacho vergastado, certamente, não feriu o ordenamento jurídico ou ultrapassou os poderes gerais de cautela conferidos ao magistrado. Impende manter o status quo decorrente da concessão da liminar, com o prosseguimento do processo até final julgamento. Recurso conhecido, mas improvido. Decisão unânime. Tribunal de justiça do pará, agravo de instrumento nº 33849, 2ª câmara cível isolada, relatora: des. Osmarina onadir sampaio nery, d.J.:14/05/1998, Comarca: Ananindeua - PA. Disponível em: <http://www.Tj.Pa.Gov.Br/>

EMENTA: Agravo de Instrumento - Ação Civil Pública - Dano Ecológico - Mineração Carbonífera - Fóssil - Interesse Meta-individuais - Ação intentada pelo Ministério Público estadual - Legitimidade ativa caracterizada - Competência da Justiça Pública Estadual - Arguição Incidental de Inconstitucionalidade de Lei Municipal, dispondo sobre área de preservação - Inconstitucionalidade Rejeitada - Recurso que ataca medida liminar em ação civil pública - Existência dos pressupostos concessivos da antecipação vestibular da prestação jurisdicional - Agravo provido. Tratando-se de início de atividade de exploração de carvão fóssil, surge inarredavelmente o perigo de dano ao meio-ambiente, irreversível e de incontornáveis situações deletérias às condições vitais, daí advindo a faculdade conferida ao Magistrado, da tutela que seccione o mal radicalmente, até mesmo antes que se trave o debate processual, consoante as exposições do art. 12, da Lei nº 7.347, de 24.7.85. E ainda, consoante determina o disposto no art. 798 do CPC, **momento se a exploração mineralógica subterrânea se trava no subsolo de área declarada de preservação permanente por lei municipal.** Assim, legítima é a decisão do Juiz que se esteia em documentos, e neles firma a convicção da plausibilidade dos prejuízos referidos ao meio-ambiente, que ganham contornos de concretude, dada a sua liquidez, e certeza, que o leva a conceder liminarmente a antecipação da prestação jurisdicional, fundado nos pressupostos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*. (grifei) Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Acórdão: Agravo de Instrumento 10.496, Relator: Des. Anselmo Cerello, Data da Decisão: 06/08/1996. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>

Afinal, o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, estatui que ao Presidente da República compete, de forma privativa, expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Ora, se, como se asseverou, inexistente lei que albergue a permissividade da extração mineral em área de preservação permanente (pois esta inevitavelmente prejudica a função ambiental da área) e, pelo contrário, a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal Federal) proíbe o corte de espécies vegetais em áreas contempladas nas “*margens reservadas*” dos cursos d’água e no “*alto dos morros*”, falta suporte ao Decreto em questão para viabilizar suas regras, posto que se trata de ato sem o firmamento reclamado pelo texto constitucional.

Contudo, mesmo com a permanência do Decreto nº 97.507/89, o posicionamento jurisprudencial majoritário tem rejeitado a possibilidade de extração mineral em área de preservação permanente.<sup>49</sup>

Saliente-se que a retirada de terra em áreas de preservação permanente causa diferentes reflexos sobre o ambiente: a retirada da vegetação de forma não criteriosa, acelerando o processo erosivo; a redução na alimentação dos mananciais com o aumento da poluição das águas através de materiais em suspensão; a colmatagem da rede de drenagem aumentando o escoamento superficial e enchentes; o desmoronamento de encostas com acidentes muitas vezes fatais; a degradação visual da paisagem que integra o patrimônio de toda a sociedade, etc...<sup>50</sup>

Por outro lado, na esfera administrativa, muitos ainda são os exemplos de descon sideração dessas variáveis ambientais no momento da outorga da autorização de pesquisa ou concessão de lavra para atividades mineradoras, o que, além de gerar um passível ambiental de difícil recuperação, reflete a ineficácia da sistemática atual na prevenção dos danos ambientais.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> MOTA FILHO, Fernando de Oliveira; CHEN, Ana Regina Maciel Nunes. *Retirada de material nos morros da RMR para aplainamento, aterros e uso na construção civil*. Disponível em: <[http://www.sne.org.br/congresso/resumos/impactos\\_ambientais/252.htm](http://www.sne.org.br/congresso/resumos/impactos_ambientais/252.htm)>

<sup>50</sup> Um exemplo lamentável dessa realidade pode ser constatado no Município de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente no conjunto integrante da Serra da Tiririca, incluindo o Morro do Catumbi, região declarada como pertencente à Área de Proteção Ambiental (APA) das Lagunas e Florestas de Niterói e Zona de Preservação da Vida Silvestre – ZPVS (independente de também ser declarada como Área de Preservação Permanente e Parque Estadual) onde operava uma empresa de mineração que somente obteve a Portaria de Lavra por parte do Ministério de Minas e Energia dois anos e sete meses depois de criado por lei o Parque Estadual da Serra da Tiririca. A autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral, concedida anteriormente à Portaria de Lavra, por instrumento denominado Guia de Utilização, pouco representava, uma vez que não é competência exclusiva do referido órgão federal decidir sobre o licenciamento de exploração mineral, se considerarmos a necessidade de adequação do Regime de Pesquisa e Lavra à realidade da legislação ambiental federal, estadual e municipal. Vale destacar, ainda, que a Licença de Operação emitida pela Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (Feema), não foi renovada, o que deveria ter impedido administrativamente a concessão da Portaria de Lavra. O processo de autorização para exploração mineral circunstanciado pela mineradora foi fraudulento e pernicioso ao cumprimento da legislação vigente. Considerando o art. 16 da Lei Federal nº 7.805/89, a concessão de lavra concedida pelo Ministério de Minas e Energia apenas poderia ser dada com a renovação da Licença de Operação por parte da Feema e com parecer favorável da Fundação Instituto Estadual de Florestas – FIEF, órgão responsável pela gestão do Parque Estadual da Serra da Tiririca e manejo das florestas de domínio do Estado do Rio de Janeiro, o que não ocorreu. In: Proposta de Recomendação de Pedido de Cassação de Portaria de Lavra nº 266/94 do CONAMA. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/95F7176F/PropRecomendacaoCassaPortaria26694.doc>

<sup>51</sup> SALOMÃO, Elmer Prata Salomão. *O papel das empresas de consultoria e de serviços nos programas e projetos para o desenvolvimento da mineração de pequena escala* Disponível em: <[http://www.dnpm.gov.br/dnpm\\_legis/work130503.pdf](http://www.dnpm.gov.br/dnpm_legis/work130503.pdf)> (Discurso no Workshop realizado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Data: 13 maio 2003.)

## 6. A (IN)EFICÁCIA DA SISTEMÁTICA ATUAL: A CERTEZA DO DANO VERSUS A INCERTEZA DA RECUPERAÇÃO

No universo da produção mineral brasileira percebe-se uma enorme dicotomia: enquanto as grandes empresas, como, por exemplo, a Vale do Rio Doce e outras, são responsáveis por 5% das minas do Brasil e por 98% das exportações brasileiras, as pequenas empresas são responsáveis por 95% das minas do Brasil e participam com 2% das exportações.<sup>52</sup>

Conforme o que foi referido anteriormente, hoje, pode-se dizer que o exercício da atividade mineradora no País está basicamente condicionado a três instrumentos específicos de controle do Poder Público no que tange aos riscos potenciais de danos ao meio ambiente (resultantes da lavra ou da pesquisa com guia de utilização<sup>53</sup>): o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) ou o Relatório de Controle Ambiental (RCA)<sup>54</sup>, o Licenciamento Ambiental (LA), aí incluído o Plano de Controle Ambiental (PCA), e o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD).

Em tese, tais instrumentos são exigidos de todos os empreendimentos minerários, sejam eles considerados pequenos<sup>55</sup> ou grandes (porém, sempre levando-se em conta a natureza da substância mineral extraída e a graduação dos impactos ambientais produzidos), mas infelizmente o que se verifica no cotidiano é o predomínio da informalidade, especificamente no que se refere às mineradoras dotadas de menor poderio econômico e que atuam em mercados regionais.

A obtenção do Licenciamento Ambiental (LA) é obrigatória para a localização, instalação ou ampliação e operação de qualquer atividade de mineração objeto dos regimes de concessão de lavra, permissão de lavra garimpeira, licenciamento e pesquisa mediante guia de utilização, sendo que o Plano de Aproveitamento Econômico da Jazida (PAE), o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD)<sup>56</sup> e o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) ou o Relatório de Controle Ambiental (RCA) são documentos técnicos exigidos para a obtenção da Licença Prévia, cuja tramitação é concomitante ao do pedido de concessão de lavra.

Ademais, após as providências supracitadas, o empreendedor ainda deverá apresentar ao órgão ambiental licenciador o Plano de Controle Ambiental (PCA), que conterà os projetos executivos de minimização dos impactos ambientais avaliados na fase da Licença Prévia, para a obtenção da Licença de Instalação necessária ao Registro de Licenciamento ou à concessão da Portaria de Lavra junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e ao Ministério de Minas e Energia (MME). Somente depois do Registro de Licenciamento ou da

<sup>52</sup> Art.1º, da Resolução CONAMA nº09/90

<sup>53</sup> Art.3º, parágrafo único, da Resolução CONAMA nº10/90

<sup>55</sup> Segundo o Instituto Metas, tratam-se de empresas locais que não possuem gestão tecnológica, sendo que 59% dessas empresas têm menos de nove empregados e praticamente 80% delas têm menos de vinte empregados. SALOMÃO, op. cit.

<sup>56</sup> De acordo com o Decreto nº 97.652/89, os empreendimentos de mineração estão obrigados, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), a submeter o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) à aprovação do órgão estadual de meio ambiente competente. Esse plano contempla a solução técnica adequada, visualizado pela empresa de mineração, à reabilitação do solo degradado resultante da atividade de extração, para uso futuro.

Portaria de Lavra e da implantação dos projetos constantes no Plano de Controle Ambiental (PCA) é poderá ser expedida a Licença de Operação.

Através desse resumido relato, verifica-se o quanto é complexo o procedimento licenciatório de atividades minerárias. Mas o pior é que a experiência comprova que todo esse instrumental técnico-jurídico não tem sido suficiente para resguardar a recuperação dos danos ambientais face ao predomínio da informalidade dentre as pequenas mineradoras e diante do risco das empresas extinguirem-se ou até mesmo ficarem insolventes após a exploração de uma mina.

O constituinte de 1988, compactuando com os novos valores inseridos no nosso ordenamento jurídico a partir da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu no art.225, parágrafo segundo, da Constituição Federal, a obrigação constitucional da recuperação do meio ambiente degradado pela atividade mineradora, senão vejamos:

*Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

...

*Parágrafo segundo. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a **recuperar** o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.*

*Parágrafo terceiro. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, 1988)(grifei)*

O termo “recuperar” significa: recobrar, tornar a cobrar o perdido, adquirir novamente, reabilitar,...de modo que incumbe àquele que explorar os recursos minerais a obrigação de reabilitar a fertilidade do solo ou outros predicados positivos anteriormente existentes no local.<sup>57</sup>

Na busca pela efetividade do referido preceito constitucional, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) tem o indeclinável dever de permanentemente fiscalizar e impedir a cessão ou a transferência da propriedade e/ou gestão das minas a “empresas-fantasmas” ou que não tenham capacidade econômico-financeira de executar integralmente a recuperação das áreas mineradas, tanto que o art.176, parágrafo terceiro, da Constituição Federal dispõe que as “autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente”.<sup>58</sup>

Notoriamente, grande parte do insucesso na concretização do dispositivo constitucional supracitado deve-se ao fato de que, infelizmente, os procedimentos administrativos que tramitam nas administrações municipais, nos órgãos licenciadores ambientais e no Departamento Nacional de Produção Mineral

<sup>57</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 654.

<sup>58</sup> MACHADO, *Direito ambiental...*, p.638.

(DNPM) não são acompanhados de uma constante fiscalização *in loco* das atividades desenvolvidas na mina.

Sem a intenção de eximir o Poder Público de urgentemente solucionar essa problemática, seja através da necessária adequação dos seus recursos humanos e/ou mediante a fixação de novas normas de monitoramento e de auditoria ambiental a serem realizadas pelas próprias empresas mineradoras<sup>59</sup>, parecem-nos indispensável a adoção de novos instrumentos preventivos que garantam o custeio da recuperação ambiental antes mesmo da expedição de eventual certidão de viabilidade pelo Poder Público Municipal e da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) ou do Relatório de Controle Ambiental (RCA), isto é, na primeira fase: antes da obtenção da certidão do Poder Público Municipal declarando que local e a atividade estão de acordo com as normas e posturas do Município.

Portanto, urge que se proceda à revisão dos instrumentos existentes e à fixação de institutos novos, como por exemplo: os fundos, as auditorias ou os seguros ambientais.

Além disso, também se constata a necessidade da rápida adequação de procedimentos de licenciamento distintos, compatibilizando o nível de detalhamento exigido nos estudos ambientais com o porte, a localização e outras peculiaridades dos diferentes tipos de empreendimentos mineiros em função de suas particularidades, bem como a preemência na pacificação de critérios orientadores de competências de fiscalização e licenciamento, objetivando a agilização dos processos e a desoneração dos empreendedores das inconveniências decorrentes de superposição e conflitos nas exigências formuladas por diferentes órgãos.

Se, por um lado, a atividade minerária não apresenta, via de regra, muitas alternativas locacionais, a busca pela recuperação dos danos ambientais e a solução dos passivos ambientais gerados pela mineração são fenômenos globais e sem retorno, sendo que a prevenção destes é sempre o melhor remédio diante da certeza do dano.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** Os minerais, como quaisquer outros recursos naturais, também se classificam como “bens de natureza difusa” e ainda quando sujeitos à propriedade da União (conforme a previsão constitucional do art.20, inciso IX, da Constituição Federal) são protegidos pelas limitações expressas no ordenamento jurídico ambiental.

**7.2** Como a mineração consiste na exploração de recursos naturais não renováveis e de valor econômico, a normatização dessa atividade sempre deverá obedecer critérios que garantam não apenas o desenvolvimento econômico do País, mas principalmente a preservação do meio ambiente.

<sup>59</sup> MACHADO, *Direito ambiental...*, p.645.

**7.3** Não obstante os vários direitos sociais que direta ou indiretamente relacionam-se ao desenvolvimento econômico, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado obviamente sempre deverá prevalecer em detrimento dos interesses econômicos ou financeiros, pelo seu caráter de direito fundamental e em virtude do princípio limitador previsto no art.170, inciso VI, da Constituição Federal.

**7.4** A atribuição conferida ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) na defesa do meio ambiente não se confunde com o próprio licenciamento ambiental da atividade mineradora, já que somente os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) possuem legitimidade para tal. Todavia, isso não exclui a responsabilidade do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) em fiscalizar o cumprimento das normas ambientais e exigir a efetiva recuperação da área minerada, pois a própria Constituição Federal consagra a competência comum material de todos os entes federativos na proteção ao meio ambiente e no combate à poluição em qualquer de suas formas.

**7.5** Mesmo se tratando, em tese, de ato vinculado, a licença ambiental na verdade é dotada de discricionariedade técnica, envolvendo juízo de experiência e não de valor. Por tal motivo, não se pode aceitar que o órgão ambiental licenciador careça de poderes para rejeitar as soluções técnicas aprovadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e que apenas tenha legitimidade para “*exigir medidas técnicas mitigadoras ou alternativas*” para minimizar o impacto ambiental decorrente da implantação do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) supracitado.

**7.6** Não obstante o art.18, da Lei 7.805/89 utilizar o termo “parecer do órgão ambiental competente”, tal manifestação não é meramente consultiva ou opinativa, mas sim decisória. Aliás, não é por outra razão que a regulamentação deste dispositivo delega ao órgão ambiental competente o poder de suspender os trabalhos de pesquisa ou de lavra que causarem danos ao meio ambiente, segundo parâmetros estabelecidos nas normas ambientais.

**7.7** Verifica-se verdadeiro excesso no poder regulamentar dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 97.507/89 que dispõem sobre o licenciamento de atividade mineral em áreas de extração de ouro, pois o referido decreto prevê a possibilidade de licenciamento da extração mineral em áreas de preservação permanente “*a critério do órgão ambiental competente*”, em contrariedade ao art.2º, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Federal).

**7.8** Além do Poder Público investir em maior fiscalização das atividades minerárias, devem ser adotados novos instrumentos preventivos que garantam o custeio da recuperação ambiental antes mesmo da expedição de eventual certidão de viabilidade pelo Poder Público Municipal e da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) ou do Relatório de Controle Ambiental (RCA).

# **UM OLHAR SOBRE O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

*CAMILA PEIXOTO OLIVETTI REGINA*

Advogada e Mestre em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Oxford Brookes (Inglaterra); Membro da Associação dos Advogados Ambientalistas

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente texto tem como objetivo apresentar brevemente o sistema de solução de controvérsias no direito ambiental internacional e discutir alguns de seus problemas e falhas.

Os conflitos ambientais internacionais são complexos e envolvem questões que não são apenas diretamente relacionadas à proteção do meio ambiente, mas que também afetam áreas como disputas comerciais, direitos humanos, investimentos tecnológicos, entre outras. Os casos de direito ambiental internacional “puros” são raros e, conseqüentemente, as cortes internacionais, câmaras arbitrais bem como as vias diplomáticas de solução de controvérsias devem procurar solucionar os conflitos ambientais levando-se em consideração muitos aspectos de naturezas diferentes, o que acaba dificultando a produção de soluções política e ecologicamente corretas, justas e igualitárias.

Procura-se, por fim, apresentar uma possível solução para essa questão, de forma que o sistema de solução de controvérsias ambientais internacionais realize plena e eficazmente suas funções, quais sejam a de garantir a devida proteção ao meio ambiente e, ao mesmo tempo, manter a paz internacional.

## **2. ESTRUTURA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

Neste tópico, serão apresentadas as formas de solução de controvérsias no direito ambiental internacional. Basicamente, as disputas podem ser solucionadas através dos meios diplomáticos ou judiciais de solução de controvérsias, conforme se expõe a seguir.

### **2.1 Meios Diplomáticos de Solução de Controvérsias**

Os meios diplomáticos de solução de controvérsias são, basicamente, de três tipos: negociação, mediação e conciliação.



Os tratados de direito ambiental internacional normalmente fazem referência à necessidade das partes de recorrer à negociação e a outros métodos diplomáticos de solução de disputas antes de utilizarem as formas judiciais<sup>1</sup>. De fato, a técnica de negociação tem sido usada em uma série de disputas ambientais, seguindo a orientação dada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no “*Fisheries Jurisdiction Case*” (Reino Unido v Islândia), no qual a referida Corte determinou que a negociação era um método apropriado para solução de disputas e até elencou as condições sob as quais as futuras negociações deveriam ocorrer<sup>2</sup>.

Vários tratados também adotam a mediação<sup>3</sup> e a conciliação<sup>4</sup> como formas de solução pacífica de disputas. Em ambas as formas há a intervenção de uma terceira parte neutra que, no caso da mediação, atua como um participante ativo na troca de propostas entre as partes em conflito, e no caso da conciliação, assume um papel mais formal, investigando os detalhes do caso e fazendo propostas formais para a solução da disputa<sup>5</sup>.

## 2.2 Meios Judiciais de Solução de Controvérsias

Caso as partes em conflito prefiram uma decisão legal coercitiva e, portanto, com força de título executivo, elas podem optar pela arbitragem ou por uma corte internacional.

Arbitragem internacional é um método de solução de controvérsias no qual as partes escolhem um juiz arbitral para decidir a disputa, normalmente com base na lei. Tem-se observado que, recentemente, ao se discutir a elaboração de um tratado internacional, os Estados têm procurado incluir dispositivos estabelecendo tribunais arbitrais<sup>6</sup>, com o poder de adotar decisões finais e coercitivas<sup>7</sup>. Outros tratados<sup>8</sup> simplesmente mencionam a possibilidade de submeter as disputas à arbitragem, sem especificar detalhadamente como isso seria realizado.

No tocante às Cortes Internacionais, os Estados podem recorrer a cinco cortes importantes: a Corte Internacional de Justiça, a Corte Européia de Justiça, as

<sup>1</sup> Philip SANDS, *Principles of International Environmental Law*, p. 165. Como exemplos, Sands menciona: CITES (1973), Art. XVIII; Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL -1973/78), Art. 10; Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais (1972), Art. IX; Convenção Relativa a Proteção do Meio Ambiente Marinho da Área do Mar Báltico (1974), Art. 18 (1); Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), Art. 27 (1).

<sup>2</sup> “Fisheries Jurisdiction Case” [Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v Iceland) (Jurisdiction) ICJ Rep 1973].

<sup>3</sup> Philip SANDS, *Principles of International Environmental Law*, p. 165. Como exemplos, Sands menciona: Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e Recursos Naturais (1968), Art. XVIII; Convenção Européia para a Proteção de Animais Capturados para Fins Agrícolas (1976), Art. 10; Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), Art. 284 e Anexo V, Seção 1; Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), Art. 11 (2).

<sup>4</sup> Como exemplos, Sands (*ibid*) menciona: Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963), Protocolo Opcional Relativo à Solução Compulsória de Controvérsias, Art. III; Acordo sobre um Programa Internacional de Energia (1974), Art. 21; Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), Art. 11(4) e (5); Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), Art. 27 (4) e Anexo II, Parte 2; Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Modificação do Clima (1992), Art. 14(5) a (7).

<sup>5</sup> Philip SANDS, *Principles of International Environmental Law*, p. 166.

<sup>6</sup> Como exemplos, Sands (*ibid*) menciona: Convenção sobre o Alto Mar (1958), Arts. 9 a 12; Art. VIII e Capítulo II do Anexo da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo (1969).

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 169.

<sup>8</sup> Como exemplos, Sands (*ibid*) menciona: Convenção Relativa à Proteção do Meio Ambiente Marinho da Área do Mar Báltico (1974), Art. 18; Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), Art. 11.

cortes criadas pelos tratados regionais de direitos humanos, as cortes e tribunais criados pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) e o Sistema de Solução de Conflitos da Organização Mundial do Comércio (OMC).

### 3. PROBLEMAS DO SISTEMA DE CONTROVÉRSIAS DE DISPUTAS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS

Após termos apresentado, muito brevemente, um panorama do sistema de solução de controvérsias ambientais internacionais, faz-se necessário neste momento apontar alguns problemas intrínsecos a esse sistema.

Com relação aos meios diplomáticos de solução de disputas, mais especificamente a negociação, há que se notar que a mesma pode servir para atender interesses particulares bem como para legitimar práticas que não estão de acordo com as normas de Direito Ambiental Internacional<sup>9</sup>.

Mesmo quando as partes escolhem a via judicial para solução de disputas, a decisão final pode ser tal que acabe por incentivar as partes a negociar uma solução e, sendo assim, o aspecto negativo apontado acima permanece. No *“Advisory Opinion Concerning the Threat or Use of Nuclear Weapons”*<sup>10</sup>, a Corte Internacional de Justiça decidiu que negociações eram necessárias para trazer mais progresso para o desarmamento nuclear. Esta é uma decisão positiva, mas os efeitos da sugerida negociação, dependendo de como forem feitos os arranjos para a mesma, poderão ser negativos e até mesmo ilícitos ou ilegais, se pensarmos em uma situação hipotética extrema.

Ainda no tocante à via judicial, muitas vezes os tribunais optam por sugerir a negociação, quando na verdade poderiam ser mais incisivos e firmes, determinando uma solução legal para os casos que analisam. O *“Case Concerning the Gab ikovo-Nagyymaros Dam”*<sup>11</sup> acabou com um julgamento determinando que as partes buscassem uma solução através da negociação. Nessa ação, a Hungria arguiu que o tratado celebrado com a Eslováquia para construir uma série de represas hidroelétricas no Rio Danúbio não foi executado por uma série de razões, incluindo necessidade ecológica. A Hungria também alegou que a Eslováquia falhou ao desconsiderar os problemas ecológicos ou ao não fazer um adequado estudo de impacto ambiental. A decisão final, que determinou que as partes deveriam buscar a solução através da negociação, é um reflexo de como os tribunais judiciais estão despreparados para determinar uma solução para problemas ambientais internacionais. O direito ambiental internacional não mais se concentra somente na reparação de danos ambientais, mas preocupa-se também com o controle e na prevenção dos mesmos, bem como no uso sustentável dos recursos naturais e dos ecossistemas. Este novo enfoque necessita de um sistema jurídico mais sofisticado, que não baseie-se apenas em reclamações judiciais para repa-

<sup>9</sup> Patricia BIRNIE & Alan BOYLE, *International Law & The Environment*, p. 181.

<sup>10</sup> *Advisory Opinion on the Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, ICJ (Corte Internacional de Justiça) Rep. (1996).

<sup>11</sup> *Gabcikovo-Nagyymaros Dam Case (Hungria vEslováquia)* ICJ (Corte Internacional de Justiça) Rep. (1997).

ração de danos, mas que consiga fazer com que as normas de direito ambiental internacional sejam implementadas e efetivamente obedecidas<sup>12</sup>.

Em 1993 a Corte Internacional de Justiça criou uma câmara especial para ações ambientais, a qual é composta por sete juizes<sup>13</sup>. Até hoje, nenhuma ação foi impetrada perante essa câmara, provavelmente por duas razões: em primeiro lugar não estão claras as vantagens dessa câmara especial sobre os trâmites originários da Corte Internacional de Justiça, uma vez que as partes não escolhem os juizes e os juizes não são necessariamente “experts” em direito ambiental internacional; em segundo lugar, não é fácil identificar uma ação puramente ambiental. O “*Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Dam*”, por exemplo, diz respeito tanto a direito dos tratados, curso internacional de águas, responsabilidade do Estado, sucessão estatal quanto ao direito ambiental internacional. A Corte decidiu que o tratado deveria ser interpretado e executado sob a luz do direito costumeiro internacional, incluindo novos direitos ambientais. De acordo com essa decisão, na aplicação de normas de direito internacional que tratem especificamente de problemas ambientais deve-se considerar também outros direitos costumeiros bem como desenvolvimento sustentável, direitos humanos, curso internacional de águas, direito marítimo, conflito armado ou até mesmo livre comercio.

Com relação às outras cortes internacionais, tanto a Corte Européia de Justiça como a da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar tem escopo limitado, o que, conseqüentemente, limita a gama de disputas ambientais internacionais que possam ser resolvidas por essas cortes. A Corte Européia de Justiça lida apenas com disputas surgidas na Europa, e o sistema compulsório de solução de disputas da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar somente resolve certas disputas expressamente previstas nesta Convenção e relacionadas à proteção do mar.

As decisões da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>14</sup> cuidam bem e de forma justa, das questões comerciais, mas a corte dessa organização não concentra-se nos aspectos ambientais. Um dos mais importantes casos analisados por essa corte é o “*Tuna-Dolphin Case*”<sup>15</sup>, que pode ser assim resumido: o atum sempre nada em níveis mais profundos do que os dos golfinhos; em razão disso, durante a pesca do atum, golfinhos ficam presos nas redes e, conseqüentemente, morrem se não forem libertados. Com o intuito de proteger os golfinhos, os Estados Unidos estabeleceram políticas nacionais que determinavam certos padrões

<sup>12</sup> Como bem apontam Birnie & Boyle (Patricia BIRNIE & Alan BOYLE, *International Law & The Environment*), são necessárias três condições para que um sistema jurídico implemente bem o direito ambiental internacional. A primeira é a de que esse sistema deve ser capaz de fazer com que as obrigações de controle de poluição, de conservação dos recursos naturais, de gerenciamento de risco e de cooperação sejam cumpridas. Em segundo lugar, tem que haver uma resposta apropriada da comunidade aos problemas de coercividade e de cumprimento das leis, bem como um reconhecimento de que essa perspectiva em que a aplicação dos direitos ambientais é feita somente pelos Estados onde houve danos ambientais e somente após a ocorrência do evento que causou o dano é inadequada para a assegurar a implementação de bons parâmetros regionais e globais de proteção ao meio ambiente. Em terceiro lugar, é muito importante que se crie remédios preventivos para o dano ambiental, que quase sempre é sutil, cumulativo e se manifesta após um longo período de tempo.

<sup>13</sup> Patricia BIRNIE & Alan BOYLE, *International Law & The Environment*, p. 224.

<sup>14</sup> Em 1994, o acordo que criou a Organização Mundial do Comercio também estabeleceu um sistema de solução de disputas próprio para essa organização, com tribunais especializados, uma instancia para recursos e uma corte arbitral para solucionar disputas comerciais, as quais muitas vezes envolvem questões ambientais. (Birnie & Boyle, 2003).

<sup>15</sup> Tuna/Dolphin Case (Estados Unidos v Mexico) (1991).

que deveriam ser obedecidos na pesca do atum. Passaram, ainda, a recusar toda importação de atum que tivesse sido originada em países que não adotassem esses mesmos padrões. Em 1991 o México protocolizou uma ação junto a OMC, perante o sistema de solução de disputas do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT<sup>16</sup>, reclamando dessa medida adotada pelos Estados Unidos. O relatório final declarou que os Estados Unidos não poderiam embargar importações de atum do México simplesmente porque as normas mexicanas sobre a pesca do atum não satisfaziam os padrões americanos. De acordo com os dispositivos do GATT os Estados Unidos são obrigados a dar ao atum mexicano um tratamento não menos favorável do que o que é dado ao atum americano<sup>17</sup>.

É fácil notar que a proteção do meio ambiente não foi a questão mais importante a ser considerada na decisão final neste caso. Pelo contrário, o esforço dos Estados Unidos para proteger os golfinhos foi ignorado e a disputa foi julgada considerando-se apenas os aspectos comerciais. É claro que isso não significa que a decisão foi errônea; na verdade, ela está totalmente de acordo com as normas comerciais. Isso significa que a OMC não é uma corte própria para lidar com questões ambientais

<sup>16</sup> A sigla GATT - General Agreement on Tariffs and Trade - denomina o organismo internacional que visa propiciar a redução de obstáculos ao comércio entre as nações.

<sup>17</sup> De acordo com Rao (*ibid*), outro importante caso ambiental/comercial é o “Shrimp/Turtle Case” (WT/DS58/RW). Nesse caso, Índia, Paquistão e Tailândia propuseram uma ação conjunta em 1997 contra um embargo imposto pelos Estados Unidos na importação de certos tipos de camarão. Esse embargo foi imposto porque aqueles três países não demonstraram que os seus métodos de pesca de camarão não ofereciam perigo para as tartarugas. O painel do GATT considerou que o embargo era inconsistente com o artigo XI do GATT e não poderia ser justificado pelo artigo XV.

Artigo 11) 11.1 - Caso solicitados, os membros assessorarão outros Membros, em especial países em desenvolvimento Membros, na preparação de regulamentos técnicos.

11.2 - Caso solicitados, os Membros assessorarão outros Membros, em especial países em desenvolvimento Membros, e a eles prestarão assistência técnica em termos e condições mutuamente acordados em relação à criação de instituições de normalização nacionais e sua participação em instituições de normalização internacionais, bem como encorajarão suas instituições de normalização nacionais a fazer o mesmo.

11.3 - Caso solicitados, os Membros tomarão as medidas razoáveis a seu alcance para que as instituições regulamentadoras existentes no seu território assessorem outros Membros, em especial países em desenvolvimento membros, e a eles prestarão assistência técnica em termos e condições mutuamente acordados no que se refere:

11.3.1 - à criação de instituições regulamentadoras, ou de instituições para avaliação de conformidade com regulamentos técnicos; e

11.3.2 - aos métodos que melhor permitam cumprir seus regulamentos técnicos.

11.4 - Caso solicitados, os Membros tomarão as medidas razoáveis a seu alcance para que seja prestado assessoramento a outros Membros, em especial países em desenvolvimento Membros, e a eles prestarão assistência técnica em termos e condições mutuamente acordados no que se refere à criação de instituições para avaliação de conformidade com normas adotadas no território do Membro solicitante.

11.5 - Caso solicitados, os Membros assessorarão outros Membros, em especial países em desenvolvimento Membros, e a eles prestarão assistência técnica em termos e condições mutuamente acordados no que se refere às medidas que seus produtos tenham que adotar se desejarem ter acesso a sistemas de avaliação de conformidade operados por instituições governamentais ou não governamentais existentes no território do Membro solicitado.

11.6 - Caso solicitados, os Membros que são membros ou participantes de sistemas de avaliação de conformidade internacionais ou regionais assessorarão outros Membros, em especial países em desenvolvimento Membros, e a eles prestarão assistência técnica em termos e condições mutuamente acordados no que se refere à criação das instituições e do quadro jurídico que permitam cumprir as obrigações decorrentes da condição de membro ou de participante de tais sistemas.

11.7 - Caso solicitados, os Membros encorajarão as instituições em seu território que sejam membros ou participantes de sistemas internacionais ou regionais de avaliação de conformidade a assessorar outros Membros, em especial países em desenvolvimento Membros, e deveriam examinar suas solicitações de assistência técnica no que se refere à criação das instituições que permitiriam às instituições pertinentes existentes em seus territórios cumprir as obrigações decorrentes da condição de membro ou participante.

11.8 - Ao prestar assessoramento e assistência técnica a outros Membros nos termos dos parágrafos 1 a 7, os Membros darão prioridade às necessidades dos países de menor desenvolvimento relativo Membros.

Artigo 15) 15.1 - Não poderão ser feitas reservas em relação a quaisquer disposições do presente Acordo sem o consentimento dos demais Membros.

Outra questão importante é o foco antropocêntrico adotado em muitos acordos multilaterais e internacionais<sup>18</sup>, políticas, julgamentos e movimentos relacionados ao meio ambiente. Esse foco antropocêntrico reforça a idéia de que o meio ambiente e os recursos naturais não têm valor por si próprios; o que interessa é a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais somente para que o homem possa usufruir de um ambiente equilibrado, saudável e de qualidade. Ou seja, para essa corrente, a razão única pela qual deve-se conservar e preservar o meio ambiente é a de que o homem precisa de um ambiente de qualidade. Há vários argumentos contra esse antropocentrismo<sup>19</sup>, mas o grande problema do efeito causado pelo foco antropocêntrico nas questões ambientais é o de que isso significa que a proteção do meio ambiente é necessária somente para o benefício dos seres humanos, e isso acabaria com o intrínseco valor das outras espécies e do meio ambiente como um todo.

Outra questão que se deve discutir é a respeito de quem tem o direito de propor uma ação de direito ambiental perante uma corte internacional. Em princípio, esse direito somente pode ser exercido pelos Estados vítimas de algum dano ambiental. Sendo assim, indivíduos e comunidades não podem colocar-se perante uma corte internacional e exigir a proteção de seus direitos ambientais. Em decorrência disso, a proteção jurídica de áreas comuns como os altos mares, a camada de ozônio ou o clima global fica comprometida, vez que é possível que nenhum Estado resolva patrocinar uma ação para a proteção dos mesmos. Logo, se os Estados não se interessarem pelas causas ambientais dessas áreas, não haverá proteção jurídica para as mesmas. Portanto, é crucial que seja dado às comunidades locais e às Organizações Não Governamentais (ONGs)<sup>20</sup> o direito de poderem propor

<sup>18</sup> Um dos exemplos mais notáveis é a Declaração das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano, de Estocolmo (1972): Princípio 1 – “O homem tem o direito fundamental a liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para a presente e futuras gerações. A tal respeito, as políticas de promover e perpetuar o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e suas outras formas, e a dominação estrangeira, ficam condenadas e devem ser eliminadas.”

<sup>19</sup> Os argumentos contrários podem ser encontrados nas seguintes obras: Patricia BIRNIE & Alan BOYLE, *International Law & The Environment*, p. 179; e BOYLE & ANDERSON, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, 1996.

<sup>20</sup> Recentemente a Corte Europeia de Justiça julgou uma disputa entre o Greenpeace e a Comunidade Europeia e em sua decisão final foi decidido que o Greenpeace não tinha *locus standi* perante essa corte de justiça. Essa decisão é significativa, mesmo que de forma negativa, porque ela limita o direito de indivíduos e de grupos de interesses públicos de defender os interesses ambientais que forem ameaçados ou danificados por instituições europeias. [Caso numero C-321/95P (Greenpeace v Commission of the European Communities) Regional Policy 1998].

Nesse contexto é importante mencionar o papel desempenhado pelas ONGs. No campo do Meio-Ambiente, as ONGs se tornaram proeminentes participantes na negociação e implementação de tratados internacionais ambientais. Como exemplo, podemos lembrar que elas participaram ativamente das negociações para a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Modificação do Clima (1992), e para o Protocolo de Quioto (1997), ocasiões em que elas distribuíram informações, prepararam posições acordadas entre si a respeito de alguns assuntos bem como escreveram rascunhos de textos para os próprios governantes.

Alem disso, as ONGs desempenham um papel importante no processo de participação e acesso à justiça declarado expressamente pelo Princípio 10 da Conferencia das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO-92 (Princípio 10 da Declaração do Rio (1992): “A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.”). A participação das ONGs tem crescido muito a nível local, regional e nacional nas atividades de desenvolvimento e conservação, exercendo vários papéis incluindo educação ambiental e levantamento de fundos junto ao publico. As ONGs tem prestado assistência na criação e implementação de políticas ambientais, bem como determinando especificações para as EIAs (Estudos de Impacto Ambiental). Ademais, elas têm estabelecido serviços de apoio legal a cidadãos, outras ONGs e também às comunidades locais no exercício do seu direito de participação e acesso à justiça garantido pelo Princípio 10 da ECO-92.

uma ação judicial de direito ambiental perante uma corte internacional para que o direito ambiental internacional seja efetivo, completo e justo, bem como para que a proteção do meio ambiente seja feita considerando-se os interesses ambientais, e não apenas os interesses humanos.

#### **4. A SOLUÇÃO ESTARIA NUMA CORTE ESPECIALIZADA?**

Os problemas ambientais internacionais envolvem várias questões e são complexos. Entretanto, conforme mencionado anteriormente, uma corte generalista como a Corte Internacional de Justiça não está capacitada para julgar justamente uma disputa de direito ambiental uma vez que tais disputas requerem infraestrutura e recursos que essa Corte não possui, especialmente por causa da falta de conhecimento relevante, já que os juizes não são necessariamente “*experts*” em matérias ambientais.

Por outro lado, casos recentes apresentados para a Corte Internacional de Justiça mostram que as questões ambientais propostas a essa corte não poderiam ser julgados isoladamente, sem se considerar matérias de direito internacional em geral. Até mesmo as cortes especializadas como a da OMC podem ter que decidir questões ambientais dentro do curso normal de suas atividades. Uma corte internacional ambiental poderia tanto monopolizar essa área como ter seu foco distorcido em função da sua super especialização, pelo que a OMC tem sido criticada.

Como já mencionado, o caso ambiental “puro” é muito raro. Assim, a solução de disputas ambientais também envolve outras questões como investimentos, comércio, desenvolvimento sustentável, direitos humanos, curso internacional de águas, direito do mar, conflito armado e direito costumeiro.

Se uma corte especializada não é a solução, pelo risco de se tornar “super especializada” e considerar apenas os aspectos ambientais quando for solucionar as eventuais controvérsias, a criação de um órgão internacional ambiental poderia ser precisamente a almejada solução. Esse órgão poderia ter o poder de rever as decisões das cortes internacionais, no tocante à parcela dessas decisões que se referissem ao meio ambiente. Ademais, esse órgão poderia ser consultivo, aberto para todas as cortes e órgãos com poderes decisivos. Teria, também, a função de conselho, o que poderia ajudar a desenvolver o conhecimento em matérias ambientais e harmonizar as decisões nesse campo, ajudando, conseqüentemente a desenvolver a consistência do direito ambiental como um todo. Além disso, esse órgão poderia ser invocado se os princípios de aplicabilidade universal, como os da Conferencia das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO-92, e outros tão importantes quanto para o direito ambiental internacional fossem desrespeitados. Ademais, poderiam se valer desse órgão não só os Estados, mas também comunidades afetadas e indivíduos.

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** Os conflitos ambientais internacionais são complexos e envolvem questões que não são apenas diretamente relacionadas à proteção do meio ambiente, mas que também afetam áreas como disputas comerciais, direitos humanos, investimentos tecnológicos, entre outras, e isso acaba dificultando a produção de soluções política e ecologicamente corretas, justas e igualitárias.

**5.2** Conforme foi demonstrado no corpo desse texto, os problemas do sistema de solução de controvérsias ambientais internacionais são vários, e a solução para eles não é a criação de uma corte internacional especializada.

**5.3** Talvez a criação de um órgão como o proposto acima possa pelo menos ajudar a amenizar tais problemas, de forma que o direito ambiental internacional passe a considerar não apenas os direitos e obrigações dos Estados individualmente considerados, mas também os interesses da humanidade como um todo.

**5.4** Além disso, é fundamental para a implementação de um direito ambiental internacional de qualidade e justo que todos os Estados, as partes, os juizes, árbitros e a comunidade internacional em geral tenham em mente a noção de desenvolvimento sustentável, que é parte do direito internacional moderno em razão não só da sua intrínseca necessidade, mas também por sua grande receptividade e aceitação por parte da comunidade global. Ademais, é necessária a consideração de todos os aspectos que envolvem as disputas ambientais quando da formulação de suas resoluções.

**5.5** A resolução de disputas ambientais envolve muitas questões, e todas elas devem ser levadas em consideração, mas a solução deve ser tal que, acima de tudo, preserve e proteja o meio ambiente.

# **RELEVÂNCIA DAS PRAÇAS PÚBLICAS AO DIREITO AMBIENTAL**

## ***CARLOS EDUARDO LEVY***

Advogado e ambientalista em Londrina-PR.  
Presidente da Comissão de Meio Ambiente da  
OAB – Subseção Londrina. Membro pelas associações  
ambientalistas do Conselho Municipal de  
Meio Ambiente de Londrina

## ***CAMILLO KEMMER VIANNA***

Advogado em Londrina-PR. Coordenador do Grupo de  
Estudos em Direito Ambiental da ong Meio Ambiente Equilibrado

## ***MARIANO CASANOVA THOME***

Advogado em Londrina-Pr. Presidente da Associação  
Ambientalista Bandeira Verde, com sede em Londrina-PR

## **1. INTRODUÇÃO**

A Comissão de Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil – subseção Londrina promoveu reuniões durante o ano de 2004 com diversos órgãos públicos e instituições com o objetivo de traçar um panorama da situação ambiental na cidade.

Uma das constatações foi a de que praças públicas estavam ano a ano cedendo lugar a empresas e áreas institucionais, através de leis municipais que desafetavam as áreas do uso comum do povo, e permitiam alienação ou doação.

Para aumentar a surpresa dos integrantes da Comissão, através de consulta a outros municípios, verificou-se que o mesmo procedimento não tem atingido somente o município de Londrina, mas sim é um grave problema ambiental de âmbito nacional.

A partir da constatação, a Comissão passou a estudar e resumir os dados sobre praças no presente artigo, publicado no jornal bimestral novembro/dezembro de 2004 da OAB – Subseção Londrina. Após, procedeu um levantamento de todas as áreas destinadas a praças públicas que haviam sido desafetadas no último ano (2004), encaminhado ao Ministério Público. Em uma primeira providência efetiva,



ingressou com Ação Civil Pública para recuperação de uma praça que estava sendo irreversivelmente degradada para construção de um barracão industrial, obtendo liminar e cessando a obra, até final sentença.

## 2. HISTÓRICO E FUNÇÃO DAS PRAÇAS E ÁREAS VERDES

O ilustre jurista José Afonso da Silva<sup>1</sup> destaca a função histórica das áreas verdes (praças e jardins), na antigüidade, destinavam-se essencialmente ao uso e prazer de imperadores e sacerdotes. Na Grécia tais espaços foram ampliados não só para passeios, mas também para encontros e discussão filosófica. Na Idade Média, as áreas verdes são formadas no “interior das quadras” e depois desaparecem com as edificações em decorrência do crescimento das cidades. No Renascimento, “transformam-se em gigantescas cenografias, evoluindo, no Romantismo, como parques urbanos e lugares de repouso e distração dos cidadãos”.<sup>2</sup>

Com o surgimento das indústrias e o crescimento das cidades, os espaços verdes deixaram de ter função apenas de lazer, mas passaram a ser uma necessidade urbanística, de higiene, de recreação e de preservação do meio ambiente urbano. A Carta de Atenas, citada por Le Corbusier, exigiu que “todo bairro residencial deve contar com a superfície verde necessária para a ordenação dos jogos e desportos dos meninos, dos adolescentes e dos adultos”, e que as “novas superfícies verdes devem destinar-se a fins claramente definidos: devem conter parques infantis, escolas, centros juvenis ou construções de uso comunitário, vinculados intimamente à vivenda”.<sup>3</sup>

Também no Brasil, a praça está entre os mais importantes espaços públicos urbanos, desde os tempos da Colônia. De terreiro pobre a jardim sofisticado, de simples campo de jogos a complexo centro poliesportivo, a praça é um ponto de convergência para a população, local de lazer, encontros, comércio, eventos políticos, entre muitas outras atividades, em sintonia com as mudanças da vida social e envolvendo valores ambientais, funcionais, estéticos e simbólicos.<sup>4</sup>

Os espaços verdes nos centros urbanos, além da relevância ambiental, sanitária, estética e cultural, são destinados ao lazer e à recreação. Pode-se conceituar *lazer*<sup>5</sup> como sendo o tempo livre, a folga, o descanso, e *recreação*<sup>6</sup> como sendo o divertimento, o prazer, a ocupação agradável que visa o entretenimento. Aí incluem-se os bosques, as praias, os jardins, os parques, as praças de esportes, os campos de futebol. Os espaços destinados à comunidade são denominados equipamentos urbanos.

Do ponto de vista político, tais áreas devem atender às necessidades da comunidade local, tendo-se em vista ser a única opção das pessoas mais carentes.

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>2</sup> SILVA, op. cit., p. 246.

<sup>3</sup> Apud SILVA, op. cit., p. 247.

<sup>4</sup> MACEDO, Silvio Soares. *Praças Brasileiras*. Edusp/Imprensa Oficial SP, São Paulo, 2002.

<sup>5</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1995, p. 388.

<sup>6</sup> FERREIRA, op. cit., p. 555.

Com a criação dessas áreas, com certeza, as crianças e adultos terão onde se divertir. Nos bairros mais pobres, onde o crescimento se deu de maneira desordenada, não há opções para as crianças se desenvolverem como cidadãos.

O Direito Urbanístico, diante disso, passou a se preocupar com os espaços verdes nas cidades. Através do zoneamento tenta-se impedir ou reduzir as áreas edificantes, disciplinando os espaços e preservando o meio ambiente. É nos planos diretores das cidades que se procura disciplinar os espaços para cada tipo de ocupação, regulando o uso e o parcelamento do solo.

Procura-se também ampliar estes espaços com a criação de jardins, praças e de cinturões verdes com o intuito de minimizar ou separar as zonas industriais das zonas residenciais (art. 2º, § 1º, III, e art. 3º, § único, II, da Lei 6.803, de 02.07.80, que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição).

### 3. URBANISMO E DIREITO URBANÍSTICO

Urbanismo, segundo Hely Lopes Meirelles, “é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”<sup>7</sup>. A palavra urbanismo originou-se do latim *urbs*, que pode ser traduzido por cidade. Foi com o crescimento das cidades que a urbanização se desenvolveu e se fez necessário estabelecer regras disciplinadoras e delimitadoras dos espaços habitáveis e não habitáveis.

Um dos princípios fundamentais do Direito Urbanístico é o princípio da função social da propriedade. Este princípio é citado, por diversas vezes, pela Constituição Federal (art. 5º, XXIII, art. 156, § 1º, art. 170, II, art. 182, caput, art. 184, caput, art. 185, parágrafo único, e art. 186). É, sem dúvida, uma limitação ao direito de propriedade, devendo a propriedade exercer uma função social e não somente individual. A propriedade privada não pode ser utilizada inadequadamente.

Este princípio deve estar em consonância com a necessidade também de proteger o meio ambiente. Princípio este previsto no art. 225, caput, da CF, que dispõe: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Incumbe ainda ao Município definir “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (art. 225, § 1º, III, da CF).

Vê-se, pois, que o Município tem à sua disposição muitos instrumentos para a proteção do meio ambiente. Júlio César de Sá Rocha apresenta os seguintes instrumentos:

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1977. p. 285.

*“a ação fiscalizatória da polícia administrativa (poder de polícia), o zoneamento ambiental e urbanístico, o parcelamento, o uso e ocupação do solo urbano, o loteamento, os índices urbanísticos, restrições de uso de veículos automotores em determinadas vias públicas ou dias definidos, a proteção do patrimônio histórico-cultural, a construção e preservação de praças e áreas livres, o consórcio de Municípios e o estabelecimento de uma política de implantação e preservação de espaços ambientais territorialmente protegidos (espaços verdes)”*.<sup>8</sup>

#### **4. LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO E ESTATUTO DA CIDADE**

A Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979 regulou o parcelamento do solo urbano, e a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 deu vigência ao Estatuto da Cidade.

Nestes dois instrumentos legais é possível encontrar elementos que estabelecem princípios e normas concernentes à criação e manutenção das praças públicas, tendo em vista sua imprescindibilidade para o bom desenvolvimento das cidades, como bem propiciador de qualidades ambiental, urbanística e de bem-estar para os cidadãos.

Neste sentido, é necessário considerar que as cidades detêm uma função ativa na qualidade do desenvolvimento social, impondo ao administrador público o ônus de respeitar o que hodiernamente vem sendo denominado de FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE.

Vinicius Marins destaca esta realidade sócio-cultural, registrando tal função estabelecida pelo Estatuto da Cidade:

*“(...) a Lei 10.257/2001 veio aconselhar uma nova concepção do uso do solo urbano, em que a propriedade apareça redefinida em seu conteúdo, em função da necessidade premente de disciplinar, ordenar o assentamento humano nas cidades.*

*(...)*

*E isto porque hodiernamente já não se fala apenas em função social da propriedade, mas, muito mais do que isso, em função social da cidade, como garantia do bem-estar de seus habitantes. Claro que as tais funções sociais decorrem da função de cada de propriedade, por isso que será obtida através de uma política de desenvolvimento urbano adequada, que garanta o bem-estar de cada um dos habitantes e de todos, conjuntamente. Justamente neste contexto que se insere o tardio Estatuto da Cidade, como principal diretriz normativa no intuito de adequar a concreta ordenação urbanística aos parâmetros constitucionalmente dispostos.”*<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ROCHA, Júlio César de Sá. *Função ambiental da cidade - Direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 32-33.

<sup>9</sup> MARINS, Vinicius. *O Estatuto da Cidade e a constitucionalização do Direito Urbanístico*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 223, 16/02/04. <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4806](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4806)>. Ac. em: 28/01/05.

Tal função compreende, entre outros particulares, a correta criação, ordenamento e manutenção dos bens públicos e de uso comum do povo, como instrumento de geração de qualidade de vida sócio-ambiental. As definições intrínsecas a estes bens já foram declaradas por inúmeros doutrinadores, bem como, na própria legislação infraconstitucional.

Inicialmente, as praças públicas, uma vez criadas, passam a ser consideradas como bem de Domínio Público e de Uso Comum do Povo. O artigo 17 e 22 da Lei de Parcelamento do solo urbano estabelece:

*“Art. 17. Os espaços livres de uso comum, vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade de licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta lei.”*

*“Art. 22 – Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do memorial descritivo.”*

Estas disposições têm o intuito de limitar a disponibilidade do incorporador sobre essas áreas, transferindo a tutela destas áreas à Administração municipal, de forma a garantir que não terão destinação diversa.

Concomitantemente, visa aumentar também o patrimônio comunitário, garantindo a utilidade e função social dos bens públicos de uso comum do povo de servir aos interesses da sociedade.

De conseqüência, a utilização adequada das praças torna-se responsabilidade do Poder Público, que deverá, em respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência, atuar conforme os ditames da lei e do interesse público, exigindo dos empreendedores a destinação destas áreas, criando por si locais estratégicos nas urbes para o bom desenvolvimento urbanístico e sócio-ambiental e, principalmente, preservando de forma eficiente as praças e áreas de relevante interesse social.

Para tanto, José Maria Pinheiro Madeira destaca o método convenientemente democrático para o alcance deste objetivo:

Para isto, o Poder Público precisa compreender a organização urbana sob uma visão holística, evitando o caos e buscando soluções urbanísticas que correspondam às necessidades da população. Isto é possível quando a comunidade é ouvida, seus interesses são discutidos e avaliados, buscando o Poder Público o meio termo entre os problemas existentes e as possíveis soluções.<sup>10</sup>

Em especial, a destinação de áreas públicas oriundas do particular por ocasião da realização de loteamentos, encontra-se definida no artigo 4º, inciso I, da Lei 6.766/79, alterada pela Lei n.º 9.785, de 29 de janeiro de 1999, declara:

<sup>10</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Estatuto da Cidade. Considerações introdutórias*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3434>>. Ac. em: 28/01/05.

*“Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem;”*

Tal a relevância das praças às cidades que a Lei de loteamentos trouxe claros impedimentos ao desvirtuamento destas pelo loteador ou pelo Poder Público:

*“Art. 40. (...)*

*§ 5º. A regularização de um parcelamento pela Prefeitura Municipal, ou Distrito Federal, quando for o caso, não poderá contrariar o disposto nos artigos 3º e 4º desta Lei, ressalvado o disposto no § 1º desse último.”*

*“Art. 43. Ocorrendo a execução de loteamento não aprovado, a destinação de áreas públicas exigidas no inciso I do artigo 4º desta lei não se poderá alterar, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas, civis e criminais previstas.*

*Parágrafo único. Neste caso, o loteador ressarcirá a Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal quando for o caso, em pecúnia ou em área equivalente, no dobro da diferença entre o total das áreas públicas exigidas e as efetivamente destinadas.”*

Este procedimento deve ser veementemente coibido pela sociedade e pelo Poder Público, diante de uma participação mais democrática da gestão das cidades, criando este último, mecanismos de inclusão da população nas decisões e no direcionamento das políticas urbanas, conforme destaca Mauricio Fernandes da Silva:

*“Diante disto, deve-se buscar, já com atraso, a conscientização geral acerca da função ambiental da cidade. O direito ambiental e urbanístico têm compromisso direto com a situação, pois objetivam, também, a gestão ambiental sustentável da cidade. Inquestionável que o Estatuto da Cidade, em vigor desde 2001, muito colabora para retomar a qualidade de vida urbana, mas é preciso pô-lo em prática nos municípios, com leis locais que objetivem a sustentabilidade urbana, reduzindo, v. g., a poluição hídrica, sonora, visual e atmosférica, bem como gerenciando os resíduos e aumentando espaços ambientalmente saudáveis.”<sup>11</sup>*

Noutro caso, tendo em vista as constantes práticas irregulares dos administradores, quando da persistente conduta de desvirtuamento das finalidades das praças públicas, bem como dos princípios elencados na legislação acima citada, qual seja, o da função social da propriedade e da cidade, não resta outra saída além da guarida e tutela do poder judiciário ao patrimônio da sociedade.

<sup>11</sup> SILVA, Mauricio Fernandes da. *A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de loteamentos perante a tutela ambiental*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 113, 25/10/03. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4208>>. Ac. em: 28/01/05.

## 5. PRAÇA COMO “BEM DE USO COMUM DO POVO”

O Código Civil Brasileiro não só utiliza o termo “praça”, como classifica o bem como público, definindo sua natureza - bem de uso comum do povo (art. 69, I). O ilustre jurista Paulo Affonso Leme Machado discorre sobre este tema:

*“(…) As praças estão mencionadas no Código Civil, ao lado dos mares, rios, estradas e ruas. Bens como o mar e os rios são destinados já pela natureza para uso comum, outros o são pela vontade humana, em consequência da vida em cidades, como as ruas e praças.”*

João Celso Neto discorre sobre os conceitos ‘domínio público’ e ‘bem de uso comum do povo’:

*1. Domínio Público - embora não haja uniformidade entre os doutrinadores, o elemento comum em sua conceituação refere-se ao interesse público que desperta o uso e gozo de determinado bem, seja ele pertencente a pessoa de direito público interno ou a particular. (...). São, pois, aquelas coisas afetadas a um fim público ou o conjunto dos bens possuídos pelo Estado ou afetados ao atingimento de finalidades coletivas.*

*(...)*

*4. Uso Comum do Povo - é todo aquele que não exige qualquer Qualificação ou consentimento especial, estando posto à disposição da coletividade em geral, sem discriminação do usuário ou ordem especial para sua fruição e acesso. (...) HELY (...), “No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados por todos os membros da coletividade - uti universi - razão pela qual ninguém tem o direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus deles resultantes.”<sup>12</sup>*

Os bens de uso comum do povo são inalienáveis, de forma que sobre eles ninguém detém o poder de domínio, de dispor dos mesmos. Segundo Cretella Junior, “a inalienabilidade é traço típico dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial. Diz-se, em outras palavras, que os bens de uso comum do povo e os de uso especial são ‘peculiarmente inalienáveis’ e os dominicais são ‘peculiarmente alienáveis’ “.<sup>13</sup>

## 6. MUNICÍPIO ADMINISTRADOR E DESAFETAÇÃO

Como visto, a Lei 6.766/79 integra o mínimo de 35% (trinta e cinco por cento) da área loteada ao domínio do Município. Sobre o exercício desse domínio, pondera Paulo Affonso Leme Machado:

<sup>12</sup> CELSO NETO, João. *Domínio público: os bens que todos usamos e a questão ecológica*. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 25/06/98. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1719>>. Ac. em: 28/01/05.

<sup>13</sup> CRETTELA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Municipal*. Rio de Janeiro. Forense, 1981.

*“(...) O Município somente tem poder discricionário sobre as áreas do loteamento que desapropriar, e não sobre aquelas que recebeu a título gratuito. Do contrário, estaria o Município se transformando em Município-loteador através de verdadeiro confisco de áreas, pois as receberia para uma finalidade, e a seu talante as destinaria para outro fim.*

*(...)”A integração das praças no domínio municipal se faz no intuito de ter quem as administre, mas o Município não age como proprietário das praças, mas gestor desses bens.”<sup>14</sup>*

Quanto à indisponibilidade e finalidade, lecionam Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Melo e Ruy Cerne Lima:

*“O princípio da finalidade impõe que o administrador público só pratique o ato para o seu fim legal”, que a finalidade é inafastável do interesse público, de sorte que o administrador tem que praticar o ato com finalidade pública, sob pena de desvio de finalidade, uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder.”<sup>15</sup>*

*“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis.”<sup>16</sup>*

*“Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade.”<sup>17</sup> Administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”<sup>18</sup>.*

Portanto, o Município incorpora as áreas públicas, onde se incluem as praças e áreas verdes, com o fim de utilizá-las como bens de uso comum do povo, não podendo desvirtuar tal finalidade.

Neste sentido, Toshio Mukai:

*“enquanto tal destinação de fato se mantiver, não pode a lei efetivar a desafetação sob pena de cometer lesão ao patrimônio público da comunidade”, acrescentando: “se a simples desafetação legal fosse suficiente para a alienação dos bens de uso comum do povo, seria possível, em tese, a transformação em bens dominicais de todas as ruas, praças, vielas, áreas verdes, etc. de um Município e, portanto, de seu território público todo, com a consequente alienação (possível) do mesmo, o que, evidentemente, seria contra toda a lógica jurídica, sendo mesmo disparate que ninguém, em sã consciência, poderia admitir”.*<sup>19</sup>

E Paulo Affonso Leme Machado:

<sup>14</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed., Editora Malheiros : São Paulo, 2000. p. 396

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1993. p. 86.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 33

<sup>17</sup> LIMA, Ruy Cerne. *Princípios de Direito Administrativo*. 3ª ed. 1954. P. 54.

<sup>18</sup> Idem, p. 21.

<sup>19</sup> MUKAI, Toshio. *Impossibilidade jurídica de desafetação de bens de uso comum do povo na ausência de desafetação de fato*. RDP 75/246-249.

*“O Município está obrigado a zelar pelas áreas verdes e praças que instituir. Não pode desvirtuar as funções fundamentais desses espaços públicos de “uso comum do povo”. Dessa forma, o Município não pode alienar, doar, dar em comodato, emprestar a particulares ou a entes públicos as áreas verdes e praças. (...)*

*Esses espaços públicos não podem sofrer alterações que descaracterizem suas finalidades precípua, que visam o lazer e a saúde da população. Assim, contrariam as finalidades públicas primárias desses espaços a construção de estacionamento de veículos, autorizações para implantação de bancas de jornais, cabinas telefônicas e bares, ou a autorização de painéis ou de “parques de diversões”, mesmo que em caráter temporário.*

*(...)*

*Nesse sentido foi o voto do Min. Adhemar Maciel em julgamento no STJ, que decidiu dizendo: “o objetivo da norma jurídica é vedar ao incorporador a alteração das áreas destinadas à comunidade. Portanto, não faz sentido, exceto nos casos especialíssimos, possibilitar à Administração fazê-lo. (...) REsp 28.058 - SP”<sup>20</sup>*

## 7. DEFESA JUDICIAL DAS PRAÇAS E JURISPRUDÊNCIA

A defesa das praças em juízo, em face da desafetação do uso comum do povo, pode ser exercida por Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85 ou Ação Popular, disciplinada pela Lei 4.717/65, a primeira podendo ser utilizada pelo Ministério Público e associações, inclusive as associações de moradores, e a segunda pelos cidadãos, eleitores. Em ambos os meios processuais, o autor, salvo comprovada má-fé, fica isento de custas e despesas judiciais.

Cabe-nos repetir as considerações acerca do tema, pelo ilustre jurista Paulo Affonso Leme Machado:

*“Muitas vezes o julgador enfrentará situações difíceis como quando a pretendida desvirtuação dos bens de uso comum destina-se, por exemplo, à construção de casas populares. Não se pode perder a visão de que - no caso - só uma parcela da população será beneficiada. Além disso, o espaço livre representa, também, uma escola ao ar livre, onde se aprende a convivência constante - base imprescindível do sistema democrático. Desde tenra idade como até a velhice, contemplar uma flor, andar entre as árvores, ir a um museu e fruir a beleza de um quadro, não podem ser deixados comente para uma minoria. A extinção ou a mutilação dos bens de uso comum conduzirão a essa situação.*

*(...)*

*Por fim, anoto a sábia lição de Maurice Picard: “O usus publicus era a característica da res publicae e isto se compreendia facilmente. Os romanos diziam que ninguém poderia adquirir direitos sobre os loca publica e que estas coisas estavam extra commercium; para eles isso era a garantia do Direito Público. Era o pretor que intervinha e que protegia o interesse de todos contra toda a*

<sup>20</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed., Editora Malheiros : São Paulo, 2000. p. 368



*invasão”. No Brasil, também se espera e se necessita que os atuais pretores - os juízes - protejam o “interesse de todos” contra a invasão das praças e dos espaços livres.”<sup>21</sup>*

A jurisprudência pátria vem trazendo numerosos exemplos de efetivação da defesa dos espaços públicos em juízo:

*ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - PREJUÍZO ECOLÓGICO - CONCESSÃO DE DIREITO DE USO SOBRE ÁREA VERDE DO LOTEAMENTO - ÁREA RESERVADA - DESTINAÇÃO ORIGINÁRIA ALTERADA - DESAFETAÇÃO ILEGAL DA ÁREA - ART. 180, VII, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ART. 141, VII, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BIRIGUI.*

*Não se pode admitir sejam postos de lado, de forma incondizente com a preservação ambiental, os ditames exarados expressamente em leis que visam garantir a manutenção de áreas verdes reservadas nos locais de moradias.*

*(TJSP - Primeira Câmara Civil - Apelação Civil nº 192.179-1/7 - Relator: Alexandre Germano - 03/08/93 )*

*ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESCONSTITUIÇÃO DO ATO - ÁREAS VERDES DESAFETADAS PELO MUNICÍPIO PARA EDIFICAÇÃO DE ESCOLAS PARTICULARES - INADMISSIBILIDADE.*

*O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, bem de uso comum do povo (art. 225 da C.F.), sem que fosse possível alterar a destinação daquelas áreas verdes.*

*De outra parte, mesmo que assim não fosse, o art. 213 da C.F. impedia as doações, já que confessadamente as escolas têm finalidade lucrativa.*

*Os moradores daquele bairro adquiriram os respectivos imóveis com as áreas verdes, que não podem ser suprimidas. Destinam-se ao recreio, por óbvio, se ocupadas pelas escolas, cercadas, deixam de atender a essa finalidade.*

*(TJSP - Segunda Câmara Civil - Apelação Civil nº 155.629-1/0 - Relator: Urbano Ruiz - 07/04/92 )*

*LEI MUNICIPAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ALTERAÇÃO DE ÁREAS INSTITUCIONAIS E VERDES, E SUA DISPOSIÇÃO - IMPEDIMENTOS DERIVADOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ART. 180, VII) E DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO (ART.158 § 2º, INC III, C.C. ART.35 §1º XVI).*

*Está eivada de inconstitucionalidade, por afronta ao art. 180, inciso VII da Constituição Estadual, lei municipal que fixa a possibilidade de alteração de destinação de áreas institucionais e verdes, inclusive com sua eventual cessão, onerosa ou gratuita a terceiros.*

*Além disso, a própria Lei Orgânica Municipal inscreve idêntica proibição da constante na norma constitucional destacada.*

*Desta forma, as áreas definidas em projeto de loteamento como área verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos, alterados.*

*Ação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da Emenda Nº 05/92, de Ribeirão Preto.*

*(TJSP. ADIN nº 17.065-0/5, v.u, 15/06/1994, Rel. Des. Villa da Costa. Reque-*

<sup>21</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª ed., Editora Malheiros : São Paulo, 2000. p. 368

*rente: Procurador Geral de Justiça. Requerido: Câmara Municipal de Ribeirão Preto.)*

*LOTEAMENTO – Praça Pública – Área destinada pelo loteador para tal finalidade – Doação pela Municipalidade a sindicato – Inadmissibilidade . Bem de uso comum do povo e não apenas dos proprietários dos lotes – Artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual e Lei Federal nº 6.766 de 1979 – Ação Civil Pública procedente – Sentença confirmada.*

*(...) E mesmo que não tenham sido implantados os parques, jardins, áreas verdes e afins, “nada altera para eles a proteção criada pela legislação dos loteamentos, na medida em que a tutela ecológica se faz não só em relação à situação fática presente, mas também visando a implantação futura dos melhoramentos ambientais”, pois, caso contrário, “estar-se-á em franca afronta à proteção do meio ambiente, no que ele tem de maior realce para a vida cotidiana das pessoas, isto é, o meio ambiente urbano, pondo por terra a garantia dos cidadãos, já tão frágil e incompleta, de viverem em condições mais favoráveis (ou menos desfavoráveis) de salubridade”*

*(Ap. Cível 167.320-1/3, 5ª Câm. Civil TJSP, Re. Des. Marco César, j. 07/05/92, v.u., in RT 684/79-80 ou RJTJESP-LEX 138/26).*

## 7. SITUAÇÃO CONSTATADA EM LONDRINA - PARANÁ

Em 1998, a Câmara dos Vereadores de Londrina aprovou uma emenda à **Lei Orgânica do Município**, a qual permitiria a utilização de praças públicas para outros fins, desde que decorridos dez anos de sua afetação, a praça ainda não tivesse sido arborizada e recebido as respectivas benfeitorias.

Redação anterior:

*“Art. 86. Ficam proibidas a doação, a permuta, a venda, a concessão de direito real de uso, a permissão de uso e doações em pagamento de qualquer área destinada a praça, no âmbito do Município, exceto se destinadas aos setores da educação e saúde.”*

Redação alterada pela emenda:

*“Art. 86. Ficam proibidas a doação, a permuta, a venda, a concessão de direito real de uso, a permissão de uso e doações em pagamento de qualquer área destinada a praça, no âmbito do Município.*

*Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput deste artigo nos seguintes casos:*

*I - se a área for destinada aos setores da educação ou da saúde;*

*II - se, depois de decorridos dez anos de sua afetação, a área ainda não tiver sido arborizada e nem recebido as benfeitorias próprias de sua destinação.”*

Na época, 1998, a então Promotora de Meio Ambiente, Dra. Maria Lucia Reichenbach, se manifestou publicamente no sentido da inconstitucionalidade da emenda e de leis que doassem praças, afirmando que ingressaria com Ação Civil Pública e remeteria o caso para estudo de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No entanto, nos anos que se seguiram, diversas praças foram doadas, tendo algumas recebido protestos de moradores contra a sua desafetação, e algumas inclusive, porém de forma desarticulada, defendidas em juízo principalmente através de ações populares, ajuizadas por cidadãos indignados.

No ano de 2004, a Comissão de Meio Ambiente da OAB registrou pelo menos 40 (quarenta) desafetações de uso comum do povo, a maioria delas de iniciativa do Executivo municipal, autorizando doações para a instalação de empresas privadas.

Para uma reflexão final, destacamos a seguinte reportagem veiculada no Jornal de Londrina, em 09.12.2003:

***“DOAÇÃO DE PARTE DE PRAÇA É REVERTIDA***

*O Município reverteu a doação de uma área de 2 mil metros quadrados no Jardim Andrade feita em setembro do ano passado, após questionamento da Promotoria de Defesa do Meio Ambiente. Os moradores comemoraram a medida e vão continuar solicitando a revitalização da praça. “Essa árvore tem um valor afetivo muito grande. Nossos filhos brincaram nela”, disse uma moradora. (...) O vereador Jamil Janene disse que vai solicitar ao prefeito que rerepresente o projeto para doar a praça, pois vai ser implantado um importante serviço social a Londrina, valorizando a região e o terreno. Para ele, a lei orgânica não seria infringida com a doação. “Veja quantas praças foram doadas nos últimos anos” - disse o vereador.”*

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** As praças são bens de relevante interesse ambiental, contendo função sanitária, turística, paisagística, cultural e ambiental, devendo ser objeto de proteção especial pela legislação ambiental nacional;

**7.2** As praças públicas são instituídas por lei ao ato do loteamento, sob um percentual mínimo que pode variar segundo a legislação municipal, porém a partir do seu registro não podem ser objeto de desafetação, uma vez que não constituem propriedade dominial disponível, sendo a afetação irreversível;

**7.3** A desafetação de praças, sendo matéria de iniciativa exclusiva do Executivo, pode ensejar, além da reparação civil, responsabilização por crime ambiental e por improbidade administrativa;

**7.4** O Ministério Público e as organizações de defesa do meio ambiente devem verificar nos municípios a ocorrência da prática de desafetação de praças públicas, procedendo manifesto público contra tal prática, e ingressando com as medidas cíveis e criminais necessárias à recuperação e preservação de tais espaços urbanos.

# **A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA NA LEI DO SNUC E AS RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL**

**CAROLINA CHAVES SOARES**

Advogada, Mestre em Direito (UFG) e Especialista em  
Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental (CDS-UnB)

## **INTRODUÇÃO**

O estabelecimento de áreas protegidas é uma das medidas mais utilizadas para a conservação da diversidade biológica (GASTAL, 2002, p. 34; MACHADO *et al.*, 2004, p. 30; PAGLIA *et al.*, 2004, p. 41). Entretanto, o financiamento destas áreas é uma questão bastante problemática, estimando-se um déficit anual de aproximadamente dois bilhões e meio de dólares americanos, sem mencionar os recursos adicionais que seriam necessários para ampliação do sistema (*EL ACUERDO...*, 2003).

Ao tratar da criação, implantação e gestão das unidades de conservação, a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 (BRASIL, 2000), que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Snuc), estabelece que o empreendedor de obra ou atividade de significativo impacto ambiental é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral. Segundo Geluda e Young (2004, p. 643), esta compensação surge como uma ferramenta que poderá dar suporte financeiro ao Snuc.

Quanto às categorias de unidades de conservação, a Lei nº 9.985/2000 prevê a existência de doze, que se dividem em dois grupos: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. Uma das categorias de unidade de conservação prevista na Lei do Snuc é a reserva particular do patrimônio natural (RPPN), que se diferencia das demais por ser criada por iniciativa do particular. Segundo esta lei, a RPPN integra o grupo das unidades de uso sustentável.

O presente artigo tem como objetivo analisar se as RPPNs podem ser destinatárias da compensação ambiental prevista na Lei do Snuc e se há alguma restrição a esta destinação.

## **1. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA)**

Impacto ambiental é a degradação do meio ambiente causada pelas atividades humanas, ou, em termos legais,

*qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das*

*atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais. (CONSELHO..., 1986)*

A fim de analisar os impactos ambientais de um projeto, programa ou plano e, conseqüentemente, sua viabilidade ambiental (MILARÉ, 2000, p. 278), o legislador instituiu como um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA) a avaliação de impacto ambiental (AIA).

Dentre os instrumentos da avaliação de impacto ambiental está o estudo de impacto ambiental, exigível pelo poder público para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O EIA é um “estudo das prováveis modificações nas diversas características socioeconômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto” (Jain *et al*, *apud* MILARÉ, 2000, p. 281). Ele tem como objetivo “evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente” (MILARÉ; BENJAMIN, 1993, p. 13).

O EIA deve conter, no mínimo, o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos e a elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos ambientais (CONSELHO..., 1986).

## **2. A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA NA LEI DO SNUC**

Conforme dispõe o artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) é impor ao usuário o dever de contribuir pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro positivou o princípio ambiental do usuário-pagador, que estabelece que “o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos advindos de sua própria utilização” (Smets *apud* MACHADO, 2003, p. 53). Do princípio do usuário-pagador decorre o direito de exigir-se medidas compensatórias, que são uma contrapartida do empreendedor pelo uso regular e lícito dos recursos ambientais (CARNEIRO, 2004, p. 282).

A Resolução nº 02, de 18 de abril de 1996, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONSELHO..., 1996) determinava que um dos requisitos do licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental era a implantação de unidade de conservação de domínio público e uso indiret. Segundo Carneiro (2004, p. 283), com o advento da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 (Lei do Snuc), esta resolução perdeu sua eficácia, porque a matéria foi regulada por norma hierarquicamente superior.

Dispõe o artigo 36 da Lei do Snuc (BRASIL, 2000):

*Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimento de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.*

Na análise dos impactos ambientais de um projeto, o EIA deve identificar, *prever a magnitude* e interpretar a importância de seus prováveis impactos relevantes (CONSELHO..., 1986; grifo nosso). Assim, uma das funções do EIA é determinar qual a expressividade dos impactos do projeto. Com fundamento no EIA, o órgão ambiental licenciador define se o projeto causará ou não significativo impacto ambiental e, em caso positivo, exige do empreendedor uma medida compensatória, consistente no apoio à implantação e à manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral.

O apoio do empreendedor funda-se na destinação de recursos, cujo montante é fixado pelo órgão ambiental licenciador, em montante não inferior a 0,5% dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento. Além de fixar o valor da compensação ambiental, incumbe também ao órgão licenciador definir as unidades de conservação a serem beneficiadas ou contemplar a criação de novas unidades. Caso o empreendimento afete uma unidade específica ou sua zona de amortecimento, ela necessariamente deverá ser beneficiada (BRASIL, 2000).

### **3. RESERVA PARTICULAR DO PATRIMÔNIO NATURAL (RPPN): UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL**

A reserva particular do patrimônio natural é conceituada no artigo 21 da Lei do Snuc (BRASIL, 2000) como “uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica”. Antes da vigência desta lei, não havia um consenso se as reservas particulares do patrimônio natural eram ou não unidades de conservação (RODRIGUES, 1999, p. 135), pois, para os preservacionistas, somente o são as categorias sob controle público (MERCADANTE, 2001, p. 568). O projeto de lei do Snuc, encaminhado pelo poder executivo ao Congresso Nacional, refletia essa concepção e o artigo referente às RPPNs encontrava-se no último capítulo da lei, com o título *Dos incentivos, isenções, penalidades e disposições gerais* (PROJETO..., 2001, p. 526).

A resistência em reconhecer as reservas como unidade de conservação durou até 1996, quando foi realizado, na Câmara Federal, um seminário sobre o tema. Como as reservas já protegiam uma área de aproximadamente trezentos mil hectares e havia a possibilidade de financiamento internacional para sua implantação e multiplicação, foram elevadas à condição de unidade de conservação (MERCADANTE, 2001, p. 568). Atualmente, não há qualquer dúvida quanto ao fato das RPPNs serem unidades de conservação, pois a Lei do Snuc (BRASIL, 2000) expressamente assim o dispõe.

Ainda, a Lei n° 9.985/00 (BRASIL, 2000) estabelece dois grupos de unidades de conservação: de proteção integral e de uso sustentável. No primeiro, admi-

te-se apenas o uso indireto dos recursos naturais, ou seja, aquele que não envolve seu consumo, coleta, dano ou destruição. No segundo, permite-se a exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos. Conforme o disposto no artigo 14, inc. VII, as RPPNs pertencem ao segundo grupo. Todavia, faz-se necessário analisar a questão de forma mais aprofundada.

Quanto às atividades permitidas nas reservas particulares, o projeto de lei do Snuc, aprovado pelo Congresso Nacional, previa, no inciso III do artigo 21, a possibilidade de “extração de recursos naturais, exceto madeira, que não coloque em risco as espécies ou ecossistemas que justificaram a criação da unidade” (PROJETO..., 2001, p. 538). Assim, como esse inciso previa o uso sustentável dos seus recursos naturais, as reservas estavam classificadas como unidades de uso sustentável. Entretanto, o Presidente da República vetou o mencionado dispositivo, com a seguinte justificativa:

*O comando inserto na disposição, ao permitir a extração de recursos naturais em Reservas Particulares do Patrimônio Natural, com a única exceção aos recursos madeireiros, desvirtua completamente os objetivos dessa unidade de conservação, como, também, dos propósitos do seu instituidor. Por outro lado, tal permissão alcançaria a extração de minérios em área isenta de ITR [imposto territorial rural] e, certamente, o titular da extração, em tese, estaria amparado pelo benefício.*

*Justifica-se, pois, o veto ao inc. III do § 2º do art. 21, certo que contrário ao interesse público. (VETOS..., 2001, p. 514)*

Em razão do veto, restaram permitidas nas reservas as atividades de pesquisa científica e de visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais, que também são possíveis nas unidades do grupo de proteção integral, pois não implicam consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.

De acordo com o projeto de lei aprovado pelo poder legislativo, as reservas deveriam ser unidades de uso sustentável, no entanto, com o veto presidencial, elas adquiriram características de unidade de proteção integral (BENJAMIN, 2001, p. 301; FIGUEIREDO, 2004, p. 257; MERCADANTE, 2001, p. 580; RODRIGUES, 2001, p. 626; WIEDMANN, 2001, p. 414). Todavia, as reservas continuam listadas entre as de uso sustentável, porque não era possível alterar a estrutura da lei, criando-se uma “anomalia legislativa” (WIEDMANN, 2001, p. 414).

#### **4. POSSIBILIDADE DE RPPN RECEBER A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PREVISTA NA LEI DO SNUC**

Em princípio, como as RPPNs são unidades de proteção integral, é possível que elas recebam recursos oriundos de compensação ambiental. Entretanto, Wiedmann (2004, p. 174) manifesta-se contra a criação de reservas como medida compensatória, argumentando que “não existe respaldo legal para o órgão licenciador obrigar a criação de RPPN como medida compensatória (...) pelo caráter voluntário que motiva a sua criação (...)”.

O reconhecimento de uma RPPN depende da iniciativa do proprietário do imóvel no qual ela se situará (BRASIL, 1996). Nas palavras de Wiedmann (2001, p. 408), “o proprietário, de sua livre e espontânea vontade, sem submeter-se a nenhuma pressão ou outro motivo maior do que o *animus* de proteger, destina sua propriedade, ou parte dela, à preservação ambiental, voluntariamente”. Como a criação de uma RPPN depende do desejo de seu proprietário e não pode ser imposta a ele, por quem quer que seja, não é possível que o órgão licenciador obrigue o empreendedor a criar uma reserva. Todavia, o que dispõe o artigo 36 da Lei do Snuc é que o empreendedor deve destinar recursos para a implantação e manutenção de unidade de conservação de proteção integral e que incumbe ao órgão ambiental definir a destinação destes recursos. Assim, entende-se ser permitido ao órgão ambiental determinar que a compensação seja utilizada por um terceiro proprietário que deseje criar a RPPN, mas que não tenha condições financeiras para tanto.

#### 4.1 Restrições impostas pelo Decreto nº 4.340/2002

O Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002 (BRASIL, 2002), que regulamentou alguns dispositivos da Lei do Snuc, determinou em seu artigo 33 os critérios de aplicação dos recursos oriundos da compensação ambiental:

*Art. 33. A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:*

*I - regularização fundiária e demarcação das terras;*

*II - elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;*

*III - aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;*

*IV - desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e*

*V - desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.*

*Parágrafo único.* Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Relevante Interesse Ecológico e Área de Proteção Ambiental, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público, os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades:

*I - elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade;*

*II - realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes;*

*III - implantação de programas de educação ambiental; e*

*IV - financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada. (grifos nossos)*

Verifica-se que este decreto proibiu a possibilidade de destinação de recursos oriundos de compensação ambiental para criação de RPPN, para a revisão ou



implantação de seu plano de manejo e para a aquisição de bens necessários à sua implantação. Entretanto, não se pode concordar com o teor das restrições impostas pelo decreto regulamentador.

Conforme se infere do artigo 84, inciso IV, da Constituição federal (BRASIL, 1988), os decretos são expedidos para garantir a fiel execução das leis, ou seja, visam interpretá-las, explicá-las, pormenorizá-las ou explicitar seu conteúdo (MELLO, 2000, p. 325-326). Ao limitar a aplicação dos recursos oriundos de compensação ambiental nos casos de RPPN a determinadas atividades, o Decreto nº 4.340/2002 criou restrições que não existem na Lei do Snuc, extrapolando sua função regulamentadora, razão pela qual é inconstitucional nesse aspecto.

Além disso, embora as reservas particulares do patrimônio natural não substituam o papel das unidades de conservação públicas, servem como importante complemento a ele (DOUROJEANNI, 1997, p. 78; MESQUITA; LEOPOLDINO, 2002, p. 789; SEMINÁRIO..., 2000, p. 49; *WORKSHOP...*, 1997, p. 595). Como reconhecido durante o 5º Congresso Mundial de Parques, ocorrido em Durban, na África do Sul, em setembro de 2003, em razão de grande parte da biodiversidade ocorrer em terras privadas, elas representam uma oportunidade de significativa expansão das áreas protegidas em todo o mundo (*PRIVATE...*, 2003; tradução nossa). Em função da importância das RPPNs para a conservação da biodiversidade, deveria o poder público conceder o maior número possível de incentivos à sua criação e à sua gestão e não restringir a possibilidade de destinação de recursos a elas.

## CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. As reservas particulares do patrimônio natural pertencem ao grupo das unidades de conservação de proteção integral.
2. As RPPNs podem receber os recursos oriundos da compensação ambiental prevista no artigo 36 da Lei do Snuc.
3. Embora o órgão ambiental licenciador não possa obrigar o empreendedor a criar RPPN, ele pode determinar que os recursos da compensação ambiental sejam utilizados por um terceiro proprietário que deseje criar a reserva.
4. No que se refere às RPPNs, o parágrafo único do artigo 33 do Decreto nº 4.340/2002 é inconstitucional, porque criou limitações que não existem na Lei do Snuc.

## BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Direito Ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 276-316.

- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Coletânea de legislação de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 705-714.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. *Coletânea de legislação de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 19-141.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 1.922, de 5 de junho de 1996. *Estatuto da Terra*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 392-396.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. *Coletânea de legislação de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 873-887.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002. *Coletânea de legislação de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 273-551.
- CARNEIRO, Ricardo. A reserva particular do patrimônio natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei nº 9.985/2000. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (coord.). *Direito Ambiental em debate*. v. 1. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 279-289.
- CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (Conama). Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986. *Coletânea de legislação de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 559-562.
- CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (Conama). Resolução nº 2, de 18 de abril de 1996. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama>>. Acesso em: 06 abr. 05.
- DOUROJEANNI, Marc J. *Áreas protegidas: problemas antigos y nuevos rumbos*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 1, 1997, Curitiba. *Anais...* Curitiba: IAP; Unilivre, 1997, v. 1, p. 69-109.
- EL ACUERDO DE DURBAN. In: CONGRESO MUNDIAL DE PARQUES, 5., 2003, Durban. *Resultados del CMP...* [S.l.:s.n.], [2003]. Disponível em: <[http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/pdfs/outputs/wpc/durbanaccord\\_sp.pdf](http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/pdfs/outputs/wpc/durbanaccord_sp.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2003.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- GASTAL, Maria Luíza. Os instrumentos para a conservação da biodiversidade. In: BENSUSAN, Nurit (org.). *Seria melhor mandar ladrilhar?* Brasília: Editora Universidade de Brasília; Instituto Socioambiental, 2002, p. 29-41.
- GELUDA, Leonardo; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Financiando o éden: potencial econômico e limitações da compensação ambiental prevista na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 4., 2004, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza; Rede Nacional Pró Unidades de Conservação, 2004, v. 1, p. 641-651.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MACHADO, Ricardo Bonfim *et al.* Análise de lacunas de proteção da biodiversidade no cerrado – Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 4., 2004, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza; Rede Nacional Pró Unidades de Conservação, 2004, v. 2, p. 29-38.
- MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo; LEOPOLDINO, Flávio Santos. Incentivando e apoiando a criação, manejo e integração entre reservas particulares do patrimônio natural. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3., 2002, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação; Fundação o Boticário de Proteção à Natureza; Associação Caatinga, 2002, p. 789-799.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_.; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MERCADANTE, Maurício. *Democratizando a criação e a gestão de unidades de conservação da natureza*. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v. 5, ano 1, p. 557-606, fev. 2001.
- PAGLIA, Adriano *et al.* *Lacunas de conservação e áreas insubstituíveis para vertebrados ameaçados da Mata Atlântica*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 4., 2004, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza; Rede Nacional Pró Unidades de Conservação, 2004, v. 2, p. 39-50.
- PRIVATE PROTECTED AREA ACTION PLAN. In: CONGRESO MUNDIAL DE PARQUES, 5., 2003, Durban. Resultados del CMP.. [S.l.:s.n.], [2003]. Disponível em: <[http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/pdfs/outputs/wpc/emergingissues\\_sp.pdf](http://www.iucn.org/themes/wcpa/wpc2003/pdfs/outputs/wpc/emergingissues_sp.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2003.
- PROJETO DE LEI (substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado). In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Direito Ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 527-547.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *As reservas particulares do patrimônio natural à luz do Decreto 1.922 de 05.06.1996*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 134-138, jul./set. 1999.
- \_\_\_\_\_. *As reservas particulares do patrimônio natural à luz do sistema nacional de unidades de conservação*. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v. 5, ano 1, p. 623-631, fev. 2001.

- SEMINÁRIO CONSERVAÇÃO DA NATUREZA EM ÁREAS PRIVADAS. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 2., 2000, Campo Grande. Anais... Campo Grande: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação; Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2000, v. 3, p. 29-49.
- VETOS PRESIDENCIAIS. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Direito Ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 513-517.
- WIEDMANN, Sônia Maria Pereira. Reserva particular do patrimônio natural – RPPN – na Lei nº 9.985/2000 que institui o sistema nacional de unidades de conservação – Snuc. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Direito Ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 400-424.
- \_\_\_\_\_. Legislação referente às RPPN. In: CASTRO, Rodrigo; BORGES, Maria Eugênia (org.). *RPPN conservação em terras privadas: desafios para a sustentabilidade*. Planaltina do Paraná: Edições CNRPPN, 2004, p. 172-179.
- WORKSHOP ÁREAS PARTICULARES PROTEGIDAS. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 1, 1997, Curitiba. Anais... Curitiba: IAP/ Unilivre, 1997, v. 1, p. 595-601.



# **LEIS AMBIENTAIS, AGRICULTURA, HOLISMO, INTERDISCIPLINARIEDADE: A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA EFETIVAR A COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA NA AGRICULTURA IRRIGADA COMO FERRAMENTA DE GESTÃO**

***CÉLIA REGINA FERRARI FAGANELLO***

Engenheira Agrônoma-ESALQ/USP, Mestre em Ciências – ESALQ/  
USP, Doutoranda em Ecologia de Agroecossistemas ESALQ/USP,  
Graduanda em Direito – UNIMEP;

***MARCOS VINÍCIUS FOLEGATTI***

Engenheiro Agrônomo Prof. Dr. e Pesquisador ESALQ/USP. Depto.  
de Engenharia Rural e Solos;

***ROBERTA ALESSANDRA BRUSCHI GONÇALVES***

Engenheira Agrícola – UFV, Mestre em Irrigação e Drenagem  
– UFV, Doutoranda em Irrigação e Drenagem ESALQ/USP

***AMÍLCAR MARCEL SOUZA***

Engenheiro Florestal – ESALQ/USP, Mestrando em Recursos  
Florestais – ESALQ/USP

***ARIOVALDO ANTONIO TADEU LUCAS***

Engenheiro Agrônomo – UFSCAR, Mestre em Irrigação e Drenagem  
– ESALQ/USP, Doutorando em Ecologia de Agroecossistemas  
ESALQ/USP

## **1. INTRODUÇÃO**

A humanidade, desde os tempos mais remotos, teve seu desenvolvimento aliado ao uso da água, recurso natural considerado infinito. Há apenas algumas décadas o homem despertou a consciência de que a água é um recurso esgotável

e seu uso irracional tem levado a problemas de escassez em muitas partes do globo, inclusive no Brasil que, apesar de possuir uma das maiores reservas de água doce do mundo, enfrenta sérios conflitos, devido à distribuição geográfica irregular desse recurso e à cultura do desperdício. Especificamente na agricultura irrigada, o mau planejamento da utilização da água aliado ao mau uso do solo, à utilização excessiva e irregular de agroquímicos e à devastação das matas ciliares, geram graves impactos ao ambiente. Todavia, sabe-se que a produção suficiente de alimentos depende da agricultura irrigada. O grande desafio da agricultura no novo milênio é aumentar a produção de alimentos sem promover a exaustão dos recursos hídricos. Assim, faz necessário o manejo da irrigação, otimizando os sistemas, e tomado-se a bacia hidrográfica como unidade de gestão integrada de recursos hídricos

Dentre as ferramentas de manejo dos recursos hídricos, têm-se destacado no cenário agrícola as leis ambientais, principalmente em decorrência do surgimento dos passivos ambientais tais como a cobrança pelo uso da água. As leis visam desencorajar o usuário poluidor e/ou degradador a continuar suas atividades lesivas, auxiliando o mesmo a conciliar aumento de produtividade sem exaurir os recursos hídricos, pois disciplinam o uso da água promovendo a conscientização da importância do seu uso sustentável. Os princípios Usuário-Pagador, Poluidor-Pagador e Participação reorientam o processo de desenvolvimento da agricultura irrigada. Entretanto, as leis ambientais, perante o setor agrícola, apresentam-se revestidas de um caráter punitivo.

Visando a otimização da utilização dos recursos hídricos na agricultura irrigada e sua gestão integrada de maneira holística e interdisciplinar, a presente tese sustenta que o instrumento de cobrança pelo uso da água na agricultura irrigada, embasado nos princípios do direito ambiental poluidor-pagador, usuário-pagador e participação, bem como a difusão da consciência ecológica através da educação ambiental, são ferramentas para se garantir a sustentabilidade dos recursos ambientais.

## **2. A ESCASSEZ DE ÁGUA E A IMPORTÂNCIA DA AGRICULTURA IRRIGADA**

Embora possua 12% de toda a reserva de água doce do mundo, o Brasil apresenta conflitos relacionados ao seu uso em várias regiões. Aproximadamente 70% dessa água encontram-se na Bacia Amazônica, onde vivem apenas 7% da população, restando apenas 30% distribuídos nas outras regiões do país, onde se concentram 93% da população brasileira.

O crescimento populacional e o desenvolvimento agroindustrial aliados ao uso irracional da água, sua distribuição irregular e a contaminação de corpos hídricos geraram escassez. Nos últimos 60 anos, a população mundial duplicou e o consumo de água multiplicou-se por sete (Moraes & Jordão, 2002). Cerca de 1 bilhão de pessoas não possuem disponibilidade suficiente de água para consumo doméstico e, em 30 anos, 5,5 bilhões de pessoas sofrerão com a falta d'água. Mais da metade da água disponível está sendo retirada diretamente dos rios e, espera-se que tal proporção chegue a 70% no ano de 2025.

Paralelamente ao crescimento populacional aumenta a demanda por alimentos. Mais de 50% da população mundial depende de produtos irrigados. No mundo, 1/6 da área cultivada é irrigada e responde por 1/3 da produção global de alimentos. Cerca de 840 milhões de pessoas não possuem o suficiente para comer. A Agenda 21 faz projeção de que no ano de 2025, 83% da população mundial prevista estará vivendo nos países em desenvolvimento, onde, na maioria das vezes, a utilização dos recursos hídricos não é planejada, dificultando a produção de alimentos ou desperdiçando água. Serão mais de dois bilhões de pessoas com déficit de alimentos sendo necessário, para se atender a essa demanda, um suprimento de água 60% maior que o atual (Oliveira & Coelho, 2000; Nunes, 2001).

A irrigação é a atividade humana que demanda maior quantidade total de água, respondendo por 80% das derivações de água no mundo e superando os 60% no Brasil. Todavia, grande parte da água consumida pela agricultura irrigada volta para o ciclo hidrológico. Nesse sentido, Folegatti et al. (2004) fazem importante consideração:

*“...a agricultura é a maior consumidora de recursos hídricos, porém, vale ressaltar que apenas 3 a 5% dessa água é retirada pelos vegetais e 95 a 97% do volume aplicado aplicado retorna a atmosfera na forma de vapor d' água e, conseqüentemente, para os mananciais e rios na forma de chuva, mantendo o ciclo hidrológico. Por essa razão, a referência de conservador de água é verdadeira ao produtor irrigante que pratica técnicas de manejo de água e solo, contrária a hipótese de que a irrigação é uma das principais atividades agrícolas causadoras do uso irracional dos recursos hídricos” (Folegatti et al., 2004, p.214).*

Cabe ressaltar que a agricultura irrigada gera cerca de 1,4 milhões de empregos diretos e 2,8 milhões de empregos indiretos. Como o Brasil irriga menos de 3 milhões de ha (5% da área cultivada) e possui potencial para irrigar 16 milhões de ha, a irrigação tem capacidade para empregar cerca de 24 milhões de pessoas no país (Lima et al., 2003; Nunes, 2001)

A agricultura irrigada manejada adequadamente pode triplicar a produtividade de uma área, entretanto, se não for feita de forma eficiente, pode provocar sérios danos ambientais, dentre eles: modificação do meio ambiente, consumo exagerado da disponibilidade hídrica da região, contaminação dos recursos hídricos, salinização do solo nas regiões áridas e semi-áridas e problemas de saúde pública, erosão dos solos, assoreamento dos corpos hídricos entre outros (Lima et al, 2003; Nunes, 2001). Por esse motivo é necessário adotar sistemas de irrigação que operem com máxima eficiência. Os vários métodos de irrigação existentes possuem eficiências que variam de acordo com diversos fatores sendo que o manejo da irrigação é um dos mais importantes. Entretanto, isso não significa que um método seja melhor que outro pelo fato de ser mais eficiente em termos de aplicação de água. Cada método possui suas vantagens e desvantagens e se ajustam a situações diferentes.

A irrigação por superfície é um método mais barato, entretanto, a desuniformidade da aplicação da água e a falta de controle sobre o total infiltrado redu-



zem sua eficiência que varia de 40 a 60%. Segundo Coelho (1986), o excesso de irrigação provocado por este método causa perdas de água por percolação e/ou “runoff” e de nutrientes por lixiviação, problemas de afloramento do lençol freático que causam salinização e conseqüentemente baixo rendimento das culturas. Dessa forma, infere-se que a irrigação por superfície não é o método indicado para as bacias muito impactadas, onde há conflitos pelo uso da água. Nesses locais deve-se aplicar os princípios Usuário-Pagador e Poluidor-Pagador para estimular os irrigantes a adotarem técnicas de irrigação que demandem menor volume de água e carrieem menos nutrientes para os corpos hídricos, e isso exige a conscientização dos produtores, via princípio da Participação. Nesses casos, a cobrança pelo uso da água pode ser a maneira de se racionalizar seu uso, pois estimulará o produtor a substituir os sistemas de irrigação pelos mais eficientes, ainda que isso exija investimentos elevados, pois o ônus imputado pela cobrança será menor para os produtores que possuam esses sistemas mais eficientes.

Já a irrigação por aspersão possui uma eficiência de 65 a 85% e as perdas de água podem ocorrer por evaporação, percolação e deriva. Essas perdas podem variar de valores quase nulos em irrigações noturnas, até 35% do total aplicado em irrigações diurnas sob condições de vento muito fortes (maiores que 4m.s<sup>-1</sup>). Em grandes projetos de irrigação, em que a água é distribuída por rotação entre os proprietários, ou seja, maiores vazões por determinado tempo para cada proprietário, os métodos de irrigação por superfície adaptam-se melhor do que por aspersão, mas para distribuição contínua, com menores vazões, o método por aspersão adapta-se muito bem (Bernardo, 1984).

A irrigação localizada por sua vez possui características de distribuição de água que favorecem a eficiência do método (90 a 95%), pois a água é aplicada em pequenas doses e em alta freqüência diretamente no pé da planta, entretanto exige investimentos elevados.

Maximizar a eficiência nem sempre significa otimizar o lucro, pois o aumento dos custos iniciais e operacionais estão, normalmente, associados ao aumento na uniformidade da irrigação. Máximo lucro pode ser obtido com menor uniformidade, principalmente quando a água, energia e fertilizantes não são fatores restritivos quanto à disponibilidade, qualidade e custo (Frizzone, 1992). Todavia a deflagrada crise do abastecimento hídrico que afeta bacias com baixa disponibilidade hídrica, bastante povoadas e com disputa pela água entre os diversos setores usuários torna a água um fator restritivo, e nesses locais, a cobrança pelo uso da água será inevitável, e todos os usuários deverão possuir outorga pelo uso da água, sendo considerado poluidor todo usuário que não utilizar a água de maneira racional e sustentável. Nessas situações, irrigação com máxima eficiência será uma necessidade; mais que isso, uma obrigação. Entretanto, quanto mais eficiente um método de irrigação, maior a exigência tecnológica, maiores os investimentos, mais preparados os agricultores deverão estar para manusear os equipamentos.

Além de garantir a produção agrícola, a irrigação é considerada elemento fomentador do desenvolvimento econômico. A Lei 8.171/91, que dispõe sobre a Política Agrícola, define a irrigação como fator de bem-estar social de comunidades rurais (Testezlaf et al, 2002). Assim, cabe ressaltar a importância do uso

da tecnologia de irrigação com eficiência, projetos corretamente dimensionados e com manutenção adequada, tomando-se a bacia hidrográfica como unidade de planejamento e implementação. O monitoramento da agricultura irrigada permite o aumento da produtividade sem acarretar prejuízos advindos dos custos de manutenção e operação do sistema. Estudo realizado pela Companhia Energética de Minas Gerais mostra que o uso racional da irrigação levaria a uma economia de 20% de água e 30% de energia (Lima et al., 2003). Sendo assim, projetos que operam com baixa eficiência precisam ser ajustados. Nos casos de bacias hidrográficas muito impactadas, projetos que viabilizem o reuso de efluentes, utilização de água da chuva e recarga do aquífero subterrâneo podem ser uma alternativa. Além disso, o instrumento de cobrança pelo uso da água é uma maneira de estimular a redução do consumo excessivo de água e conscientizar o produtor rural da importância do seu uso racional, pois gera recursos e viabiliza a gestão da demanda.

A cobrança irá ajudar a educar os produtores irrigantes, mas deve haver um valor diferenciado para o usuário que utiliza forma eficiente e racional a água, prevendo-se a esse produtor até mesmo a isenção da taxa pela sua enorme contribuição na preservação dos recursos hídricos. Por outro lado, deve haver orientação técnica qualificada e políticas públicas que promovam incentivos como financiamentos e subsídios para a implementação de equipamentos de alta eficiência. Essa estratégia de manutenção do homem no campo evitará o êxodo rural e o conseqüente agravamento dos problemas de exclusão social já vividos nas cidades.

### **3. HOLISMO, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E LEGISLAÇÃO AMBIENTAL**

O manejo holístico dos recursos hídricos envolve diversas áreas do conhecimento e deve se amparar não só nas questões ambientais, mas também nos fatores sociológicos, econômicos, culturais e no Direito. O holismo, palavra derivada do grego, *Holos*, que significa o Todo, a Totalidade, objetiva integrar os vários campos de estudo, é uma visão segundo a qual a sociedade e a natureza formam um todo indissociável. A visão holística consiste na “complementaridade do conhecimento através da valorização da multidisciplinariedade como forma integradora e facilitadora da produção do conhecimento” (Oliveira, 2000, p.41). O holismo busca derrubar fronteiras entre os vários campos de estudo, estabelecendo o comportamento ético e a visão integral do homem. Está diretamente relacionado ao conceito de desenvolvimento sustentável, já que, de acordo com o Princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (Abreu, 2003, p.5).

A Ecologia é a ciência que estuda as relações entre os seres vivos e o seu ambiente. De acordo com Charbonneau & Rodes citados por Iftoda (2003), a Ecologia é “uma abordagem do meio humano e de suas inter-relações com os outros meios”, no intuito de abranger os “seus aspectos econômicos, sociológicos, políticos, dentro de uma perspectiva global e crítica”. Assim, infere-se que

o recorte ecológico do manejo dos recursos hídricos aborda o gerenciamento das águas de forma interdisciplinar e integrada. A Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) conceitua meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Ventura & Rambelli, 1999). Esta lei consolidou a percepção por parte da sociedade da necessidade da gestão integrada dos recursos naturais.

O relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento (“Comissão Brutland”), conhecido como “Nosso Futuro Comum”, foi divulgado em 1987 pela ONU e definiu o Desenvolvimento Sustentável como “um processo de transformação através do qual a exploração dos recursos naturais, a orientação dos investimentos, das inovações técnicas e institucionais, se encontram em harmonia e reforçam o potencial atual e futuro de satisfação das necessidades do homem” (CMMAD, 1988). Nesse contexto, o desenvolvimento sustentável é “o desenvolvimento que vai ao encontro das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras em encontrarem suas necessidades” (CMMAD, 1988). Em resposta a uma solicitação da “Comissão Brutland” foi criada em 1989 a “Comissão Latino-Americana de Desenvolvimento Sustentável” que publicou em 1990 o documento “Nossa Própria Agenda”. Esse relatório aponta como pontos centrais do desenvolvimento sustentável: o meio ambiente como papel fundamental para a qualidade e manutenção da vida, e a garantia para as gerações futuras de uma base de recursos igual à que está disponível para a geração atual (ONU, 1992). A nossa Constituição Federal reflete esses conceitos em seu art. 225, cujo caput garante a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado e define o mesmo como bem de uso comum do povo. Assim, gerir a natureza como um patrimônio, de forma sustentável, ou seja, garantindo sua transmissão às futuras gerações é a atual premissa de toda a sociedade. O direito ambiental vem, assim, amparar a proteção dos recursos naturais em bases legais, interligando de forma interdisciplinar a tutela deste bem difuso. Direito Ambiental estuda as relações jurídicas ambientais, observando a natureza constitucional, difusa e transindividual dos direitos ambientais, buscando sua proteção e efetividade, visando conciliar produtividade e proteção ambiental. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente ecologicamente equilibrado – dentro do qual se insere a preservação dos recursos hídricos - encontram respaldo no direito ambiental, pois a proteção é efetivada através das leis.

A Lei 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos) dispõe que a água é um recurso natural limitado (Ventura & Rambelli, 1999). Além disso, a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida. Então, se todos têm direito à vida e esta depende da água, todos têm direito à água, devendo usá-la de maneira racional.

Dentro desse contexto, vislumbra-se a necessidade da adoção de políticas públicas que propiciem o manejo adequado da irrigação em nível de bacia hidrográfica. O uso das leis referentes à cobrança pelo uso da água, amparada nos princípios de direito ambiental Poluidor-Pagador, Usuário-Pagador e educação ambiental através do princípio da Participação são instrumentos de auxílio à implementação do desenvolvimento sustentável.

#### 4. BACIAS HIDROGRÁFICAS E GESTÃO INTEGRADA DE RECURSOS HÍDRICOS

A Política Nacional de Recursos Hídricos instituiu “a bacia hidrográfica e a unidade territorial para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos” e dispõe que “os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e por país”. A mesma lei instituiu ainda que a água é um bem público, um recurso natural limitado dotado de valor econômico e sua gestão deve proporcionar o seu uso múltiplo e ter a bacia hidrográfica como unidade territorial, dispondo ainda a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Sendo assim, a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, sendo a Bacia Hidrográfica a unidade de planejamento, mas a competência para legislar é centralizada e cabe à União.

As bacias hidrográficas são ecossistemas com predomínio de uma única saída possibilitando a realização de uma série de experimentos (Valente & Castro, 1981). Também constituem ecossistemas adequados para a avaliação dos impactos causados pela atividade antrópica, os quais podem acarretar riscos ao equilíbrio e à manutenção da quantidade e da qualidade da água, uma vez que estas variáveis estão relacionadas com o uso do solo (Baruqui & Fernandes, 1985). Já as microbacias são responsáveis pela manutenção de grandes sistemas fluviais. O potencial de crescimento da agricultura irrigada está ligado diretamente à disponibilidade de água, daí a importância da adoção do manejo integrado da bacia hidrográfica permitindo o crescimento do uso tecnológico da irrigação sem ameaça a disponibilidade de água e geração de conflitos com outros setores usuários.

A Política Nacional de Recursos Hídricos instituiu a bacia hidrográfica como unidade de gestão, conferindo à água o caráter de recurso limitado e bem público dotado de valor econômico. A gestão integrada deve, portanto, proporcionar o seu uso múltiplo racional e integrado para que os setores usuários tenham disponibilidade de água em qualidade e quantidade evitando conflitos e escassez futura.

Portanto, as bacias hidrográficas são importantes no ciclo hidrológico e na maioria das vezes encontram-se degradadas ou em processo de degradação (poluição doméstica, agrícola e industrial) pela falta de planejamento e uso inadequado dos recursos ambientais das mesmas comprometendo a qualidade e a quantidade da água disponível.

A utilização integrada alia a gestão dos recursos hídricos com aspectos de quantidade e qualidade, a sua adequação às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do país, a integração com gestão ambiental, com o uso do solo etc. Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado entende que:

*“Os recursos hídricos não podem ser geridos de forma isolada em relação ao meio ambiente. Portanto, o planejamento ambiental concernente à fauna (aquática e terrestre), as florestas, o uso do solo e de agroquímicos, a instalação de indústrias, a renovação das antigas indústrias e o zoneamento ambien-*

*tal das bacias hidrográficas são algumas das matérias que devem ser levadas em conta na gestão das águas” (Machado, P.A.L. 2002, p.42)*

A bacia do rio Piracicaba, por exemplo, é uma das mais impactadas do país devido à elevada taxa de ocupação urbana, desenvolvimento industrial e intensa atividade agrícola (Ferraz, 2001). A demanda por água para irrigação foi calculada em 7,45 m<sup>3</sup>/s (CBH-PCJ, 2002). As culturas agrícolas permanentes e temporárias ocupam uma área de 3.960 km<sup>2</sup> e representam 28% da área da Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos –Piracicaba, Capivari e Jundiá.

Nas microbacias que compõem a bacia do rio Piracicaba encontram-se pequenos produtores rurais que fazem uso da tecnologia de irrigação, mas não utilizam técnicas adequadas de manejo da água por falta de difusão de informações geradas pela pesquisa, por falta de recursos para investir em sistemas de irrigação eficiente, devido à cultura do desperdício, dentre outros motivos, ocasionando um uso de água ineficiente na irrigação.

A adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento consiste em um dos princípios básicos do gerenciamento dos recursos hídricos e deve ser aplicado à agricultura irrigada. Especificamente, a adoção da microbacia como a unidade surge como “uma escolha científica sensata por ser o *locus* onde se pode atacar as causas da degradação do espaço geográfico em que as forças de destruição atuam” (Amorim, 1995, 1994 citado por Hissa & Machado, 2004, p.355), a menor unidade de planejamento e gestão de recursos hídricos onde se pode efetivamente intervir no manejo da água. Pois a microbacia é “um espaço geográfico de referência, com um nível de complexidade ambiental suficiente para permitir a análise e monitoramento de interações ecológicas na atividade agrícola” (Hissa e Machado, 2004, p.356), e por existir a possibilidade de, juntamente com produtores rurais, serem testados, adaptados e desenvolvidos modelos de sistemas integrados de manejo de conservação de solo e água (Hissa e Machado, 2004).

Assim, a expansão de áreas irrigadas deve assegurar a equidade e sustentabilidade do uso da água, através do manejo integrado de bacias hidrográficas, otimização dos sistemas de irrigação, educação ambiental visando direcionar para o uso racional da água e utilização das normas ambientais regulamentadoras do uso de recursos hídricos.

## **5. A COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA NA AGRICULTURA IRRIGADA**

A escassez da água em qualidade e em quantidade levou à sua valoração econômica. A cobrança pelo uso da água é um instrumento econômico de gestão de recursos hídricos, que visa a redução das externalidades negativas. Nas palavras de Silva (1998) “um instrumento pelo qual se busca incitar os usuários a atingir o nível ótimo de utilização da água, através da internalização dos custos sociais na contabilidade dos usuários”.

O usuário, ao consumir água, causa interferências prejudiciais aos demais usuários da bacia hidrográfica, como poluição das águas, escassez, entre outras. Dessa forma, as externalidades negativas são os custos sociais gerados, que não

são contabilizados aos custos privados de utilização da água, levando toda a sociedade a pagar pela preservação dos recursos hídricos. A cobrança visa, justamente, afastar esse ônus social, internalizar as externalidades, impondo ao usuário o dever de arcar com os custos da utilização dos recursos hídricos e/ou sua poluição. Assim, a cobrança pelo uso da água é um instrumento de gerenciamento utilizado pelo Estado, na sua condição de gestor dos recursos hídricos, com o intuito de racionalizar seu uso. Segundo Granziera (2000), a cobrança pelo uso da água possui três finalidades: reconhecer o valor econômico da água, racionalizar a sua utilização e gerar receita para financiar programas de recuperação dos recursos hídricos. A estrutura dos mecanismos de cobrança é composta por base de cálculo, preço unitário e coeficientes. A base de cálculo é determinada em função do uso da água, sendo a vazão o parâmetro do uso quantitativo e carga de poluentes lançadas o parâmetro do uso qualitativo. Entretanto, no Brasil propõe-se uma abordagem pioneira, que integra gestão de quantidade e qualidade<sup>1</sup>, através da “transformação” de carga lançada em vazão de diluição (Thomas, 2002).

O preço unitário é determinado em função dos objetivos da cobrança<sup>2</sup>, ressaltando-se que as principais teorias econômicas de valoração da água possuem limitações como, por exemplo, a complexidade para caracterizar a dinâmica da poluição em uma bacia hidrográfica e a interligação entre os seus trechos (Thomas, 2002).

Os coeficientes foram criados devido à necessidade de adaptação da estrutura de cobrança para atender a uma série de objetivos específicos (como diferenciar a cobrança em função do tipo de uso, da localização do usuário, entre outros), todavia, nem sempre eles são quantificados de forma precisa sendo, por vezes, determinados através de negociações políticas. Dependendo da quantidade e da forma como forem empregados os coeficientes, pode-se ter significativas alterações no valor final da cobrança, podendo fazer o mecanismo de cobrança perder transparência e, conseqüentemente, credibilidade (Thomas, 2002). Nesse sentido:

*“Do ponto de vista da teoria econômica, a cobrança pelo uso da água é o instrumento pelo qual se busca incitar os usuários a atingir o nível ótimo social de utilização da água, através da internalização dos custos sociais (externalidade) na contabilidade dos usuários. O nível social ótimo é aquele que está de acordo com padrões ambientais estabelecidos pela sociedade em função de seus desejos e de suas metas de utilização. Consiste na cobrança de valores dos usuários da água que provoquem qualquer alteração nas suas características de quantidade, qualidade ou regime, dependendo da classe de enquadramento do corpo d’água em questão. Os recursos financeiros são coletados pelo poder público para serem aplicados em ações de recuperação dos recursos hídricos”* (Silva, 1998, p. 129).

<sup>1</sup> O sistema de gestão integrada está disposto no art. 3º da Lei nº 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos), que integra a gestão dos recursos hídricos com aspectos de quantidade e qualidade, a sua adequação às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do país, a integração com gestão ambiental, com o uso do solo etc.

<sup>2</sup> O artigo 19 da Lei nº 9.433/97 dispõe que os objetivos da cobrança são: reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; incentivar a racionalização do uso da água; obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos Planos de Recursos Hídricos.

A cobrança está inserida dentro dos princípios de direito ambiental Poluidor –Pagador e Usuário-Pagador e não tem a natureza de tributo.

Segundo Machado (2001) o Princípio Poluidor-Pagador obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada. O princípio Usuário-Pagador obriga o usuário do recurso ambiental a arcar com os custos que tornem possível a utilização dos recursos e também a arcar com os custos advindos de sua própria utilização. A Lei 6.938/81 dispõe que “a Política Nacional do Meio Ambiente visará à implantação, ao poluidor ou predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (Ventura & Rambelli, 1999). Vale ressaltar que a referida lei define Poluidor como sendo “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividades causadoras de degradação ambiental”.

A política Nacional de Recursos Hídricos prevê essa tarifação cujos principais objetivos são: contribuir para o gerenciamento da demanda, redistribuir custos sociais, gerar recursos para projetos e programas, melhorar a qualidade de corpos d’água receptores de efluentes e incorporar as dimensões social e ambiental ao planejamento global. De acordo com Garrido (2000), a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, ao lado da outorga e outros instrumentos, atua como um dos mais eficazes indutores do uso racional desse recurso.

A cobrança já estava prevista no Código Federal das Águas de 1934. A Constituição do Estado de São Paulo de 1989 e a Lei 7663/91 (Ventura & Rambelli, 1999) também a previram. A Constituição do Estado instituiu o Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos que visa o desenvolvimento sustentável. A Lei 7663/91 criou os Comitês de Bacias, órgãos colegiados deliberativos, compostos por representantes do governo estadual, municipal e membros de entidades e organizações da sociedade civil, responsáveis por definir ações e obras de manutenção e recuperação dos recursos hídricos em cada bacia.

Cabe lembrar ainda que a Lei de Política Nacional de Irrigação (Lei nº 6.662/79) dispõe que “a utilização de águas públicas, para fins de irrigação e atividades decorrentes, dependerá de remuneração a ser fixada de acordo com a sistemática estabelecida em regulamento” (Ventura & Rambelli, 1999). Nesse sentido:

*“A cobrança pelo uso da água permitirá a introdução de tecnologias eficientes e a redução da demanda ineficiente; a participação pública no gerenciamento, realizada em nível das bacias hidrográficas; descentralização das ações, e o equilíbrio entre as forças de mercado, sociais e ambientais” (Tucci et al, 2000, p.118).*

A cobrança foi regulamentada recentemente pela Lei Federal 10.881/2004, que regulamenta os contratos de gestão entre a Agência Nacional de Águas e as entidades que irão exercer a função de Agência das Águas, braço executivo dos Comitês de Bacia Hidrográfica. A lei dá autonomia aos Comitês para que os mesmo constituam uma agência das águas ou nomeiem uma entidade para constituí-la. Essa lei promove a descentralização da gestão dos recursos hídricos,

garantindo que os recursos arrecadados sejam aplicados na própria bacia, pois os contratos de gestão dos recursos arrecadados nas bacias serão assinados entre a ANA e as agências, de modo que o dinheiro seja aplicado na própria bacia, em obras e projetos escolhidos pelo Comitê de Bacias.

Alguns países já implantaram a cobrança pelo uso da água e, o que se verifica, é que os custos sociais referentes à utilização e poluição das águas acabam sendo internalizados pelos usuários. O que se observa é que, de maneira justa, quem paga é quem usa e/ou polui, ou seja, ocorre a internalização das externalidades.

No Brasil apenas a Bacia do Rio Paraíba do Sul instituiu a cobrança, todavia, com o sancionamento da Lei 10881/04, outros Estados deverão implementá-la. A Bacia do Rio Piracicaba deverá implementá-la em 2005 e a do São Francisco em 2006.

Pode-se tomar como exemplo de sucesso da cobrança pelo uso da água a Bacia do Rio Paraíba do Sul que, segundo dados disponibilizados pela ANA<sup>3</sup>, no ano de 2004 arrecadou R\$ 2098,23 somente no setor irrigante, lembrando que 57,78% do referido setor manteve-se inadimplente, o que faz pensar que o valor arrecadado deveria ser muito superior ao obtido. Esse montante somado aos outros setores usuários gerou uma receita de R\$ 6.330.636,81. O dinheiro arrecadado com a cobrança já está sendo investido em obras de controle de erosão, implantação de estações de tratamento de esgoto, obras de melhoria nas tomadas d'água entre outras.

Apesar de ser considerada uma ferramenta essencial para disciplinar o uso racional da água, existe muita resistência por parte dos setores usuários. Estudo realizado por Faganello et al (2004)<sup>4</sup> na microbacia do Ribeirão dos Marins em Piracicaba-SP, averigou que dos 11 produtores entrevistados, 29% afirmaram concordar com a cobrança enquanto 71% manifestaram-se terminantemente contra a cobrança pelo uso da água na irrigação. Dos que disseram ser contra, a grande maioria afirmou que a água lhes pertencia uma vez que a nascente situa-se em suas propriedades. Isso demonstra que as leis estão muito distantes da realidade destes agricultores, que não fazem a mínima idéia do que seja um bem de uso comum, nem tampouco direitos difusos. Quando questionados sobre a preocupação com a falta de água nos próximos anos, 73% dos produtores afirmaram ter medo da escassez de água. Os outros 27% afirmaram não ter medo de falta de água, o que demonstra que muitos produtores ainda não possuem consciência da dimensão que o problema da escassez de água poderá acarretar em um futuro próximo. Isso leva a crer que é necessário que se tomem medidas urgentes no sentido de se levar ao conhecimento dos produtores a gravidade do problema da escassez de água que a Bacia do Piracicaba sofre, bem como grande parte de suas microbacias, para coibir o uso inadequado da água e estimular seu uso racional. A demanda de água na sub-bacia do Piracicaba é crítica, sendo que no Alto Piracicaba a relação demanda/disponibilidade atinge 166,37% e no Baixo Piracicaba atinge

<sup>3</sup> [www.ana.gov.br](http://www.ana.gov.br)

<sup>4</sup> dados não publicados



135,20% (CBH-PCJ, 2000). O Relatório de Situação de Recursos Hídricos de 2003 do Comitê BH-PCJ mostra uma área irrigada da BH-PCJ de 17.046 ha, sendo a demanda de água de 8,114 m<sup>3</sup>/s (CBH-PCJ, 2004). De acordo com o DAEE/PRODESP (2004), a vazão outorgada é de 1,587 m<sup>3</sup>/s, ou seja, 6,527 m<sup>3</sup>/s menor que a demanda. Isso demonstra que este volume de 6,527 m<sup>3</sup>/s é retirado sem nenhuma fiscalização, o que deve ser corrigido através da regularização das outorgas para não agravar o problema de escassez. Assim, acredita-se que um trabalho de educação ambiental, levando ao produtor o conhecimento de como e porquê as leis referentes aos recursos hídricos foram feitas e qual a sua importância para a preservação dos mesmos, é fundamental para auxiliar o combate ao desperdício de água e para desmistificar a impressão de medidas punitivas e prejudiciais que elas transparecem.

## 6. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O art. 225 da Constituição Federal dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Silva (2000), ao comentar o dispositivo legal, observa que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, brasileiros ou estrangeiros, incluindo as gerações presentes e futuras; observa ainda que o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo é do Poder Público e da coletividade; e salienta que o meio ambiente não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada, nem de pessoa pública, sendo um bem difuso. A Lei 9.433/1997 vem reforçar o dispositivo constitucional ao dispor como um dos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”.

O desenvolvimento sustentável deve ser visto como uma necessidade global, sendo a preservação ambiental um dever conjunto do Estado e de toda a sociedade. O Princípio da Participação aparece ainda na Lei 6.938/81 que estabelece como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente a educação ambiental em todos os níveis do ensino com o objetivo de capacitar a comunidade para participação ativa na defesa do meio ambiente. Cabe frisar que, de acordo com Fiorillo (2001), a informação e a educação ambiental são elementos fundamentais para a efetivação desse princípio. O produtor rural não tem a devida consciência da necessidade de evitar o gasto excessivo de água. Faltam a ele, conhecimentos sobre as quantidades de água necessárias para o bom desempenho de sua cultura em seus estágios de desenvolvimento. Os resultados das poucas pesquisas hidroagrícolas disponíveis não são difundidos adequadamente (Telles, 1999). Todavia, “as novas soluções encontradas tais como novas tecnologias de irrigação, legislação, associações da sociedade civil, precisam estar associadas ao processo educa-

tivo”<sup>5</sup>. Cabe ressaltar que técnicas impositivas de educação ambiental são muito frequentes, na tentativa de mostrar aos indivíduos o que é uma atitude ambientalmente correta. Isto se violenta um dos princípios da educação ambiental que é a democracia. Desta forma, é preciso compreender que é necessário por em prática o diálogo, usando uma postura aberta, buscando construir novos caminhos de ensinar a preservação os recursos naturais, através da habilidade de argumentação e da democracia participativa. Nesse sentido:

*“A educação ambiental deve ajudar a desenvolver e nutrir uma consciência ética que contemple todas as formas de vida com as quais compartilhamos este planeta, respeitar suas necessidades e impor limites à sua exploração” (Duailibi, 2003)<sup>6</sup>.*

Fatores sociais, econômicos, ecológicos, culturais, tecnológicos estão atrelados o que leva à necessidade de se entender o ambiente onde se está inserido para então atuar sobre ele. Daí a importância da aplicação do Princípio da Participação e da difusão de conhecimento através da educação ambiental, pois assim será possível buscar um processo de conscientização coletiva e não somente ações isoladas.

A questão ambiental é uma entre tantas questões que marcaram o final do século passado em reflexões sobre os caminhos da humanidade. A educação ambiental surge como uma nova forma de encarar o comportamento e o papel do ser humano no Planeta Terra. “Conforme as reflexões vão se aprofundando, percebe-se que a distinção da educação ambiental, bem como sua força é seu poder multidisciplinar de questionamentos da segmentação entre os diferentes campos de conhecimento” (Parâmetros Curriculares Nacionais, 1998, p.30).

Os rumos do desenvolvimento sustentável e das práticas cotidianas promovem discussões a respeito de uma nova ética global, isso significa que os atores principais desta realidade são os próprios indivíduos que compõem a sociedade e precisam articular ações no campo político, cultural, social, ambiental e econômico, ampliando os laços de sociabilidade e democratização da vida.

A promoção de um desenvolvimento equilibrado nas questões econômicas, sociais e ambientais, também chamado de desenvolvimento sustentável, exige comprometimento de políticas econômicas saudáveis e um gerenciamento igualmente saudável, uma administração pública eficaz e previsível, integração das preocupações ambientais ao processo de tomada de decisões e avanço para um Governo democrático (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento 1992, pg, 20).

Assim sendo, inúmeras definições sobre Educação Ambiental vem sendo construídas por diversos autores e encontros tanto regionais, quanto internacionais a respeito desse assunto.

<sup>5</sup> HOEFEL, João Luiz de Moraes. Palestra proferida na mesa redonda *Educação Ambiental: fundamentos e perspectivas* em 01.04.2005 na Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz.

<sup>6</sup> DUAILIBI, Mirian. Palestra proferida na mesa redonda: *Educação Ambiental: fundamentos e perspectivas* em 01.04.2005 na Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz.

A primeira definição internacional da Educação Ambiental foi adotada pela Intenacional Union for the Conservation of Nature (IUCN) em 1971 que enfatizou os aspectos ecológicos da conservação. Basicamente, a Educação Ambiental estava relacionada à conservação da biodiversidade e dos sistemas de vida.

Na Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, organizada pela Unesco, realizada na cidade de Tbilisi, em outubro de 1977, foi declarado que “a educação ambiental deve abranger pessoas de todas as idades e de todos os níveis sociais, no âmbito do ensino formal ou não” (Educação Ambiental - As Grandes Orientações da Conferência de Tbilisi, 1997). Todos os meios de comunicação têm a responsabilidade de cooperar através de seus recursos a serviço dessa missão educativa. Nesta mesma Conferência, declarou-se que

*“A Educação Ambiental deve constituir-se de um ensino geral permanente, reagindo às mudanças que se produzem num mundo em rápida evolução”. Essa educação deve possibilitar a compreensão do indivíduo dos principais problemas do mundo atual, proporcionando-lhe uma capacitação com o objetivo de ações cotidianas visando à melhoria da qualidade de vida e a proteção do meio ambiente, consolidando os compromissos com “valores éticos”. “A educação ambiental deve ser direcionada a um processo ativo no sentido de resolver os problemas dentro de um contexto de realidades específicas, estimulando a iniciativa, o senso de responsabilidade e o esforço para construir um futuro melhor”<sup>7</sup>.*

Em julho de 2000, o então presidente da república Fernando Henrique Cardoso regulamenta a lei 9.795 de 27 de abril de 1999 cujo artigo 1º do capítulo I<sup>8</sup> “Da Educação Ambiental” faz saber:

*“Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”.*

Para Viezzer & Ovalles (1995), a educação ambiental pode promover o aprendizado e emprego de novas tecnologias, aumento da produtividade, redução do desastre ambiental, conhecimento e utilização de novas oportunidades e tomada de decisões acertadas. Ela deflagra percepções globais ou locais de fatores econômicos, tecnológicos, históricos, culturais e os processos naturais ou artificiais que causam e sugerem ações para saná-lo; ajudam a compreender, apreciar, saber lidar e manter os sistemas ambientais na sua totalidade, proporcionando uma harmonia nas relações entre a comunidade humana e o meio em que vivemos, integrando-se a sustentabilidade global.

*“Assim como os problemas ambientais não são simples, garantir a existência de um ambiente saudável para todos os seres humanos e outras formas de vida, implica em uma conscientização que vá realmente abranger a todos. Essa ma-*

<sup>7</sup> Educação Ambiental -As Grandes Orientações da Conferência de Tbilisi, 1997, páginas 18 e 19

<sup>8</sup> Pode ser vista na íntegra no site do Ministério da Educação <http://www.mec.gov.br/sef/Ftp/LEI979599.doc>

*turidade ou sanidade só pode ter ressonância através de um processo de educação ambiental, que envolva ciência e ética, e uma renovada filosofia de vida” (Tanner, 1978, p.78).*

Segundo Sato (2002), Educação Ambiental para uma sustentabilidade equitativa é um processo de aprendizagem permanente, baseado no respeito a todas as formas de vida. Tal educação afirma valores e ações que contribuem para a transformação humana e social e para a preservação da natureza. Ela estimula a formação de sociedades socialmente justas e ecologicamente equilibradas que conservam entre si relação de interdependência e diversidade. A Educação Ambiental deve gerar com urgência mudanças na qualidade de vida e maior consciência de conduta pessoal, assim como harmonia entre os seres humanos e destes com outras formas de vida.

De acordo com Loureiro (2002) a Educação Ambiental é uma práxis educativa e social que tem por finalidade a construção de valores, conceitos, habilidades e atitudes que possibilitem o entendimento da realidade de vida e a atuação lúcida e responsável de atores sociais individuais e coletivos no ambiente. Dessa forma, contribui para construção e implementação de um novo paradigma sendo estratégica na formação e contemplação da conscientização das relações sociais e de produção que situam a inserção humana na natureza de maneira harmoniosa e saudável.

Tendo estes princípios de educação ambiental apresentados, podemos enfatizar o papel da participação popular nos processos de gestão ambiental, inclusive dos recursos hídricos, como uma das principais bases teóricas da educação ambiental.

Segundo o minidicionário Aurélio a definição de participação é “1. *Informar, comunicar. 2 ter ou tomar parte em*”

Nas últimas décadas o interesse por participar tem se generalizado. É comum a cada dia surgirem novas associações de bairro, movimentos ecológicos, sociais e outras. Bordenave (1994), lembra que todos os dias as pessoas são convidadas para participarem de algo, por exemplo, as rádios convidam os seus ouvintes a participarem de sua programação.

De acordo com Franco (1995), os envolvidos numa ação participativa pela melhoria da qualidade de vida, tornam possível uma comunidade solidária que encontra elementos capazes de potencializar soluções para muitos dos impasses coletivos, individuais de nossa civilização nos campos da alimentação, da saúde, da educação, meio ambiente, dos relacionamentos humanos e familiares. Qualquer lugar em que vivam os seres humanos pode ser transformado no espaço ético-político alternativo através da ação local. Toda pessoa pode e deve contribuir para fazer de uma coletividade convencial de seres humanos uma comunidade solidária.

A participação pode ir além do respeito ao próximo ou busca da melhoria da qualidade de vida enquanto dimensão política precisa-se falar nos sentimentos tais como, amor ao próximo, amizade e ou empatia. “Participação efetiva é aquela que alimenta a fome da alma do indivíduo. É no coletivo, que podemos dividir as

nossas preocupações, nossos sonhos, sonhar junto e talvez seja isso o que move a nossa vontade de participar” (Brito, 2000, p.32).

Nesse sentido, o pertencer a algo ou a algum lugar, faz aflorar tais sentimentos, o entrelaçamento entre o “eu” e o “nós” é um dos caminhos que constroem o sentimento de pertencimento. Brandão, citado por Segura (1999), fez a seguinte observação:

*“Um sentimento-de-si-mesmo (...) pode e deve ser um verdadeiro fundamento das crenças pessoais e solidárias de todos nós. Esta é uma aproximação a uma busca de verdade que todos nós estamos construindo juntos. E, se muitas coisas nos irmanavam antes, esta consciência (sobre o valor da vida) lógica e afetiva de uma tal dimensão de pertencimento deve nos irmanar ainda mais”*  
(Brandão, citado por Segura, 1999, p. 39).

O conceito de “pertencimento” é formado por tensões que acontecem entre indivíduo-comunidade, comunidade-sociedade e sua relação com a natureza e cultura que é acentuada em nosso cotidiano por inúmeros problemas da sociedade atual e principalmente pelo individualismo que acaba proporcionando uma relação de alienação entre sociedade e natureza, que tem como sua face mais visível à degradação ambiental (Segura, 1999). A opção de assumir o pertencimento seja nas questões ambientais ou sociais, semeando o princípio da co-responsabilidade, deflagra um indivíduo participante que se sente efetivamente dentro dos processos de mudanças na busca da melhoria da qualidade de vida.

Na participação social, cabe ressaltar que o “modo e a capacidade como somos afetados são determinantes para a constituição dos valores éticos” (Ferreira, 1997, p.474). Chauí (2000, p.51) aponta que “só se pode dizer que existe ética se algumas condições forem realizadas como: 1º) a necessidade da existência de um agente que se reconheça como sujeito de sua ação; 2º) esse agente só pode se reconhecer como sujeito da ação se ele for livre para realizá-la; 3º) ele só se sentirá livre para realizá-la se tiver consciência da ação que realiza e 4º) se for capaz de responder por sua ação. Ou seja, a “ética pressupõe a existência de um sujeito racional, consciente, livre, responsável, que é capaz de se autodeterminar para a ação”.

Estas colocações contribuem para a reflexão sobre o encontro das dimensões subjetivas e político social da participação. Segundo Sawaia (2001, p.125), participar passa a ser necessidade, participa-se pelo desejo de ser feliz e livre. “Participar para não ser governado, para viver em alegria de não ser comandado e para evitar que o desejo de não ser governado de uns, transforme em desejo de governar, e o poder se personalize”.

O fortalecimento do sujeito pela ampliação e aprofundamento da consciência das potencialidades e capacidades que possui e constrói para alterar a realidade, pela sua consciência de sua situação social, conforme Sawaia:

*“é eleger a potência de ação como alvo da práxis participativa, equivalendo adotar como objetivo esse fortalecimento do sujeito em perseverar na luta contra a escravidão e não apenas o aprimoramento de sua eficácia de negociador;*

*defensor de seus direitos e de militância como alvo da participação, mesmo porque estes últimos dependem do primeiro” (Sawaia, 2001, p 126).*

Uma das formas de se garantir a gestão participativa dos recursos hídricos é através das consultas públicas para elaboração dos Planos de Bacias realizadas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas. De acordo com a Lei 9.433/97, compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, a elaboração dos Planos de Bacias. Efetivando o disposto na lei, no dia 12 de abril de 2005 foi realizada a primeira consulta pública do Plano das Bacias da bacia dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá. Serão realizadas mais cinco consultas públicas para coletar sugestões da população, sugestões estas que serão sistematizadas e levadas à audiência pública para então ser elaborado o Plano das Bacias PCJ, com a efetiva participação popular. Luiz Roberto Moretti, secretário executivo do CBH-PCJ ressaltou a importância do evento cujo objetivo foi coletar sugestões e subsídios da comunidade das bacias PCJ para contar do Plano de Bacias das bacias PCJ. Nesse sentido Machado (2002), enfatiza que uma maneira eficaz para o fornecimento de subsídios para a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos é audiência pública, cabendo aos Comitês de Bacia Hidrográfica, de acordo com a Resolução 5, de 10.4.200, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, “submeter, obrigatoriamente, os Planos de Recursos Hídricos da bacia hidrográfica à audiência pública”.

Uma das sugestões propostas por Faganello e Folegatti (2005)<sup>9</sup> durante a consulta pública foi a aplicação de parte do dinheiro arrecadado com a cobrança para a implantação nas pequenas propriedades rurais da microbacia do ribeirão dos Marins, de sistemas de irrigação mais eficientes, implantação de um projeto de educação ambiental e implantação um programa de treinamento e monitoramento do manejo da água e assistência técnica em caráter permanente para que os pequenos proprietários rurais tenham acesso a tecnologia eficiente de irrigação, aprendam a importância das leis ambientais e saibam usar racionalmente a água.

Assim, consolida-se o Princípio da Participação. O desperdício e a poluição caminham junto com a desinformação, por isso um programa de extensão rural que leve a educação ambiental despertando a consciência ecológica do homem do campo é um estratagema primordial para a conservação dos recursos hídricos e para que os mesmos possam entender o contexto em que estão inseridos.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** A suficiente produção de alimentos não é concebível sem o uso da tecnologia da irrigação. Todavia seu manejo inadequado acarreta prejuízos à produção agrícola e ao ambiente, ocasionando a formação de passivos ambientais, uma vez que os recursos hídricos são cada vez mais escassos. Assim, a expansão de áreas irrigadas deve assegurar a equidade e sustentabilidade do uso da água, através do

<sup>9</sup> Durante a primeira consulta pública do plano de Bacia do PCJ, realizada em 12 de abril de 2005, os presentes foram convocados a sugerir de que forma o FEHIDRO deve aplicar o dinheiro arrecadado com a cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

manejo integrado de bacias hidrográficas, otimização dos sistemas de irrigação e utilização das normas ambientais regulamentadoras do uso de recursos hídricos. Sendo assim, as leis ambientais amparadas nos princípios de direito ambiental são ferramentas reorientadoras do uso de recursos hídricos visando a preservação das águas em qualidade e quantidade para os usos múltiplos, inclusive para a manutenção e/ou expansão de áreas irrigadas, garantindo a segurança alimentar, desenvolvimento econômico, social e ambiental;

**7.2** Métodos de irrigação pouco eficientes tornam-se incompatíveis com as políticas atuais de uso da água, principalmente em regiões de disponibilidades restrita, por isso, promover acesso a tecnologias eficientes de irrigação e a capacitação dos irrigantes para o uso racional da água irá ajudar a efetivar o combate ao desperdício;

**7.3** A microbacia hidrográfica deve ser usada como foco principal de um trabalho de gestão de recursos hídricos por permitir uma intervenção efetiva no sentido de aumentar a produção de água;

**7.4** Um projeto de educação ambiental junto aos produtores rurais será fundamental para que os mesmos aprendam a usar racionalmente a água, entendam a importância das leis ambientais, e compreendam a proposta de cobrança pelo uso da água como uma das ferramentas de seu gerenciamento, além do resgate e a criação de novos valores na relação homem e natureza e o entendimento das complexas questões sobre a bio e sociodiversidade de uma microbacia hidrográfica.

**7.5** A cobrança é uma ferramenta que induz atitudes voltadas para o uso racional da água desde que aliada a prática de educação ambiental, pois sem essa junção entre legislação e conscientização ambiental o arcabouço jurídico não alcançará o universo dos produtores rurais, transparecendo o poder autoritário do Estado e não a sua função de tutela dos recursos ambientais.

# UM NOVO PARADIGMA: O DIREITO À PAISAGEM GARANTIDO COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA CIDADE EM UM CASO-REFERÊNCIA

*CÍNTIA SCHMIDT*

Advogada, especializanda em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS, membro integrante da Comissão de Jovens Advogados da OAB/RS

## 1. INTRODUÇÃO

Esta tese versa sobre um assunto absolutamente inovador: o direito à paisagem assegurado pela aquisição do espaço aéreo de uma clínica médica aos moradores do Residencial Joana Angélica, através do Direito de Superfície.

A análise do caso-referência<sup>1</sup>: o Residencial Joana Angélica, no bairro Ipanema, na cidade do Rio de Janeiro representa uma grande novidade no direito “urbano-ambiental” brasileiro - a possibilidade de se garantir o direito à paisagem perene pela aquisição do espaço aéreo - através do instrumento de escritura pública, com o advento do Estatuto da Cidade, contendo o instituto do Direito de Superfície.

Foi observado que houve uma mudança paradigmática: o direito à paisagem assegurado aos moradores dos apartamentos do edifício em tela, como um aspecto essencial e diferencial de outros imóveis, demonstrando a importância que a paisagem harmônica tem adquirido na sociedade contemporânea, e, conseqüentemente, uma preocupação maior com o meio ambiente, indispensável à manutenção da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Em decorrência da própria dinâmica do Direito, que exige sua progressão nos moldes da evolução social, está-se inegavelmente diante de um tema muito novo, advindo da própria transformação da sociedade, através de uma nova prática social até então não vivenciada.

Ocorre que o conhecimento científico e tecnológico deve preconizar o desenvolvimento, o bem-estar social e a qualidade da vida humana e, nesse sentido, verifica-se essa busca no caso concreto: o direito à paisagem assegurado pela aquisição do espaço aéreo.

<sup>1</sup>“O estudo de caso-referência permite a análise de um caso exemplar, sem contudo, ficar adstrito às imposições de estudo de caso, permitindo então, a exposição de uma prática social instituinte que permite uma leitura jurídico-política da normativa urbanística”, conforme CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. A plasticidade na teoria contratual. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1993.



Na verdade, a prática da aquisição de espaço aéreo com fundamento no Direito de Superfície deve ser interpretada dentro de uma nova etapa que entra para a história brasileira, assegurando o direito à paisagem, demonstrando que a cidade não é mero palco de referência e sim, ator das relações, na medida em que traduz a imagem dinâmica do espaço urbano, conforme bem delineou a Doutora Rosângela Lunardelli Cavallazzi.<sup>2</sup>

A população urbana está em torno de 80% de toda população brasileira, necessitando-se de um novo modelo de progresso nas cidades que associe o desenvolvimento econômico e a natureza, e neste contexto, insere-se o Estatuto da Cidade, cuja proposta visa agregar valores, implementando políticas urbanas, de acordo com o Plano Diretor de cada cidade, representando um marco em nossa sociedade, aliando a busca de desenvolvimento urbano em bases sustentáveis ao esforço cada vez maior de uma “justiça ambiental” nas cidades.

## 2. DO DIREITO URBANO-AMBIENTAL

Para refletir sobre urbanização, considera-se a concentração da população da cidade. Este processo começou no Brasil no início da década de 1930, época em que se verificou a migração em massa dos moradores da zona rural para a zona urbana, motivados pelas melhores condições de trabalho no contexto do começo da industrialização.

Nas próximas décadas, esse processo foi se tornando cada vez mais intenso. Urbanistas, arquitetos, engenheiros, sociólogos, geógrafos,... sentiram que era necessário reger de modo organizado o desenvolvimento das cidades, especialmente dos grandes centros urbanos e o direito urbanístico ganhou forma recentemente, a partir da explosão urbana que o Brasil teve desde os anos 60, sendo estudado pelos juristas nas últimas décadas.

Ressalta-se que a sociedade humana milenar foi palco, em poucas décadas e em todos seus setores, de profundas e muitas vezes enormes transformações, entre as quais emergiu a sociedade contemporânea, conforme bem delineia Édis Milaré.<sup>3</sup>

Aduz o referido autor que tais transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo as grandes concentrações urbanas, as explosões demográficas, a produção e o consumo de massa, os parques industriais, as multinacionais, os grandes conglomerados financeiros e todas as conseqüências problemáticas inerentes a esses fenômenos sociais.

Júlio José Chiavenato, em sua obra “o Massacre da Natureza”, em 1989, bem denotava que “os recursos materiais da Terra têm fim, e que, se a agressão ao meio ambiente continuar, em poucos anos, o planeta não será capaz de assimilar tanta pancada. E tudo indica que, para resolver o problema da sobrevivência do

<sup>2</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Tradução jurídica e urbanística do estatuto da cidade*. (Palestra na OAB do Rio de Janeiro, em 16 de agosto de 2004).

<sup>3</sup> MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

homem, é preciso mudar as formas de exploração da própria natureza que o alimenta – de tudo: ar, água, matéria-prima, tudo”.<sup>4</sup>

Assim, percebe-se que a sociedade contemporânea está evoluindo, através da busca do desenvolvimento sustentável e da qualidade de vida, ainda que tardiamente, que precisa cuidar da natureza, porque sem ela não há sobrevivência de qualquer espécie.

O Direito tem por funções garantir o equilíbrio das relações sociais, possibilitar o convívio harmonioso e promover a segurança. Portanto, o Direito precisa acompanhar a evolução social e, para que possa alcançar seus objetivos, é necessário que preconize a qualidade de vida da sociedade, buscando a preservação do meio ambiente como direito difuso que a todos pertence, preocupação pertinente ao direito “urbano-ambiental”.

Rogério Gesta Leal já falava sobre essa mudança na qual em decorrência das novas disposições constitucionais vigentes a partir de outubro de 1988, houve o incremento dos debates sobre a possibilidade de se pensar sobre o processo, urbanização e mesmo de ordenação do espaço urbano, sendo significativo, principalmente no âmbito de uma nova concepção (ainda mais formal do que material) da função social da propriedade e da cidade.<sup>5</sup>

O urbanismo não objetiva, somente, à utilidade das construções, mas também busca cuidar dos aspectos artísticos, paisagísticos, monumentais, de interesse cultural e turístico da sociedade estando preocupado sempre com o tratamento dispensado à natureza.

Antonio Carlos Brasil Pinto, citando o ilustre Michel Prieur sobre a idéia de interação do Direito Ambiental, defendendo este ser um direito horizontal, que interage, tendente a penetrar em todos os setores para ser introduzida a idéia ambiental:

*“Champ d’application – Dans la mesure où l’environnement est l’expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l’homme), netre eux et avec leur milieu, il n’est pas surprenant que le droit de l’environnement soit un droit de caractère horizontal, recouvrant les différentes branches classiques du droit (privé, public, et international) et un droit d’interactions qui tend à pénétrer dans tous les secteurs du droit pour y introduire l’idée environnementale”.*<sup>6</sup>

O direito urbano-ambiental é um ramo do Direito para uma situação de crescente descuido do homem moderno para com o meio ambiente. Dá-se em decorrência da evolução por que passa a humanidade, que tende ao esgotamento dos recursos naturais em nome de um padrão de consumo cada vez mais insustentável, principalmente nos grandes centros urbanos, e que precisa ser ordenado.

<sup>4</sup> CHIAVENATO, Júlio José. *O massacre da natureza*. São Paulo: Moderna, 1989, p. 26.

<sup>5</sup> LEAL, Rogério Gesta. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 306, p. 25.

<sup>6</sup> PRIEUR, Michel. apud PINTO, Antonio Carlos Brasil. Atividade turística, preservação, urbanismo e a ecologia da paisagem. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 191.

Assim, o direito ambiental está intrinsecamente ligado ao direito urbanístico, não podendo ser concebido este desvinculado daquele.

### 3. O DIREITO DE SUPERFÍCIE E SUA PREVISÃO NO ESTATUTO DA CIDADE

Estamos diante de uma inovação do Estatuto da Cidade: a inserção do Direito de Superfície em nosso ordenamento jurídico, sendo já há tempos reclamado por nossa doutrina.

O Direito de Superfície tem sua origem no Direito Romano. No nosso país, foi adotado pela primeira vez durante o período da colonização portuguesa, quando estavam em vigor as Ordenações Filipinas. Depois de proclamada a independência política brasileira, em 1822, A Assembléia Constituinte determinou que continuasse a vigorar no Brasil as Ordenações Filipinas, as quais passariam a ser alteradas paulatinamente por legislação esparsa, leis e decretos até que fosse elaborado o Código Civil brasileiro.

O projeto original do Código Civil não previu o Direito de Superfície, mas a comissão revisora deste projeto, garantiu a sua previsão. No entanto, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados pronunciou-se desfavoravelmente à inclusão e o instituto foi retirado do rol elencado dos direitos reais no artigo 674 do Código Civil de 1916, sendo reinserto no nosso ordenamento jurídico apenas com o advento do Estatuto da Cidade e contemplado posteriormente pelo Código Civil que entrou em vigência em 2003.

O presente tema apresenta relevância social na medida em que o direito real de superfície possui um fundamental papel como instrumento de transformação e valorização das terras, pois, atendendo a exigências sociais novas, poderá operar uma grande reformulação urbana e agrária e quanto ao caso-refêrência, uma inovação quanto à aplicação da possibilidade da aquisição do espaço aéreo, garantindo o direito à paisagem, podendo ser aplicado tal instrumento em todo país, sendo possibilitada a preservação de casas antigas em alguns casos, e evitado o adensamento urbano.

O Direito de Superfície está disciplinado na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), nos artigos 21 a 24, correspondendo a um direito real limitado de uso e fruição. A referida lei veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo as diretrizes gerais federais da política urbana, visando principalmente o cumprimento da função social da propriedade urbana.

O artigo 21 define o Direito de Superfície como aquele segundo o qual o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de usufruir da superfície do imóvel por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de Registro de Imóveis. Esse direito abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, atendida a legislação urbanística.

Toshio Mukai denota que o Direito de Superfície é completamente autônomo em relação ao direito de propriedade, falando-se mesmo, por essa razão, em propriedade superficiária.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade: anotações à Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20.

Importa ressaltar que a propriedade superficiária é diversa da propriedade do imóvel, do solo. Ainda que seja em regra para o nosso ordenamento jurídico que o acessório segue o destino do principal, *superficies solo cedit*, o direito em questão é uma negação deste princípio, com absoluto amparo da lei. Desta feita, enquanto vigente o Direito de Superfície não se opera o princípio pelo qual o acessório segue o principal, existindo, excepcionalmente duas propriedades: propriedade do solo e propriedade superficiária.

Esse instituto é importantíssimo, pois aumenta o leque de possibilidades de utilização da propriedade por parte do titular do terreno, senão vejamos: o proprietário de uma terra que não tem recursos para utilizá-la, poderá conceder a alguém em superfície para no referido terreno construir e explorar um hospital, por exemplo. Ou numa praça, o município pode conceder o subsolo para a construção de um estacionamento público e concedendo, na surface sobre o solo para outro interessado, o direito de explorar um restaurante. E assim, há inúmeras inovações que podem ser utilizadas com o advento do Estatuto da Cidade, através do instituto do Direito de Superfície, como também se verifica no caso-referência.

A autora Edna Dias Cardoso comenta que o Estatuto da Cidade estabelece como um dos objetivos da política urbana a garantia do direito a cidades sustentáveis, devendo-se levar em conta a proteção, a preservação e a recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, inclusive, podendo-se dizer que ela é um novo marco político-jurídico para a gestão ambiental.<sup>8</sup>

O Estatuto da Cidade adotou o Direito de Superfície como instrumento aplicável à realização dos seus maiores objetivos dentre as políticas urbanas, renascendo em nosso ordenamento jurídico.

Segundo Edésio Fernandes<sup>9</sup>, o Estatuto da Cidade apresenta quatro dimensões: é considerado um marco jurídico- político para o direito urbanístico; cria novos instrumentos que possibilitam aos Municípios a elaboração de uma nova ordem urbana mais justa; cria processos político-jurídicos para uma gestão democrática das cidades e traz instrumentos jurídicos de regularização fundiária para os assentamentos.

Com o Direito de Superfície, através de um contrato, o proprietário do solo cede a um terceiro os poderes inerentes ao domínio sobre a superfície do terreno, o subsolo ou o espaço aéreo, passando este terceiro, chamado superficiário, a ter um direito real, oponível *erga omnes*, assim que obtém o registro o deste ato junto ao oficial do registro de imóveis.

A concessão do Direito de Superfície pode ser gratuita ou onerosa, devendo presumir-se onerosa, vez que é a propriedade dotada de um intrínseco valor econômico.

E no presente caso foi adotado o Estatuto da Cidade, contendo em sua escritura pública a cláusula da aquisição do espaço aéreo de forma *perene*, sendo rea-

<sup>8</sup> DIAS, Edna Cardoso. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 156-157.

<sup>9</sup> FERNANDES, Edésio. Um novo estatuto para as cidades brasileiras. In: *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

lizada a negociação no ano de 2002, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil, o qual também prevê o Direito de Superfície, o que se deu apenas em 2003, a partir da sua vigência.

#### 4. DIREITO À CIDADE

Quando se trata de uma cidade, pensa-se em funcionalidade inicialmente. Ocorre que as vias públicas, os edifícios e todos os demais equipamentos urbanos devem ser realizados para o eficiente exercício de funções como trabalho, circulação, moradia e lazer e, ainda que a preocupação com a funcionalidade se mostre mais evidente, não deve e nem pode ser a única.

Em recente artigo, a Doutora Rosangela Lunarnelli Cavallazzi, para o IX Congresso da OAB/RJ, sobre Direito à Cidade, realizado em maio de 2005 coloca:

*“A imposição constitucional da realização da função social da cidade, segundo as determinações do plano diretor de cada cidade brasileira estabelece, sem dúvida um novo patamar no sentido da institucionalização do Direito Urbanístico, definitivamente consolidado com a aprovação do Estatuto da Cidade. O Direito à Cidade, representando o feixe dos direitos consagrados na Constituição, constitui direito humano, publicizado na Carta Mundial do Direito à Cidade, aprovada com a assinatura do Ministro do Ministério das Cidades no Fórum Social Mundial, realizado no mês de janeiro de 2005”.*

O pleno exercício do direito à cidade, considerando que todos os moradores são sujeitos deste direito, somente será efetivado no momento em que toda a população tiver acesso à moradia, transporte público, lazer, saneamento, segurança, educação, saúde.

Franklin Dias Coelho<sup>10</sup> defende ser a cidade um lugar de encontro, espaço de ampliação de liberdades por concentrar a diversidade de atores e de identidades sociais, sendo que a degradação social e ambiental põem em questão elementos básicos da vida urbana como água, mobilidade interurbana, áreas verdes, habitação e a crise desses elementos, por atingir toda a população, exige o repensar das cidades, o seu cotidiano, numa nova concepção de desenvolvimento sem perder de vista esta dimensão de lugar onde se constróem sonhos e devaneios democráticos.

E sendo assim, a luta pela reforma urbana revive estes sonhos ao pensar a construção da cidade enquanto obra de seus moradores. E esta dimensão democrática é essencial para a construção de uma noção de desenvolvimento sustentado que não reafirme os modelos atuais de dominação e regulação social.

Para que uma cidade respeite o seu Direito Ambiental Urbano, nas palavras de Luiz Carlos Aceti Júnior<sup>11</sup> é necessário pensar no bem-estar de sua população e

<sup>10</sup> COELHO, Franklin Dias. Desenvolvimento sustentado e reforma urbana. In: DE GRAZIA, Grazia (Coord.). *Direito à cidade e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Reforma Urbana, 1993, p. 28-29.

<sup>11</sup> ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos. *Direito ambiental e direito empresarial*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 20.

complementa ainda que a poluição diminui anos de vida, e quanto maior a poluição, menos os respectivos moradores daquela cidade irão viver, sendo que a saída é cada cidadão aprender a respeitar o meio onde vive.

A cidade tem como escopo tornar possível uma vida satisfatória a todos que nela habitam, sendo elemento construído que deveria ser planejado, mas em sua maior parte apresenta-se de maneira insatisfatória para a maioria de sua população, conforme dispõe a Carta Mundial do Direito à Cidade<sup>12</sup>, aprovada no Fórum Social Mundial de Porto Alegre, em janeiro de 2005.

Para José Afonso da Silva “uma cidade não é um ambiente de negócios, um simples mercado onde até a paisagem é objeto de interesses econômicos lucrativos, mas é, sobretudo, um ambiente de vida humana, no qual se projetam valores espirituais perenes, que revelam às gerações porvindouras a sua memória”.<sup>13</sup>

Assim, vislumbra-se que a cidade vive em constante transformação e de acordo com Sheilla Borges Dourado essa ação do homem sobre o meio ambiente, até bem pouco tempo atrás, não tinha como referência a sustentabilidade, conceito relativamente novo e fundamental para a condução da questão ambiental na atualidade.<sup>14</sup>

Modificando a natureza, o homem cria um ambiente artificial com o qual se relaciona, formado pelas edificações, equipamentos e alterações por ele produzidas, o que corresponde ao conceito de cidade.

Milton Santos revela sobre a cidade ser “um lugar privilegiado para essa revelação e que, nessa fase da globalização, a aceleração contemporânea é também aceleração na produção da escassez e na descoberta da sua realidade, já que, multiplicando e apressando os contatos, exhibe a multiplicidade de formas de escassez contemporânea, as quais vão mudando mais rapidamente para se tornarem mais numerosas e mais diversas”.<sup>15</sup>

Isabella Franco Guerra atenta que hoje em dia existe um tipo de sociedade que reflete como imagem a concentração populacional nos grandes centros urbanos, a industrialização e a submissão do trabalho humano ao ritmo da máquina, sob o signo *time is money*, objetivando alcançar a produção em larga escala, com o maior lucro econômico possível.<sup>16</sup>

Acrescenta a referida autora que o conflito está presente na dinâmica social, uma vez que os indivíduos que compõem o conjunto da sociedade pensam e agem de forma diferente uns dos outros. Assim, como os interesses nem sempre são ho-

<sup>12</sup>Trecho do Preâmbulo: “A carta mundial do direito à cidade é um instrumento dirigido a contribuir com as lutas urbanas e com o processo de reconhecimento no sistema internacional dos direitos humanos do direito à cidade. O direito à cidade se define como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social. Entendido como o direito coletivo dos habitantes das cidades em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que se conferem legitimidade de ação e de organização, baseado nos usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado”.

<sup>13</sup>SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 274.

<sup>14</sup>DOURADO, Sheilla Borges. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 469.

<sup>15</sup>SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 131.

<sup>16</sup>GUERRA, Isabella Franco. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7.

mogêneos, a luta pela convivência destes mesmos interesses integra o espaço das interações entre os homens e que a necessária preservação dos valores culturais, paisagísticos, turísticos e do patrimônio histórico nem sempre se realiza.<sup>17</sup>

Um grande número de estudiosos, pertencentes a diversas áreas do conhecimento, demonstra um significativo interesse em questionar o modelo de “desenvolvimento” verificado nas cidades. Isto porque o problema do equilíbrio ecológico e o de um meio ambiente sadio estão intimamente ligados ao modo de vida da comunidade e à tecnologia por ela utilizada.

Assim, o direito à cidade busca dar condições de vida saudáveis à sua população, verificando-se através do implemento do desenvolvimento sustentável, do direito à paisagem resguardado e da qualidade de vida.

#### 4.1 Desenvolvimento sustentável

O marco da sustentabilidade ampliada tende a se firmar como o novo paradigma do desenvolvimento humano. Todos os signatários dos documentos da ONU assumiram o compromisso de concretizar o desenvolvimento sustentável.

Conforme Roberto Armando Ramos de Aguiar e José Geraldo de Souza Júnior sobre o desenvolvimento sustentável este corresponderia a um desafio que busca assegurar a sustentabilidade dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações, sendo definitivamente incorporado à agenda jurídica, política e social do poder público e dos mais diferentes segmentos da sociedade civil.<sup>18</sup>

Assim, a participação de toda sociedade é necessária e cada vez mais presente, sendo um dos princípios norteadores da nossa legislação infraconstitucional e constitucional, bem como de toda política ambiental no país.

Em verdade, o desenvolvimento sustentado busca a constituição de uma ordem social justa, que tenha no direito à vida e no reconhecimento dos direitos sociais seu compromisso fundamental, que se sustente em uma cultura democrática e de construção da cidadania.

A prática do desenvolvimento sustentável passa obrigatoriamente pela mudança de atitudes, pois é necessário um engajamento de toda sociedade, tendo esta como meta conjugar o desenvolvimento econômico com o aproveitamento racional e ecologicamente sustentável da natureza, sem que haja o esgotamento dos recursos naturais, sob pena de ameaçar a própria existência humana.

Milton Santos coloca que “cada época cria novos atores e atribui papéis novos aos já existentes. Este também é o caso das classes médias brasileiras, desafiadas agora para o desempenho de uma importante tarefa histórica, na reconstrução do quadro político nacional”.<sup>19</sup>

Essa idéia de desenvolvimento sustentável, em síntese, busca preservar o meio ambiente, aliado ao progresso tecnológico, buscando alternativas “mais lim-

<sup>17</sup> GUERRA, op. cit., p. 8.

<sup>18</sup> AGUIAR, Roberto Armando Ramos; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. Direito do meio ambiente e participação popular. Brasília: IBAMA, 1998. apud LIMA, André. *O direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

<sup>19</sup> SANTOS, op. cit., p. 134.

pas” e que não esgotem os recursos naturais, estando dentro de uma nova ordem mundial: conjugação de esforços, aliando o meio ambiente e as indústrias que vêm buscando alternativas cada vez menos poluentes.

Almeja-se através do desenvolvimento sustentável a satisfação de um conjunto de medidas que assegurem o atendimento das necessidades humanas que busquem o bem-estar, o equilíbrio e a qualidade do meio ambiente, garantindo e preservando a sobrevivência das gerações atuais e futuras.

Assim, o desenvolvimento sustentável busca conjugar a preservação da natureza com o desenvolvimento econômico, de forma inteligente, objetivando uma vida melhor, com a realização das necessidades básicas para buscar uma sábia qualidade de vida.

## 4.2 Direito à paisagem

O direito à paisagem que se defende aqui através de um novo instituto jurídico, o Direito de Superfície, é uma evolução da sociedade contemporânea que começa a dar importância a uma real e efetiva qualidade de vida.

Inicialmente, tem-se que a paisagem enquanto direito social se insere na categoria de interesses difusos, correspondendo assim ao patrimônio coletivo.

José Afonso da Silva já dizia que “a boa aparência das cidades surte efeitos psicológicos importantes sobre a população, equilibrando pela visão agradável e sugestiva de conjuntos e elementos harmoniosos, a carga neurótica que a vida cidadina despeja sobre as pessoas que nela hão de viver, conviver e sobreviver”.<sup>20</sup>

Antonio Carlos Brasil Pinto, em sua tese de doutorado pela UFSC, defende que:

*“A menção à salvaguarda estética das cidades e de seus arredores, enseja proteger e preservar as vistas panorâmicas, as paisagens naturais e os locais de particular beleza, em relação ao seu estado natural, combatendo os óbices privados à visibilidade, acesso, degradação, e desconfiguração de reservas naturais ou sítios de lazer. Esta proteção também diz respeito à harmonia que deve reinar no ambiente construído, livre de qualquer forma de poluição, que represente a antítese da beleza e das coisas limpas. ... A matéria relativa a um direito paisagístico e dos valores estéticos estará sempre associada ao direito de construir ou de interferir economicamente no meio circundante, em sentido amplo, e à relação conflitiva que daí possa derivar”.*<sup>21</sup>

De acordo com João Lopes Guimarães Júnior o culto ao belo faz parte da cultura do homem, podendo-se falar que as coisas em geral devem possuir uma função estética, criando uma sensação visivelmente agradável às pessoas, o que

<sup>20</sup> SILVA, op.cit., p. 273.

<sup>21</sup> PINTO, Antonio Carlos Brasil. O Direito Paisagístico e dos valores estéticos: efetividade e o dano moral coletivo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1993, p. 13.



vale sobretudo para as paisagens que percebemos no nosso dia-dia dentro das cidades.<sup>22</sup>

Ainda, complementa o referido autor nas palavras de Adrian Philips quanto à amplitude dos interesses relacionados à paisagem:

*“Landscapes also have important economic values, particularly those which, because of their quality and variety, are the foundations for successful tourism and recreation industries upon which many jobs and local incomes depend; or, looked at from the user’s point of view, such landscapes provide cultural, recreational and aesthetic experiences for people who have to spend most of their lives within the much more controlled environments of our cities. Indeed the role of landscapes as a setting for enhancing the physical health and mental well-being of urban populations is hugely important. Landscapes are also significant for the cultural elements which they contain, such as ancient field systems or vernacular farm buildings. And of course they often have great cultural significance of another kind through their associations with literature, painting and music.”*<sup>23</sup>

Assim, toda a sociedade se beneficia de um lugar que está em harmonia com a natureza, sem aquele adensamento populacional em que as pessoas se sentem sufocadas por uma grande quantidade de edificações, como podemos exemplificar com o bairro de Copacabana, também na zona sul, no Rio de Janeiro.

Deve-se preconizar a interação de uma função estética como uma das diretrizes do desenvolvimento urbano, justamente porque uma cidade em harmonia traz benefícios a toda coletividade.

Ainda, com maestria Antonio Carlos Brasil Pinto faz suas considerações acerca do que significa falar da paisagem, senão vejamos:

*“Na realidade, a paisagem atualmente é uma unidade cultural e econômica, pois possui estrutura e função definida e suas mudanças ocorrem justamente pela ação antrópica, que é o resultado da cultura absorvida pelo ser humano no espaço em que está integrado... A paisagem ao longo da história da humanidade é uma entidade complexa para ser analisada, pois ultrapassa simplesmente questões ligadas à percepção ao sentimento, ou ainda as concepções estéticas, culturais, ecológicas e até mesmo políticas.”*<sup>24</sup>

A tutela ambiental não pode deixar de considerar os interesses urbanísticos que são aqueles que garantem a qualidade de vida nas cidades, compreendendo a proteção da paisagem urbana.

<sup>22</sup> GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Publicidade externa e tutela legal do paisagismo urbano*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 19, jul./set. 2000, p. 109-110.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>24</sup> PINTO, op. cit., p. 199.

Tem-se a paisagem como valor ambiental, sendo que o ordenamento de padrões estéticos no cenário urbano demonstra o seu absoluto direito difuso por relacionar-se diretamente com o bem-estar e a qualidade de vida da sociedade.

Na verdade, é de toda a população o interesse de morar em uma cidade agradável, ornamentada, enfim, bela. José Afonso da Silva já denotava que em relação a paisagem urbana é a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes. Será tão mais atraente quanto mais constitua uma transformação cultural da paisagem natural do seu sítio, e tanto mais agressiva quanto mais tenham violentado a paisagem natural sem acrescentar-lhe valor humano algum.<sup>25</sup>

*Deve-se gizar que uma bela paisagem não favorece apenas e genericamente à população porque resguardada a sua sadia qualidade de vida, mas também importa em ganhos e valorização patrimonial, pois um imóvel terá muito mais valor quando inserido num ambiente harmonioso e paisagisticamente equilibrado.*

Assim, a preservação da estética urbana possui um evidente direito difuso, pois está esparsa na sociedade como um todo. E o direito à paisagem, assegurado com o advento do Estatuto da Cidade, através da aquisição do espaço aéreo é uma nova prática social até então não vivenciada e que começa a servir de exemplo como bom uso dessa importante lei que visa dar efetividade às diretrizes gerais de política urbana.

Demonstra-se através da presente tese que não foram beneficiados apenas os proprietários dos apartamentos do Residencial Joana Angélica, mas toda sociedade, na medida em que houve a preservação de uma casa antiga, dos anos 30, um patrimônio cultural da sociedade, bem como preservou a harmonia do local em tela, evitando o adensamento populacional.

### 4.3 Qualidade de vida

A satisfação do que necessita o ser humano no contexto urbano acarreta modificações ambientais de relevo, devendo-se interligar o planejamento tanto na área urbana quanto na ambiental, buscando sempre a qualidade de vida.

É imperioso que seja dado ao uso do meio ambiente de uma forma adequada, garantindo ao ser humano a qualidade de vida protegida por lei, visando o bem-estar coletivo, podendo se depreender como referência que a obtenção de melhora na qualidade de vida resta intrinsecamente ligada com a efetivação das normas de direito ambiental.

José Afonso da Silva bem denota que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida.<sup>26</sup>

Conforme trecho retirado do preâmbulo da Carta Mundial do Direito à Cidade sobre a qualidade de vida:

<sup>25</sup> SILVA, op. cit., p. 274.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. Apud Cf. nosso "Legislação – Planejamento urbano e áreas críticas de poluição", In Anais do III Simpósio Nacional de Direito do Meio Ambiente.

*“O tradicional enfoque sobre melhoramento de qualidade de vida das pessoas centrado na habitação e nos bairros, se amplia ao focar a qualidade de vida na cidade; como forma de beneficiar a população que vive nas cidades ou em regiões de acelerado processo de urbanização, onde se expressam as intensos contrastes, as desigualdades, as explorações, a concentração de poder e de exclusão social. Implica-se em enfatizar uma nova maneira de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos referidos ao econômico, social, cultural, civil e ao político, muitos assegurados em instrumentos internacionais de direitos humanos, por meio de distintas formas de participação democrática e pelo cumprimento da função social da cidade e da propriedade.”*

Daniela Campos Libório Di Sarno afirma que qualidade de vida engloba muito mais que a mera sobrevivência da espécie, referindo-se à vivência em sua plenitude, na qual o ser possa usufruir de tudo que for necessário para, além da sobrevivência física, obter a realização de suas finalidades.<sup>27</sup>

A qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta dois aspectos que se interligam: o do bem-estar físico e espiritual e o do nível material. Na verdade, deve-se ter um mínimo material para o bem-estar espiritual.

Cristiane Derani, com muita propriedade, sobre a qualidade de vida coloca que o alargamento do sentido da expressão qualidade de vida, além de acrescentar esta necessária perspectiva de bem-estar relativo à saúde física e psíquica, referindo-se inclusive ao direito do homem fruir de um ar puro e de uma bela paisagem, vinca o fato de que o meio ambiente não diz respeito à natureza isolada, estática, porém integrada à vida do homem social nos aspectos relacionados à produção, ao trabalho como também concernente ao seu lazer.<sup>28</sup>

*Deve-se ressaltar que a Constituição Federal brasileira consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em sede constitucional (CF, artigo 225), objetivando o legislador a proteção do entorno preconizando uma maior qualidade de vida para todos os cidadãos.*

*Para Daniela S. Dias a qualidade de vida, enquanto conceito, pode ser analisada como um ideal ético, por ter o ser humano o direito a viver em um ambiente com condições satisfatórias a sua sobrevivência, um ambiente digno que lhe proporcione bem-estar; que pode se traduzir em bem-estar físico, psíquico, espiritual, ou seja, um local adequado ao seu crescimento enquanto pessoa humana.<sup>29</sup>*

A declaração de Estocolmo em 1972 já definia a qualidade de vida correspondendo que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio para as gerações presentes e futuras.

Desta feita, busca-se através da tutela da paisagem, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diretamente ligado à qualidade de vida preconizada por todos os cidadãos.

<sup>27</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 96.

<sup>28</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 144.

<sup>29</sup> DIAS, Daniela S. *Desenvolvimento urbano: princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 113-114.

## 5. CASO-REFERÊNCIA

O caso-referência trata de uma nova possibilidade no nosso ordenamento jurídico a partir do advento do Estatuto da Cidade, o qual trouxe a possibilidade de venda de espaço aéreo, através do instituto do Direito de Superfície, conforme se narra a seguir:

O incorporador do empreendimento, Marcus Cavalcanti, através da sugestão do arquiteto da obra, Bertoldo Pograbinski, adquiriu o espaço aéreo do proprietário José Antonio Beramendi, da clínica médica para assegurar que os moradores do Residencial Joana Angélica não fossem prejudicados por uma eventual construção no terreno em frente, podendo perder a paisagem e sua privacidade.

Ocorre que o proprietário da clínica não pretendia vender a casa antiga, dos anos 30, e assim, foi possibilitada sua preservação, pois mesmo que seja vendida, uma nova construção não poderá ultrapassar os 12 metros atuais da casa, conforme escritura pública do Cartório de Registro de Imóveis, bem como fica resguardado aos moradores do residencial em tela o seu direito à paisagem, para tranqüilidade dos adquirentes dos 14 apartamentos que poderiam ser prejudicados.

Tem-se vislumbrado no presente caso, o bom uso da propriedade que busca a preservação do direito à paisagem, correspondendo a um “direito geral, difuso”, de todos protegidos- o Direito Socioambiental- regulado por uma Lei de Política Pública nº 10.257/01, a qual busca proteger os direitos coletivos e não apenas individuais.

Assim, houve uma solução inédita para garantir a preservação da clínica médica, como demonstrava o desejo de seu proprietário, através da aquisição do espaço aéreo, sendo garantido aos moradores do Residencial Joana Angélica o direito à paisagem, pelo Instituto do Direito de Superfície.

Objetivou-se demonstrar com o presente estudo de caso, através da análise da legislação brasileira de proteção da paisagem e dos valores estéticos, a possibilidade de se conjugar a preservação do meio ambiente em harmonia com o direito de construir, utilizando-se do instituto do Direito de Superfície, no sentido amplo, sem agressão àqueles patrimônios, indispensáveis à salvaguarda da sadia qualidade de vida da população e de valorização de propriedade.

A estética urbana se constituiu em constante preocupação dos povos civilizados e se encontra dentro do moderno Urbanismo, preocupando-se também quanto às construções de obras. Assim, o Direito Urbanístico não visa apenas à obra de utilidade, mas cuida do contexto em que estão inseridas; dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, estéticos, monumentais, históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico da comunidade.

O imóvel urbano tem seu valor influenciado pelo seu entorno urbano. Isto é, a localização, os serviços públicos e os equipamentos urbanos de que está dotado, valorizam o imóvel, e com a vista perene garantida aos moradores do Residencial Joana Angélica, estes terão resguardada a sua qualidade de vida.

De acordo com Antonio Carlos Brasil Pinto, e podendo ser vislumbrado perfeitamente no caso-referência adotado:

*“Interessa evidenciar que o arranjo paisagístico e estético não favorece apenas e genericamente à população, porque resguardada a sua sadia qualidade de vida, mas também importa em ganhos e valorização patrimonial, porquanto um imóvel, um empreendimento ou um ramo de negócio, valerá mais quando inserido num ambiente harmonioso, belo e paisagisticamente equilibrado. É o caso, por exemplo, da cidade do Rio de Janeiro que, situada em meio a uma Serra e junto à Baía de Guanabara, tem sua zona sul e o espaço situado no entorno da referida baía considerados como marcos paisagísticos significativos como os morros do Pão de Açúcar, Corcovado e Gávea (fatores: simbólico, estético e de excepcionalidade)...”<sup>30</sup>*

Assim, com a transformação da sociedade, o direito à paisagem no caso-referência está garantido por uma nova ferramenta de política pública, qual seja, a possibilidade de se adquirir o espaço aéreo, vislumbrando-se a eficácia ao direito socioambiental constitucionalmente garantido, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está sendo colocado em prática.

O aparente conflito entre interesse privado e meio ambiente não existe, muito antes pelo contrário, busca-se com a aquisição do espaço aéreo da clínica médica garantir a qualidade de vida dos adquirentes dos apartamentos do Residencial Joana Angélica, bem como de toda a sociedade que foi beneficiada.

Ressalta-se que a edificação de um monstruoso prédio naquele local também acabaria por retirar a harmonia que se encontra presente com a clínica médica.

No caso em tela, vislumbra-se através do direito à paisagem, com o advento do Estatuto da Cidade, pelo instituto do Direito de Superfície, a busca pela qualidade de vida para os moradores do Residencial Joana Angélica como uma nova prática social até então não vivenciada.

Antonio Herman Benjamin, citando Pearce, bem coloca este tema, referindo-se que “tende a alterar o foco da questão, de crescimento ‘versus’ meio ambiente para um que se refira à complementariedade potencial entre crescimento e meio ambiente”<sup>31</sup>

Cristiane Derani bem coloca que as relações econômicas só podem ser compreendidas de modo completo quando se identificar os efeitos sociais de relações privadas de consumo, tendo como consequência radical que se extrai desta nova perspectiva o reconhecimento da existência de limites ecológicos permeando toda a economia.<sup>32</sup>

Desta feita, não pode ser entendido o meio ambiente como causador de conflitos quando se fala em desenvolvimento sustentável, muito antes pelo contrário, deve-se conjugar o desenvolvimento econômico com o aproveitamento racional e ecologicamente sustentável da natureza, sem que haja o esgotamento dos recursos naturais, sob pena de ameaça da vida de toda humanidade.

<sup>30</sup> PINTO, op. cit., p. 209.

<sup>31</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

<sup>32</sup> DERANI, op. cit., p. 144.

Conforme parecer do jurista Ricardo Pereira Lira uma das formas de utilizar o espaço aéreo, como segmento abrangido pela propriedade, é exatamente não utilizá-lo, valendo-se dele como área *non edificandi*. Também de acordo com o referido parecer, o espaço aéreo adquirido na Rua Joana Angélica, é para ser mantido como área *non edificandi* e por meio da escritura lavrada em cartório essa situação deve se manter perpetuamente, devendo se conter o limite de 12,00 m de altura hoje existentes, garantindo assim uma qualidade de vida excepcional para a área, sob o ponto de vista da densidade de construção, bem como uma qualidade de aeração e de vista não comum”.<sup>33</sup>

Não há impedimento no sentido de que a aquisição do espaço aéreo tenha sido perpétua, pois há essa possibilidade, podendo o prazo ser indeterminado ou determinado, havendo previsão no *caput* do artigo 21 do Estatuto da Cidade.

João Lopes Guimarães Júnior, com muita propriedade assim discorreu sobre a paisagem:

*“Podemos assim destacar a paisagem como valor ambiental<sup>34</sup> e, particularmente a paisagem urbana. Podemos apontar sua importância dentre os temas urbanísticos e ambientais de relevo, sob a premissa de que a manutenção de padrões estéticos no cenário urbano encerra inegável interesse difuso por relacionar-se diretamente com a qualidade de vida e com o bem-estar da população”.*<sup>35</sup>

Assim, o que se quer deixar claro na presente tese é que não se trata apenas de uma bela paisagem que os moradores do Residencial Joana Angélica têm o privilégio de desfrutar com o espaço aéreo adquirido, e sim, um benefício a toda a sociedade, pois o local em tela está em maior harmonia, preservando uma casa antiga, dos anos 30, e evitando o adensamento da população.

Em decorrência da própria evolução do direito, está-se vivendo uma nova era, devendo-se conjugar a proteção do meio ambiente com o crescimento econômico, entrando nessa nova concepção a busca da qualidade de vida, o que se verifica *in casu*, tratando-se de um novo “nicho” no mercado imobiliário, pois é pago um preço a maior para ter o acesso à uma bela paisagem.

O direito do homem fruir de uma bela paisagem demonstra que o meio ambiente não diz respeito à natureza isolada, estática, mas sobretudo, a integração da vida do homem nos aspectos relativos ao trabalho, ao lazer, bem como à sua moradia nas cidades.

## 6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**6.1** Deve-se compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento, considerando os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento. Assim, a

<sup>33</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo*. Revista Trimestral de Direito Civil, São Paulo, v. 11, jul./set. 2002, p. 202-203.

<sup>34</sup> Paulo Affonso Leme Machado aponta a paisagem como “bem ambiental” de que se ocupou a Constituição Federal de 1988 (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 110).

<sup>35</sup> Op. cit., p. 111.

questão ambiental deve procurar equilibrar as necessidades de industrialização e desenvolvimento, com as de proteção, restauração e melhora do ambiente. Na verdade, é necessário optar-se por um desenvolvimento econômico qualitativo, capaz de propiciar uma real elevação da qualidade de vida e o bem-estar social, exigindo um repensar sobre o desenvolvimento e o tipo de sociedade possível;

**6.2** Ressalta-se a importância do Direito de Superfície, através da nova possibilidade de aquisição do espaço aéreo, trazendo benefícios a toda sociedade pela Lei 10.257/01, dentre outras inúmeras possibilidades deste instituto;

**6.3** Uma bela paisagem não favorece apenas e genericamente à população, porque resguardada a sua sadia qualidade de vida, mas também importa em ganhos e valorização patrimonial, pois um imóvel, valerá muito mais quando inserido num ambiente harmonioso e paisagisticamente equilibrado;

**6.4** Buscou-se trazer à baila essa nova possibilidade jurídica - o direito à paisagem garantido com o advento do Estatuto da Cidade - especialmente com a possibilidade da aquisição do espaço aéreo, verificando-se a evolução da legislação, decorrente da própria transformação da sociedade na perspectiva do direito à cidade, sendo um novo paradigma garantidor do direito humano fundamental ao meio ambiente equilibrado, tornando o Direito mais justo e efetivo.

# **ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL – NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE REGRAS CLARAS**

*CLÁUDIA MARÇAL*

Procuradora do Estado de Goiás lotada na Gerência de Defesa do Patrimônio Público e do Meio Ambiente-GDPMA

## **1. INTRODUÇÃO**

O licenciamento constitui um dos principais instrumentos da política nacional do meio ambiente e de gestão ambiental, caracterizado pelo controle preventivo e corretivo de empreendimentos e atividades considerados efetivo ou potencialmente poluidores, utilizadores de recursos naturais ou que, sob qualquer forma possam causar degradação ambiental.

Como exigência legal para a instalação, ampliação e funcionamento desses empreendimentos e atividades, o licenciamento ambiental tem sido alvo de severas críticas, em razão, principalmente, da burocratização do procedimento e de divergências jurídicas acerca da competência licenciatória, levando muitas vezes à judicialização dos processos, sendo veiculada a falsa concepção de que a exigência do procedimento constitui um obstáculo ao desenvolvimento econômico, o que vem em contramão às ações governamentais em busca do desenvolvimento sustentável.

A discussão acerca da competência licenciatória, a par da regulamentação legal existente, ainda não se encontra pacificada na doutrina e jurisprudência.

O projeto de lei complementar nº12 de 2003, de autoria do Parlamentar Sarney Filho, em trâmite na Câmara dos Deputados é uma tentativa de uniformizar a questão. Esse projeto fixa normas para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para o desempenho da competência comum em relação à proteção do meio ambiente, combate da poluição e preservação das florestas, fauna e flora, nos termos do art.23, incisos VI e VII e parágrafo único da Constituição Federal<sup>1</sup>.

Todavia qualquer iniciativa de regulamentação exige a observância dos princípios da predominância de interesses e da subsidiariedade, além da preservação

---

<sup>1</sup> Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/114375.htm>>.



da autonomia político-administrativa dos entes federados no exercício da competência material comum.

No presente trabalho abordaremos as divergências jurídicas existentes sobre a legislação vigente e analisaremos o projeto de lei mencionado acerca da competência licenciatória.

## **2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

A Lei nº6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, no art.9º, inc.IV, relaciona o licenciamento ambiental como um de seus instrumentos essenciais.

O conceito normativo do licenciamento ambiental é apresentado pela Resolução CONAMA Nº237/1997, no art.1º, inc.I, sendo o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos ou atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetivo ou potencialmente poluidores ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O licenciamento, realizado dentro do exercício do poder de polícia ambiental, se desenvolve em várias etapas, em que o órgão ou entidade competente verifica a viabilidade ou não da emissão da licença.

A licença ambiental, por sua vez, corresponde ao ato administrativo pelo qual o órgão ambiental estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

O rol de atividades licenciáveis é apresentado no Anexo 1 da referida Resolução, de forma exemplificativa, podendo abarcar qualquer atividade considerada efetiva ou potencialmente poluidora.

## **3. ANÁLISE DA COMPETÊNCIA COMUM E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**

José Afonso da Silva ensina que o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual caberão à União aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios os assuntos de interesse local<sup>2</sup>.

Alexandre de Moraes diz que o legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu quatro pontos básicos da regra constitucional para divisão de com-

<sup>2</sup> Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. p.480.

petências: reserva de campos específicos, possibilidade de delegação, áreas comuns de atuação paralela e áreas de atuação legislativa concorrentes<sup>3</sup>.

Em matéria ambiental a Constituição Federal de 1988 estabelece a competência material: a) exclusiva: da União (art.21), dos Estados, que extrai em seus poderes remanescentes do art.25,§1º, e dos Municípios (art.30,III a VIII); b) comum: da União, dos Estados, DF e Municípios (art.23). E a competência legislativa: a) privativa ou exclusiva: da União(art.22), dos Estados (art.25,§§ 1º e2º), dos Municípios (art.30,I); b) concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art.24), onde a legislação da União é de normas gerais, e a dos Estados e Distrito Federal, de normas suplementares; c) também está prevista a legislação suplementar dos Municípios (art.30,II)<sup>4</sup>.

O art.23 da Magna Carta trata da competência comum material ambiental, ao estabelecer a atribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural(IV); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (VI); preservar florestas, a fauna e flora (VII) e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (XI). Dispondo no parágrafo único desse artigo que lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o bem estar em âmbito nacional.

A norma inserta no art.23 compatibiliza-se com o art.225, que impõe ao poder público, assim compreendido todos os entes federados, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Competência Comum é “a cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar, em âmbito nacional, entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o exercício de funções concomitante e contínuas que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, o auxílio recíproco disciplinando por normas veiculadas por lei complementar federal”<sup>5</sup>.

O licenciamento ambiental como instrumento de gestão administrativa se enquadra na competência comum material.

*Não obstante a amplitude deferida aos entes federados na tutela do meio ambiente tenha como escopo a proteção mais ampla, a legislação vigente revela a existência de conflitos entre estes, exemplificadamente no exercício da competência licenciatória.*

*Na interpretação da competência comum deve ser compatibilizado ao princípio regente da predominância de interesses, o princípio da subsidiariedade.*

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p.659.

<sup>4</sup> Cf. SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª edição: São Paulo: Malheiros: 1997. p. 47.

<sup>5</sup> JÚNIOR CRETELA, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v.4. p.1740.

*O emérito constitucionalista, Raul Machado Horta, ensina que o princípio da subsidiariedade possui concepções remotas, com localização nas idéias de Aristóteles, na Antigüidade; nas de Dante Alighieri, no século XIV, apresentando o autor da Divina Comédia como o primeiro teorizador da subsidiariedade, na obra clássica de Monarquia; nas formulações internacionalistas de Francisco de Victoria e Francisco de Suarez; e, mais recentemente, ainda no plano do princípio da filosofia social, sem a normatividade da regra jurídica, na relevantíssima contribuição da doutrina social da Igreja, com seu aprofundamento nas Encíclicas Rerum Novarum, Quadragesimo Anno, Centesimus Annus e Mater et Magistra. Nessa última Encíclica, o Papa João XXIII reportou-se à formulação de Pio XI a propósito da ação dos poderes públicos na ordem econômica, quando desenvolveu o enunciado do princípio, na relação com os indivíduos, a sociedade e a comunidade, no item 83 do documento pontifício, verbis:*

*Esta ação previdente do Estado, que protege, estimula, coordena, supre e completa a atividade dos particulares, há de inspirar-se no princípio da subsidiariedade, assim formulado por Pio XI na Encíclica Quadragesimo Anno: 'Permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio, que não se pode alterar nem mudar: assim como não é lícito tirar aos indivíduos para atribuir à comunidade, o que eles podem realizar com seu próprio esforço e atividade, assim, também, é uma injustiça e, ao mesmo tempo, constitui um grave dano e perturbação da reta ordem transferir para uma sociedade maior e mais elevada o que as comunidades menores e inferiores podem fazer e proporcionar; pois, toda intervenção social, por sua força e natureza, devem trazer ajuda aos membros do corpo social, nunca, porém, destruí-los ou absorvê-los.'*<sup>6</sup>

Contemporaneamente, afirma o referido Autor, o princípio da subsidiariedade tornou-se regra de direito comunitário com a celebração do Tratado sobre a União Européia, em 07 de fevereiro de 1992, em Maastricht.

Esse Tratado faz expressa referência ao princípio da subsidiariedade no preâmbulo ao estabelecer que “as decisões são tomadas sempre mais próximas dos cidadãos”. Dispondo no art.3-B que “nos domínios que não forem de competência exclusiva, a Comunidade não intervém, salvo se os objetivos da ação visada não possam ser realizados de maneira suficiente pelos Estados-membros e justifiquem, portanto, em razão das dimensões ou dos efeitos da ação, sua melhor realização no nível comunitário”.<sup>7</sup> Na concepção de José Alfredo de Oliveira Baracho a subsidiariedade deve ser vista como princípio pelo qual as decisões serão tomadas no nível política mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão, o mais próximo possível, das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Está, assim, o princípio relacionado ao processo de

<sup>6</sup> HORTA, Raul Machado. “Federalismo e o princípio da subsidiariedade”. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. 10ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. Disponível em <<http://www.iamg.org.br/site/revista/02.htm>>. Acessado em 24 de abril de 2005.

<sup>7</sup> Idem.

descentralização político-administrativa, em outras palavras associa ao fortalecimento do poder local.<sup>8</sup>

José Leite Farias defende a aplicação do princípio da subsidiariedade, no sentido de que nada deverá ser exercido por um poder de nível superior, se puder ser cumprido pelo inferior. Isto significa que só serão atribuídos ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Ou seja, o Município prefere ao Estado e à União. O estado, por sua vez, prefere à União.<sup>9</sup>

Celso Ribeiro Bastos diz que:

*O acerto da Constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a uma racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios; tal divisão para alcançar logro poderia ter como regra principal a seguinte: nada será exercido por um poder mais amplo quando puder ser exercido pelo poder local, afinal os cidadãos moram nos Municípios e não na União.*<sup>10</sup>

De forma que no exercício da competência material ou administrativa deve-se privilegiar a ação dos entes locais, caso estes possam executá-las.

Verifica-se que não se trata de anular a competência do ente superior, mas privilegiar a atuação do inferior, quando este se encontra apto a exercê-la. A própria concepção de supletividade ou atuação supletiva, insere no princípio da subsidiariedade, assim compreendida como atuação no caso de omissão ou inépcia da entidade inferior para o exercício da atribuição, reflete a permanência da competência, com a preservação da autonomia político-administrativo do ente.

Compreendemos que a aplicação deste princípio, aliado ao da predominância de interesse, no estabelecimento da competência licenciatória soluciona vários dos embates jurídicos apresentados acerca do tema, como o estabelecimento do licenciamento ambiental em único nível de competência, em substituição da concepção múltipla ou cumulativa hoje existe e que tantos transtornos causa<sup>11</sup>.

Da mesma forma que permite uma maior articulação entre os entes políticos atendendo ao mandamento constitucional de preservação do meio ambiente.

#### **4. O TRATAMENTO NA LEI Nº6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE)**

A Lei nº6.938/1981, em consonância com o princípio da cooperação e reco-

<sup>8</sup> "O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução" - In Revista de Direito Administrativo, vol.200, abr./jun., Rio de JANEIRO: Renovar, 1995, p.51.

<sup>9</sup> FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fabris Editora, p.316-317.

<sup>10</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva:São Paulo,1996, p.145.

<sup>11</sup> Paulo Bessa Antunes diz que "A possibilidade da exigência de um triplice licenciamento implica que em não raras oportunidades, a sobreposição e a contradição de normas gere um clima de insegurança, quanto ao licenciamento, e de instabilidade jurídica. Com efeito, a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação." (in *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro:Lumem Juis, 2001, p.104)

nhecimento da tutela difusa do meio ambiente, estabelecidos nos artigos 23, incisos VI, VII e 225, caput da Constituição Federal, que impõem ao poder público, assim compreendidos todos os entes federados (competência comum material) e a coletividade o dever de defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, visando à integração de todos estes atores concebeu o Sistema Nacional de Meio Ambiente-SISNAMA, composto pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, DF, Territórios e Municípios, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, estando a sociedade representada através de associações, sindicatos e ONG'S no CONAMA<sup>12</sup>.

O CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões para a preservação do ambiente

A par da concepção do SISNAMA, as alterações introduzidas no art.10 da Lei nº6.938/1981 pela Lei nº7.804/1989, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que deferiu autonomia político-administrativa ao Município ignorou o licenciamento ambiental municipal ao priorizar a competência dos Estados para o licenciamento e deferir ao IBAMA a atuação suplementar deste e originária para o licenciamento de atividades e obras com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional<sup>13</sup>.

Tal fato gerou o debate jurídico se o Município teria ou não competência licenciatória, levando a três posicionamentos distintos: a) os que compreendem a omissão intencional da lei; b) os que alegam a inconstitucionalidade do dispositivo por desconsiderar a competência municipal, ferindo o disposto no art.23, VI e VII e art.30, I da Constituição Federal; c) os que compreendem a validade do dispositivo, aplicando-se a interpretação conforme à Constituição, para incluir os Municípios como entes licenciadores, utilizando os dispositivos constitucionais retromencionados.

Questionando-se ainda a constitucionalidade do dispositivo por estabelecer o licenciamento de atividades e empreendimentos de impacto regional e nacional exclusivamente ao IBAMA, efetivando a concepção do licenciamento em único nível, o que segundo a doutrina majoritária, não poderia ser realizado por lei ordinária, mas somente por lei complementar, de acordo com o parágrafo único do artigo 23 da Constituição.

<sup>12</sup> O Decreto nº99.274/1990 e posteriores alterações, que regulamenta a Lei nº6.938/1981, no art.5 trata da composição do CONAMA, prevendo no inc.VIII a participação de 21 (vinte e um) representantes de entidades de trabalhadores e da sociedade civil, como entidades ambientalistas, profissionais, dentre outras.

<sup>13</sup> Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...)

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

A opinião de Paulo Affonso Leme Machado sintetiza a discussão acerca da questão:

*A lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de se entender que o art.10 da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art.23, parágrafo único, da CF); e nem a Resolução CONAMA nº237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais.<sup>14</sup>*

Curioso que o art.7º, inc.I do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990 (alterado pelo Decreto nº3.942, de 27 de setembro de 2001)<sup>15</sup>, diferentemente da norma que regulamenta, reconhece a competência licenciatória municipal ao dispor que compete ao CONAMA, mediante proposta do IBAMA, estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e supervisionada pelo referido Instituto.

## **5. A RESOLUÇÃO CONAMA Nº237/1997**

*O CONAMA editou a Resolução nº237/1997, visando estabelecer os critérios e o procedimento do licenciamento ambiental.*

*Essa estabeleceu o licenciamento em único nível (art.7º), regulando a competência do IBAMA, para o licenciamento de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional<sup>16</sup>: I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União; II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados; III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN; V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica (art.4º).*

<sup>14</sup> *Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003. p.260.*

<sup>15</sup> Regulamenta a Lei nº6.938/1981.

<sup>16</sup> A Resolução CONAMA nº237/1997 define no art.1º, IV, impacto ambiental regional como todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.

Ressalvando nos §§1º e 2º deste artigo que o IBAMA fará o licenciamento após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento; além da delegação aos Estados do licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, ressalvada a competência supletiva do IBAMA.

Ao órgão estadual ou do DF compete, de acordo com a Resolução, o licenciamento de empreendimentos e atividades: I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal; II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais; III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios; IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio (art.5º).

Da mesma forma, o parágrafo único do art.5º prevê a necessidade de exame técnico dos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Por fim, o art.6º estabelece a competência dos órgãos ambientais municipais, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Não obstante a Resolução CONAMA no aspecto material tenha observado o princípio constitucional da predominância de interesses, ao dividir a competência pela abrangência dos impactos (transfronteiriço, nacional, regional, intermunicipal e local), além de estabelecer a cooperação entre as entidades políticas através da celebração de convênios e manifestação das entidades inferiores no licenciamento das entidades superiores, está evitada de vícios formais insanáveis<sup>17</sup>.

O CONAMA extrapolou sua atribuição normativa ao tratar de matéria exclusiva de lei.

Edis Milaré critica a referida Resolução:

*Se assim é, se a competência licenciatória dos três níveis de governo dimana diretamente da Constituição, não pode o legislador ordinário estabelecer limites e condições para que qualquer um deles exerça sua*

<sup>17</sup> O art.241 da Constituição Federal estabelece que a União, os Estados, o DF e os Municípios disciplinarão por meio e lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal, bens essenciais à continuidade.

*competência implementadora da matéria.*

*Daí a eiva de inconstitucionalidade da Resolução Conama 237 que, a pretexto de estabelecer critérios para o exercício da competência a que se refere o art.10 da Lei nº6.938/81 e conferir o licenciamento ambiental em único nível de competência que esta atribui aos entes federados.<sup>18</sup>*

Em sentido contrário, defendendo a validade da Resolução, há argumentos que invocam a não inovação do CONAMA na edição desta, dentro de uma interpretação sistemática e de conformidade com a Constituição Federal, do art.10 da Lei nº6.938/1981 e a atribuição deferida a este Conselho para o estabelecimento, mediante proposta do IBAMA, de normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, prevista no art.8º, I da referida lei.

*Outro ponto polêmico da Resolução é o estabelecimento da competência do IBAMA para o licenciamento de empreendimentos e atividades localizadas ou desenvolvidas no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terras indígenas e em unidades de conservação de domínio da União (art.4º, I), em razão da titularidade destes bens.*

Há na doutrina e na própria jurisprudência críticas na divisão da competência licenciatória sob o critério da titularidade do bem, calcada na competência comum (art.23 da CF) e na qualidade difusa do bem ambiental (art.225 da Constituição), além do fato da Resolução ter atribuído novo critério não previsto na Lei nº6.938/1981, a qual estabelece a competência em razão da dimensão do dano ambiental.

A opinião de Álvaro MIRRA demonstra o entendimento da maioria da doutrina:

*Nessa linha entendimento, tem-se sustentado, com razão, que o fato de a degradação ambiental atingir bens de domínio da União, como o mar territorial, as praias, os rios interestaduais, as cavernas e sítios arqueológicos e pré-históricos, os recursos minerais (art. 20, III, VI, IX, X, da CF), os exemplares da fauna terrestre (art. 1º, caput, da Lei n. 5.197/67) e aquática (art. 3º do Decreto-lei n. 221/67) ou as áreas naturais abrangidas por unidades de conservação federais - Parques, Reservas, Estações Ecológicas etc. -, não é suficiente para caracterizar o interesse jurídico apto a viabilizar a intervenção da União no processo movido para a obtenção da responsabilização civil do degradador. Isso porque, como analisado anteriormente, o dano ambiental significa a lesão ao meio ambiente, como bem incorpóreo, qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF), e aos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram - os denominados bens ambientais -, os quais receberam tratamento legal específico, devido a sua função ecológica e ambiental, como recursos ambientais (art. 3º, V, da Lei n. 6.938/81), sendo, em quaisquer dos casos, na sua dimensão coletiva, como interesses difusos, bens pertencentes a coletividade, independentemente da titularidade do domínio reconhecida sobre*

<sup>18</sup> *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário.* São Paulo: RT, 2000, p.320.



*a elemento material específico atingido (...)*

*Assim, nos exemplos acima apontados, se, por um lado, a agressão recai sobre bens corpóreos de domínio da União - o mar, as praias, os rios interestaduais, as cavernas, os exemplares da fauna, as unidades de conservação federal -, por outro lado, no âmbito da ação civil pública, a reparação de danos pretendida visa a recomposição do meio ambiente e dos bens ambientais na condição, respectivamente, de bem incorpóreo de uso comum do povo e de recursos ambientais, sempre como bens que pertencem a coletividade como um todo, que tem direito ou interesse a sua manutenção de forma equilibrada em termos ecológicos, direito como visto difuso e a todos pertencente; não como bens integrantes do patrimônio da União ou de entidades públicas federais.<sup>19</sup>*

A utilização do critério em razão da titularidade do bem fere ainda a eficácia das ações do poder público, já que se aplicada sem ressalva teríamos o IBAMA licenciando um grande número de atividades de pequeno porte e de impacto estritamente local localizadas nestas áreas.

Embora a Resolução tenha observado em parte o princípio da subsidiariedade ao destacar a atividade supletiva do IBAMA, no §2º do art.5º, aplicável simetricamente aos Estados em relação aos Municípios, não o absorveu em sua integralidade.

Ressalva se faz, todavia, ao disposto no inc.IV do art.4º, que trata do licenciamento de pesquisa, lavra, produção, beneficiamento, transporte, armazenamento e disposição do material radioativo ou que utilizem energia nuclear, em que a própria Constituição Federal confere à União a exploração dos serviços e instalações nucleares e o exercício do monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art.21, XXIII), sendo coerente que a entidade licenciadora seja o IBAMA.

Da mesma forma a atribuição deferida no art.4º,V, pela especificidade inerente à própria matéria.

A competência licenciatória do IBAMA em empreendimentos e atividades localizados e desenvolvidos em unidades de conservação federal (art.4º, I) e dos Estados e DF, em unidades de domínio destes (art.5º,I) diverge da Lei nº9.985/2000 que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação-SNUC, a qual não estabelece o licenciamento pelo órgão gestor, exigindo apenas no caso de empreendimentos de significativo impacto ambiental que afetem unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, que o licenciamento só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável pela sua administração (art.36,§3º).

A atribuição aos Estados e DF do licenciamento de empreendimentos e atividades localizados e desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação

<sup>19</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2002, p. 156.

natural ou preservação permanente relacionadas no art.2º da Lei nº4771/1965 e em todas que assim forem consideradas pela legislação federal, estadual e municipal, também merece ressalva, haja vista que a política florestal deve ser necessariamente trabalhada como política estadual, não permitindo atuações locais na autorização de desmatamentos e outras atividades.

Conclui-se que a Resolução não possui higidez jurídica necessária no aspecto formal, havendo ainda falhas na sua concepção material no estabelecimento de critérios para competência licenciatória.

## 6. O TRATAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência dos Tribunais não se encontra pacificada em relação à matéria, havendo diferentes interpretações acerca da competência licenciatória, como se infere dos julgados abaixo colacionados:

*ADMINISTRATIVO. OBRA EM REGIME DE URGÊNCIA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. A Competência para licenciar projeto de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente não se fixa pela titularidade dos bens nele contemplados, mas pelo alcance dos seus possíveis impactos ambientais. - ausência de prova da significância e abrangência, regional ou nacional, dos impactos decorrentes da obra impugnada ou que importe na descaracterização da situação de urgência invocada para dispensa de licitação.” (TRF 5ª Região, AC - Apelação Cível – 327022.Processo: 200184000016830 UF: RN).*

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO POR DESMATAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. ART. 23, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.LEI 6938/81. RESOLUÇÃO CONAMA 237/97. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Competência do IBAMA em se tratando de licenciamento ambiental. 2. A Resolução CONAMA 237/97, que introduziu a municipalização do procedimento de licenciamento, é eivada de inconstitucionalidade, posto que exclui a competência da União nessa espécie de procedimento. 3) A Lei 6.938/81, adequada com a nossa Carta constitucional, rege a competência do IBAMA.” (TRF 4ª Região-: 200004011184978)”*

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. PÓLO DE AGRICULTURA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA DO IBAMA PARA PARTICIPAR DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO E IMPLANTAÇÃO DO EMPREENDIMENTO. ACÓRDÃO DO TRF/1ª REGIÃO. DECISÃO QUE SUSPENDEU AS LICENÇAS CONCEDIDAS PELO NATURATINS ATÉ MANIFESTAÇÃO POSITIVA DO IBAMA. LEGALIDADE. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA. 1. O TRF/1ª Região, no julgamento do agravo de instrumento nº 2002.01.00.014292-3/TO (DJ 03/12/2003), determinou a manutenção do IBAMA em atuação supletiva com o Instituto Natureza do Tocantins - NATURATINS no processo de licenciamento e implantação do Pólo de Fruticultura Irrigada São João, situado no rio Tocantins, no Município de Porto Nacional/TO. 2. Não merece reforma a decisão que determinou ao NATURATINS que se abstenha de conceder a licen-*

*ça de instalação ao referido empreendimento, bem como suspendeu as licenças já concedidas, até eventual manifestação positiva do IBAMA, órgão que detém a competência supletiva para participar do processo de licenciamento, conforme decidido, o que afasta a plausibilidade do direito invocado. 3. Agravo de instrumento do Estado do Tocantins e do NATURATINS improvido. (AG 2002.01.00.044345-0/TO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ de 25/11/2004, p.36)*

A diversidade de entendimentos ressalta a necessidade de regulamentação da matéria.

## **7. DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº12/2003**

Em razão dos conflitos existentes entre os entes políticos no exercício da competência comum para proteção do meio ambiente e das divergências jurídicas acima expostas acerca da competência licenciatória, têm se discutido a necessidade de edição da lei complementar prevista no parágrafo único do art.23 da Constituição Federal, sendo que a maioria da doutrina defende a sua edição para o estabelecimento da competência licenciatória e a exigência do licenciamento em único nível.

O Projeto de Lei Complementar nº12/2003, de autoria do Deputado Sarney Filho, que Fixa normas para a cooperação da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que se refere às competências comuns previstas nos incisos VI e VII do art.23 da Constituição Federal trata da competência do licenciamento ambiental.

Esse simplifica a estrutura do SISNAMA ao dispor que compõe o sistema: I- os órgãos e entidades federais, estaduais, do DF e municipais responsáveis pela formulação e execução de normas e projetos ambientais e pelo controle e fiscalização de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente; II- um órgão colegiado, de caráter nacional, com função normativa, deliberativa e consultiva, nos termos da lei complementar (art.4º, I e II).

Estabelece a competência licenciatória dos órgãos federais que compõem o SISNAMA, no art.8º, para:

*XIV – efetuar o licenciamento ambiental de empreendimento ou atividade:*

*a) com significativo impacto ambiental regional ou nacional, assim reconhecido por decisão específica do órgão colegiado de que trata o inciso II do art. 4º;*

*b) desenvolvido em dois ou mais Estados, conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva;*

*c) que afete terras indígenas ou unidade de conservação instituída pela União;*

*d) destinado a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilize energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações;*

*e) que envolva organismo geneticamente modificado;*

*f) militar, observada a legislação específica;*

*XV – efetuar o registro ou o licenciamento ambiental para a fabricação e co-*

*mercionalização de substâncias, produtos e equipamentos potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente;*

*(...)*

*XVII – autorizar a supressão, total ou parcial, de florestas ou demais formas de vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente ao longo de corpos d'água de domínio da União;*

*XVIII – autorizar ou licenciar a supressão de vegetação nativa e a exploração de recursos florestais:*

*a) em áreas que tenham importância ecológica nacional ou regional, assim declaradas por lei, regulamento ou decisão específica do órgão de que trata o inciso II do art. 4º;*

*b) que envolvam espécies cujo abate ou comercialização sejam proibidos ou restritos por lei, regulamento ou decisão específica do órgão de que trata o inciso II do art. 4º, em razão de serem raras, ameaçadas de extinção ou imprescindíveis ao equilíbrio ecológico;*

*XIX – autorizar a introdução no País de espécie exótica da fauna e da flora;*

*XX – autorizar a liberação de exemplares de espécie exótica da fauna em ecossistemas naturais;*

*XXI – licenciar a exportação para o exterior de exemplares de espécies da flora e fauna brasileiras, partes destes ou produtos deles derivados;*

*XXII – autorizar a caça ou a captura de espécimes da fauna silvestre, inclusive ovos e larvas, respeitada a legislação estadual e municipal, destinados a criadouros legalizados, controle de espécies consideradas nocivas à agricultura ou à saúde pública, e pesquisa científica;*

*XXIII – autorizar o funcionamento de criadouros da fauna silvestre;*

*XXIV – conceder registro para pescadores profissionais e embarcações de pesca;*

*XXV – conceder licença para o exercício da pesca amadora nas águas de domínio da União;*

*(...)*

*Parágrafo único. Os órgãos federais competentes do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos estaduais e municipais do SISNAMA para o desempenho das atribuições previstas neste artigo.*

#### **Prevendo como atribuição dos Estados e do Distrito Federal (art.9º):**

*VI – efetuar o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente causadores de poluição ou degradação do meio ambiente, salvo o previsto no inciso XIV do art. 8º ;*

*(...)*

*XX – autorizar a supressão, total ou parcial, de florestas ou demais formas de vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente nos casos não enquadrados no inciso XVII do art. 8º;*

*XXI – autorizar ou licenciar a supressão de vegetação nativa e a exploração de recursos florestais nos casos não enquadrados no inciso XVIII do art. 8º.*

*(...)*

*§2º-Os órgãos estaduais e do Distrito Federal do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos federais e municipais do SISNAMA para o desempenho de atribuições previstas neste artigo.*

*E como competência dos órgãos municipais (art.9º):*

*IV – efetuar o licenciamento ambiental, em substituição ao órgão estadual do SISNAMA, no caso de empreendimento ou atividade cujo impacto ambiental circunscreva-se ao território do município, se assim for previsto por convênio com o órgão estadual;*

*(...)*

*IX- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;*

*(...)*

*XI- autorizar a supressão, total ou parcial, de florestas e demais formas de vegetação permanente em área urbana, se assim previsto com o órgão estadual.*

*(...)*

*§2º- Os órgãos municipais do SISNAMA poderão firmar convênios com os órgãos federais e estaduais do SISNAMA para o desempenho das atribuições previstas neste artigo, bem como integrar consórcios municipais com a mesma finalidade.*

O referido projeto deve sofrer alterações para se adequar à Constituição Federal, sob pena, de se aprovado, vir a sofrer questionamentos acerca de sua constitucionalidade, não alcançando o seu desiderato de solucionar os conflitos hoje existentes, pois serão mantidos várias dos debates jurídicos já expostos.

O Projeto ignora a autonomia municipal ao submeter à delegação dos Estados, mediante convênio, o licenciamento de atividades de impacto local (art.10, IV), afrontando diretamente o art.23,VI e VII e art.30,I da Constituição Federal.

Da mesma forma que não respeita o princípio da predominância de interesses que rege a distribuição de competência na Constituição.

Interessante que os dispositivos mencionados se contrapõem aos princípios previstos no art.2º deste projeto, que determina a atuação supletiva dos Estados:

*V – a União atuará nos temas abrangidos por esta lei complementar, diretamente, nos casos de interesse nacional ou regional e, supletivamente, sempre que necessário à garantia do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado;*

*VI – os Municípios atuarão nos temas abrangidos por esta lei complementar nos casos de interesse exclusivamente local e, nos demais casos, sempre que necessário, em caráter preliminar, até a efetivação da atuação pelo ente federativo competente;*

*VII – os Estados e o Distrito Federal atuarão nos temas abrangidos por esta lei complementar em todos os casos não caracterizados como de interesse nacional, regional ou exclusivamente local.*

Os questionamentos retromencionados quanto ao critério pela dominialidade do bem permanecem, pois o projeto mantém o licenciamento pela entidade federal das atividades e empreendimentos desenvolvidos na plataforma continental, zona econômica exclusiva, que afete terras indígenas e em unidades de conservação da União (art.8º,XIV, b e c).

Acrescentando ainda atribuições tradicionalmente realizadas pelos órgãos es-

taduais como a autorização ou licenciamento de supressão de florestas ou demais formas de vegetação nativa situadas em áreas de preservação permanente ao longo de corpos d'água de domínios da União (XVII), a autorização para pesca amadora realizadas em rios de domínio da União (XXV) e a hipótese apresentada no inciso XV.

O legislador deveria priorizar o critério do grau de impacto, respeitando o princípio da predominância de interesses e da subsidiariedade, permitindo a atuação supletiva da entidade superior no caso de inépcia ou omissão da inferior.

A distribuição na forma ordenada pelo projeto não supre as necessidades de regulamentação tão esperadas e contribuirá para burocratização do procedimento e manutenção dos conflitos hoje existentes.

## **8. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**8.1** A legislação atual que rege a distribuição de competências para o licenciamento ambiental não apresenta regras claras, o que permite a duplicidade de entendimentos, provocando conflitos entre os entes políticos e a judicialização dos processos.

**8.2** É necessário a edição de lei complementar para regulamentação da competência licenciatória em um único nível de atribuição, a par da competência múltipla hoje existente, que causa transtornos na atividade administrativa das entidades e órgãos licenciadores.

**8.3** No estabelecimento da competência licenciatória deve-se observar o princípio da predominância de interesses, aliado ao princípio da subsidiariedade, priorizando a atividade dos entes locais, caso estes possam executá-las, assegurando ainda a atividade supletiva do ente superior no caso de omissão ou inércia do inferior.

**8.4** No estabelecimento da competência licenciatória deve-se privilegiar o critério da abrangência do impacto ambiental sobre o critério da titularidade do bem.

**8.5** O projeto de lei complementar nº12/2003 que trata da regulamentação dos incisos VI e VII do art.23 da Constituição Federal deverá sofrer alterações para se adequar à Constituição Federal, aplicando-se os princípios retromencionados na divisão da competência, sob pena de não atender as finalidades de solução de conflitos que se propõe.



# A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA QUESTÃO AMBIENTAL POR MEIO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

**CLÁUDIO DE AGATÃO PORTO**

Advogado. Membro do Cerrado Assessoria Jurídica Popular.  
Membro da RENAP (Rede Nacional de Advogados (as) Populares)

**CLEUTON CÉSAR RIPOL DE FREITAS**

Advogado. Mestrando em Direito Agrário pela UFG. Membro do  
Cerrado Assessoria Jurídica Popular. Membro da Renap

**MARCEL FRANCO FARAH**

Estudante de direito pela UFG. Membro do Cerrado Assessoria  
Jurídica Popular. Membro da RENAP

*Quando o trabalho não for somente um meio de vida, mas primeira necessidade vital; quando, com o desenvolvimento dos indivíduos em todos os seus aspectos, crescerem também as forças produtivas e jorrarem os mananciais da riqueza coletiva, só então será possível ultrapassar totalmente o horizonte do direito burguês e a sociedade poderá inscrever em suas bandeiras: cada qual segundo sua capacidade; a cada qual segundo suas necessidades. (Karl Marx)<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

No Brasil, quando se fala em justiça ambiental, logo se pensa em ação civil pública, pois é o instrumento jurídico mais utilizado de defesa do meio ambiente. Não é, entretanto, o único. A proposta deste texto é relacionar as ações possessórias, que envolvem litígio coletivo pela posse da terra, à função sócio-ambiental da posse. Ou seja, é demonstrar que é possível jurisdicalizar a questão ambiental em torno da discussão possessória, tão comum nas ações coletivas dos movimentos sociais do campo.

A análise parte da prática da assessoria jurídica popular coletiva, que permite/obriga vivenciar a disputa pela posse da terra politicamente e juridicamente em Goiás

A assessoria jurídica popular é um uso político-técnico do direito. Caracteri-

---

<sup>1</sup> MARX, Karl. Crítica ao programa de Gotha. In. Marx, Karl, Engels, Friedrich. Obras escolhidas. São Paulo: Alfa-Omega, 1979. v. 2. p. 214 – 215.



zada por um acompanhamento diário de vítimas, (sem-terras, sem saúde, sem alimento, sem educação, sem dignidade humana) de violação ou ameaça dos direitos humanos: despejos violentos, prisão arbitrária, lesões corporais e psicológicas, e tantas outras ofensas. É uma prática que se dá nos espaços mais variados desde os acampamentos, passando por conselhos até os fóruns de justiça.

Assim, é permitido analisar, imparcialmente<sup>2</sup>, o que ocorre com as famílias vinculadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) que, sendo um dos principais movimentos sociais de massa do Brasil pela reforma agrária, tem o acesso à justiça mitigado, no que tange à discussão acerca da função sócio-ambiental, seja nas ações de desapropriação, seja nas possessórias. Por outro lado, figura constantemente, enquanto réu, nos processos judiciais, principalmente os criminais e possessórios.

Isso decorre da falta de legitimidade jurídica do MST, veja que o movimento não é “agente capaz” nos termos da lei brasileira. Legitimidade esta que o Estado ignora ao não reconhecer novos direitos e os novos atores na democracia. Daí a oportuna observação de Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite ao concluir que o ordenamento jurídico não acompanha as demandas sociais a contento, afirmam:

*A crise dos paradigmas de legitimação, as mudanças no modo de vida, a entrada em cena de novos sujeitos sociais e a ampliação das prioridades materiais tendem a favorecer o aparecimento de novas formas “idealizadas” e “práticas” de juridicidade. A nova juridicidade rompe e transpõe os cânones clássicos da dogmática jurídica contemporânea, mitificada pelos princípios da neutralidade científica, da completude formal, do rigor técnico e da autonomia absoluta.<sup>3</sup>*

Desta maneira, com o fim de exercer pressão política para a efetivação da Reforma Agrária, o MST, por deliberação coletiva, ocupa propriedades rurais em Goiás que não cumprem a função sócio-ambiental, prevista na Carta Magna.

Essas ocupações levam o judiciário, a pedido e sob influência do latifúndio, a julgar o confronto entre os direitos da Reforma Agrária e da propriedade. Como em muitas vezes, após uma apreciação do pedido da posse feito, são deferidas as liminares para despejo, com autorização para o uso da força policial.

Existe normalmente um aparato policial preparado para cumprir a ordem judicial. A possibilidade de conflitos aumenta, assim como as ameaças de agressões físicas e psicológicas. Nos últimos anos, o número de famílias despejadas cresceu bastante e também o das ofensas aos direitos humanos dos (as) membros (as) do MST em Goiás.

Em pouco tempo também, devastação do bioma do cerrado tem aumentado

<sup>2</sup> Sobre a imparcialidade científica, o prof. Bernardo Mançano defende que “ser imparcial é ser coerente com seus pensamentos e ter a decência de defendê-los, não se deixar corromper pela conveniência... na pesquisa, se quisermos defender a imparcialidade, temos que compreendê-la como uma postura coerente, tendo como referência o rigor científico, no que se refere ao método, à teoria e à metodologia.” FERNANDES (Fernandes, 2001, p. 14)

<sup>3</sup> WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. VII.

enormemente, tendo em vista o incremento dos setores de produção da cana-de-açúcar e da soja. E, junto a esse fato, soma-se o uso de mão-de-obra infantil, trabalho análogo ao escravo e em precárias condições.

Destarte, o risco ou dano ambiental, agrava-se na medida que o capitalismo avança e se aperfeiçoa no campo. Esse mesmo sistema de produção é marginalizador das populações rurais. Portanto, é perfeitamente possível relacionar o risco ou dano ambiental com a ação/reação do MST, a partir dos efeitos do capitalismo, nas causas em que se discute a posse da terra rural.

Todavia, o que se pretende é focalizar o papel do judiciário nas ações possessórias, cujos atores são o MST, o latifúndio e o judiciário. Já explicitando que há um vínculo entre eles no conflito agrário, e que não há como fazer uma abordagem mais coerente das possessórias, sem partir de uma análise sócio-jurídica do conflito e do direito. Isso porque, o estudo do direito deve ser cortado pelas reflexões críticas fundadas em outras perspectivas, que não somente a legalista tradicional, especialmente para tentar acompanhar o desenvolvimento das sociedades ou de grupos.

O enfoque, considerando, entretanto, o fato de que o Estado detém exclusivamente a jurisdição, ou seja, dizer o direito e “pacificando” a sociedade, baseia-se na tese da função sócio-ambiental da terra rural. Como forma, de argumentação<sup>4</sup> junto ao judiciário nas possessórias, mesmo que seja para demonstrar o seu papel na sociedade capitalista, a função sócio-ambiental traz a discussão da questão ambiental sob a ótica jurídica.

Logo, o MST, como ator no conflito social, contribui para desvendar a justiça, justamente demonstrando uma das faces do poder, conforme esclarece Alberto Mellucci:

*Os movimentos contemporâneos são profetas do presente. Não tem a força dos aparatos, mas a força da palavra. Anunciam a mudança possível, não para um futuro distante, mas para o presente da nossa vida. Obrigam o poder a tornar-se visível e lhe dão, assim, forma e rosto. Falam uma língua que parece unicamente deles, mas dizem alguma coisa que os transcende e, deste modo, falam para todos.*<sup>5</sup>

Assim, a função sócio-ambiental da posse da terra deve ou deveria ser sopesada quando do julgamento das ações possessórias, sobretudo aquelas que envolvem conflitos coletivos. Cumpre a função sócio-ambiental, a posse da terra que tem observados os requisitos sociais, ambientais e econômicos a partir de sua utilização. Seu principal efeito, portanto, é o de elevar o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal, porque atende diretamente as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como os programas de erradicação da pobreza.

A ênfase ao meio ambiente é de extrema relevância, haja vista que hodierna-

<sup>4</sup> Ver: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*, Ed. Renovar, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>5</sup> MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001, pág. 21.

mente se vê um confronto entre a questão ambiental e a produção no campo, como o que ocorre no cerrado goiano, onde milhares de hectares de mata são destruídos para a plantação de soja, principalmente. Ademais, tratar da questão ambiental em ações possessórias que envolvem litígios coletivos vai ao encontro dos princípios do direito ambiental da informação e da participação previstos na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e também na Convenção de Aarhus.

Ou seja, o judiciário também pode servir de instrumento de prevenção de riscos ambientais em causas que não sejam exclusivamente as ações civis públicas.

Para corroborar, segue a análise de um caso modelo de descumprimento da função sócio-ambiental e de despejo de trabalhadores (as) rurais sem terra: o caso da Fazenda Flozeira, no município de Campestre Goiás, que não é isolado e re-trata bem a forma como são julgadas as demandas em face dos (as) trabalhadores (as) rurais envolvendo imóveis que não cumprem a função sócio-ambiental.

## 2. A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE

Nos últimos sessenta anos, a comunidade internacional vem construindo definições, bem como criando instrumentos e organismos para a efetivação dos direitos humanos. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais foram positivados e universalizados.

Como afirma Saule Júnior, *“o processo de universalização e multiplicação dos direitos configura um rompimento com o sistema tradicional de relação do indivíduo, sujeito de direitos somente no âmbito do Estado do qual é cidadão, de modo a estabelecer um novo cidadão, o cidadão do mundo, sujeito de direitos universais, reconhecido como um sujeito de direito internacional”*.<sup>6</sup>

O Brasil, como signatário da Declaração Universal, por meio da Constituição Federal de 1988, deu maior relevância a vários direitos e garantias individuais e coletivos em seu ordenamento jurídico.

No que tange ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sua origem se deu de forma eminentemente antropocêntrica, ou seja, preserva-se a natureza em prol das gerações futuras, essa era a finalidade da preservação do meio ambiente: o futuro da humanidade. Foi posteriormente que surgiu uma concepção biocêntrica, ou seja, a vida e suas várias matizes desvinculam-se da óptica estritamente antropocêntrica e toma corpo realmente universal. Preserva-se o meio ambiente porque é vida e a vida deve ser preservada: o futuro do planeta. De forma mais contundente, após a ECO 92, o meio ambiente perde seu estado periférico e ingressou na órbita dos valores fundamentais dos pactos políticos nacionais.

Foi a Constituição de 1988, pela primeira vez no Brasil, que inseriu o tema

<sup>6</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. pág. 27.

meio ambiente em sua concepção unitária, embora não tenha sido a primeira Constituição da América Latina a fazê-lo, tendo sido precedida pelas Constituições do Equador e do Peru de 1979, Chile e Guiana de 1980, Honduras de 1982, Panamá de 1983, Guatemala de 1985, Haiti e Nicarágua de 1987<sup>7</sup>.

O meio ambiente também foi incorporado pelo princípio da função social prevista na Constituição Federal, que relativizou ainda mais o direito de propriedade, vinculando sua efetividade ao cumprimento de determinados requisitos (arts. 5º, XXIII, 184 e 186 CF/88). Nesse sentido, é importante transcrever o texto da lei:

*Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:*

*I – aproveitamento racional e adequado;*

*II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (Grifou-se)*

*III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;*

*IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*

Do texto percebe a incorporação das vertentes social, ambiental e economicista no direito de propriedade, ou seja, não cumpre a função social a propriedade que não observar os requisitos simultaneamente.

Embora a constituição garanta o direito de propriedade e, sendo a função social condicionante dela, seja rural ou urbana, o imóvel que não cumpre a função social faz o proprietário perder o direito de propriedade, na medida em que existe disposição constitucional de desapropriar imóveis rurais por interesse social para fins de reforma agrária, bem como tributar progressivamente o imóvel urbano, podendo culminar também na desapropriação, que não cumprem a função sócio-ambiental.

Assim, veja o artigo 184 da Constituição Federal:

*Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.*

Questão geradora de muitas controvérsias, é a previsão do artigo 185, II, que assim dispõe:

*Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:  
II – a propriedade produtiva*

Da leitura do texto, inserido pela bancada ruralista na época da constituin-

<sup>7</sup> Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 85.

te, através principalmente da UDR<sup>8</sup>, pode-se pensar que todo imóvel produtivo não é passível de desapropriação por descumprimento da função social. Ora, se assim fosse, um imóvel rural que não observa a ótica social ou ambiental, mas sendo produtivo sob o ponto de vista economicista, não seria suscetível de desapropriação.

Se prosperasse tal entendimento, a própria lei distinguiria a propriedade produtiva de um lado, fomentada pela corrente autonomista, e a que cumpre a função social do outro. O que não existe. Ademais, o texto do artigo 186 diz “simultaneamente”, ou seja, os requisitos sociais, econômicos e ambientais devem ser cumpridos ao mesmo tempo, sem a presença de um deles, a função social não se aperfeiçoa como conceito constitucionalmente harmônico.

Assim, não pode haver produtividade sem função social, pois a produtividade é apenas uma das condicionantes da função social. Seria aceitar que um imóvel rural utilizasse trabalho análogo ao escravo e nada acontecesse sob o prisma constitucional. Isso sim seria um total enfrentamento da Carta Magna, que tem por princípio o da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a propriedade produtiva não deve degradar o meio ambiente em nome da produção, como não observar as regras técnicas de uso de agrotóxicos, por exemplo.

O texto da lei traz uma outra interpretação que não a legalista somente. Traz um direcionamento social. Com efeito a hermenêutica deve ser exercida na interpretação do espírito da lei, no sentido harmonizar-se com o interesse social. Indo ao encontro do dito, segue o entendimento de Vicente de Paulo Barreto, ao prefaciá-lo de Camargo:

*Por essa razão, a hermenêutica assumiu papel de destaque na reflexão jurídica contemporânea. O processo hermenêutico considera a norma como parte integrante do sistema jurídico, mas considera-a, também, como meio para a solução de conflitos que não se caracterizam por suas dimensões estritamente legais, pois comportam aspectos sociais e valorativos, determinantes para a própria eficácia do direito.*<sup>9</sup>

Assim, fazendo parte da lógica constitucional, a função social também está prevista em outras partes da Constituição Federal, como no artigo 170, quando trata da ordem econômica, que é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos (as) existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade (artigo 170, inciso III) e defesa do meio ambiente (art. 170, IV).

Outrossim, o artigo 225 que leva o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a ser bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, transforma-se em direito difuso da coletividade, ou melhor, do interesse social. E, “dessa forma não pode ser apropriado e é extracomércio”.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> A União Democrática Ruralista foi uma articulação criada para representar o latifúndio junto ao Congresso Nacional na época da Constituinte. Seu ícone maior é Ronaldo Caiado, deputado federal por Goiás.

<sup>9</sup> Ob. Cit. p. VIII.

E, por fim, o disposto no artigo 193, que trata da ordem social, tendo por objetivo o bem estar e justiça social. Ora, o bem estar é justamente um dos requisitos da função social, conforme se lê no artigo 186, IV da Constituição Federal. Nota-se um desejo implícito e explícito da carta política em imiscuir a função social em todo o corpo constitucional.

Registra-se que norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência já o reconhece. Realmente, afirma-se a tese de que aquela norma “tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente.”<sup>11</sup>

Além da constituição federal, as leis ordinárias também fazem previsão da função sócio-ambiental da propriedade. O estatuto da terra (lei nº 4.504 de 1964) em seu artigo 12 diz que “à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo”.

No que diz respeito aos imóveis urbanos, o estatuto da cidade (Lei nº 10.257 de 2001) estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.<sup>12</sup> Vale ressaltar que o Estatuto da Cidade prevê também uma série de penalizações aos proprietários desidiosos, até a desapropriação.

E, por fim, a lei que regula as relações privadas, o Código Civil, também regula o direito de propriedade, que deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1.228, § 1º).

No que tange à função sócio-ambiental da posse, a discussão não é nova. Clóvis Beviláqua, idealizador do Código Civil de 1916, já trazia uma teoria, a teoria de Kohler, acerca do interesse social sobre a posse. O autor, citado por Beviláqua, ensinava que:

*A posse não é instituto individual, é social; não é instituto de ordem jurídica e sim da ordem da paz.*<sup>13</sup>

Definir a função sócio-ambiental da posse não é difícil, até porque se trata do mesmo princípio, com os mesmos requisitos da propriedade. Mas é necessário compreender primeiro o que é posse.

Em suma, a posse é definida como a manifestação da propriedade. O código civil brasileiro define o que é possuidor, donde se extrai o conceito de posse:

<sup>10</sup> Ob. Cit. p. 85.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, 1990, p. 250.

<sup>12</sup> Ver parágrafo único do artigo 1º do Estatuto da Cidade.

<sup>13</sup> KOHLER, Josef. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin, II, 1919. apud BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1941, pág. 29.

*Art. 1.196 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não de algum dos poderes inerentes à propriedade.*

Assim, podemos dizer que posse é o exercício, de fato, dos poderes constitutivos da propriedade, ou de algum deles somente. Sendo os poderes: de usar, gozar, dispor e reaver de quem quer que injustamente possua a propriedade. Desta forma, não há propriedade, pelo menos imóvel, se não houver posse, pois a posse é o exercício da propriedade.

Com efeito, aquilo em que é exercido (a propriedade) deve cumprir sua função social, sob pena de não ser legalmente amparado e sofrer as sanções. Desta forma, o seu exercício (a posse) também deve cumprir a função social, ou seja, a posse também tem os requisitos sociais, econômicos e ambientais, da mesma forma que a propriedade. Portanto, faltando um dos requisitos da função social da posse, a mesma não pode ser juridicamente protegida.

*Em princípio, a posse somente é possível nos casos em que possa existir propriedade ou manifestação mitigada dela. Posse e propriedade, em compreensão jurídica, caminham juntas<sup>14</sup>. (grifou-se).*

### **3. A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA POSSE COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS POSSESSÓRIAS**

As Nações Unidas, por meio do relatório da Secretaria Geral de Estudos e Documentação da Conferência Mundial do Meio Ambiente, destacou como uma das prioridades, que constituíram a agenda temática das Conferências de Cúpula da ONU da década de 1990 a administração da justiça e o Estado de Direito.<sup>15</sup>

Com efeito, a administração da justiça é assunto de preocupação da ONU, especialmente pela Comissão de Direitos Humanos, que já constituiu um relator especial sobre a Falta de Independência do Judiciário. Ou seja, o Judiciário, como responsável pela efetivação dos direitos humanos, já demonstrou parcialidade suficiente, o que compromete a efetivação dos Direitos Humanos, para a constituição de uma relatoria especial.

No Brasil não é diferente. Em função da recente Emenda Constitucional, a Emenda Constitucional nº 45, foi possível travar uma discussão sobre o Poder Judiciário: sua composição, legitimidade, julgamentos e casos exemplares, competência e outras.

Foi assim que Dalmo de Abreu Dallari fez uma importante e contundente crítica à organização judiciária ao apresentar o texto “A hora do judiciário”, conforme se vê de um excerto do artigo:

*A realidade é que a organização judiciária, quase em todo o mundo, é deficiente em relação às novas demandas que lhe são dirigidas e às novas responsabi-*

<sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, v. 3 2003

<sup>15</sup> Ver CF; U.N., Report of the Secretary-General on Studies and Documentation for the World Conference, doc. A/CONF.157/PC/20, de 26.03.1996, pp. 1/6.

*lidades que decorrem, inclusive, de inovações constitucionais. Há inegáveis e graves inadequações na organização e nos procedimentos de órgãos judiciais, em parte relacionadas com os sistemas processuais mas em grande parte devidos à secular acomodação da magistratura, que se ajustou ao formalismo, valorizou demasiadamente as aparências, aceitou a submissão ao Executivo e distanciou-se do povo.*<sup>16</sup>

Assim, as decisões judiciais, normalmente conferidas em ações possessórias, baseiam-se exclusivamente no direito privado da posse. Há situações em que o imóvel manifestamente descumpra a legislação ambiental, mas são protegidos, posto que não há a observância pelo Poder Judiciário e até pelo Ministério Público da função sócio-ambiental da posse, o que influencia substancialmente a decisão do Poder Judiciário.

Destarte, o judiciário tem papel fundamental ao apreciar os litígios em que envolvem conflitos coletivos pela terra. Nos últimos anos o número de ordens de despejo cresceu em proporção geométrica. O pior é que as ordens judiciais autorizam a força policial a apoiar os despejos, que muitas vezes são extremamente violentos. Veja, por exemplo a conseqüência da ordem judicial de desocupação da PA 150 em Eldorado dos Carajás, com o saldo de 19 mortos:

*“Recolhidos num posto do Instituto Médico Legal de Marabá, os corpos de Eldorado dos Carajás trazem as marcas de um massacre. Manchas roxas informam que tomaram chutes e pontapés, enormes buracos de bala e manchas de pólvora comprovam que foram dados tiros à queima-roupa, membros mutilados e cabeças arrebatadas denunciam uma selvageria além de qualquer razão ou limite.” (VEJA, 24 de abril de 1996, p. 34).*

Infelizmente, não foi um conflito isolado. No Brasil anualmente milhares de famílias são despejadas<sup>17</sup>, a rigor com força bruta da polícia.

Tais ordens, outrossim, legitimam a ação privada de milícias armadas. É resultado de uma cultura jurídico-política que conforma as relações sociais e de poder, onde a lógica do favor se impõe sobre a lógica do direito, com uma cultura fortemente conduzida por uma lógica privatista, configurando um estado patrimonialista<sup>18</sup>. Isso é fato de extrema relevância e que deve ser sopesado por um juiz ao julgar uma possessória em que envolve litígio coletivo.

Em Goiás não é diferente, ao contrário. Enquanto o estado vê passivamente o bioma cerrado ser destruído em função da expansão do agronegócio, mormente a produção de soja, a violência aumenta e também o número de despejos. É o que constatou o professor Carlos Walter, ao analisar os dados da Comissão Pastoral da Terra de 2003:

*É interessante destacar que na quase totalidade desses Estados em que o Poder Judiciário vem mantendo um índice elevado de ordens de prisão e de despejo,*

<sup>16</sup> KREBS, Fernando Aurvalle (Org.). *A reforma do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 1999, pág. 11.

<sup>17</sup> O último levantamento feito pela CPT sobre os conflitos no campo de 2003, retratam um aumento de despejos de 263,2 % em relação à 2002.

<sup>18</sup> Vide FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Editora Globo, 2000.



*com exceção do Pará e do Acre, é onde temos a expansão da moderna agricultura empresarial, o chamado agronegócio (MT, GO, TO, RO, MS).<sup>19</sup>*

Conforme os dados da CPT, o número de famílias despejadas em Goiás aumentou mais de sete vezes no ano de 2003 em relação a 1998. Esses dados não se referem à violência sofrida pelos (as) trabalhadores (as), que também aumentou. Significa que, além do aumento de famílias despejadas, certamente houve um número maior de policiamento para efetuar os despejos.

Nos casos das ações possessórias, todas responsáveis pelos despejos acima citados, o ponto em torno da questão ambiental é perfeitamente cabível de discussão, pois a posse, como já demonstrado, é exercício da propriedade e não impede de conhecimento da sua função sócio-ambiental.

Ademais, amplia as ações competentes para conhecer as demandas ambientais, além de juntar a temática sócio-ambiental.

#### **4. O CASO DA FAZENDA FLOZEIRA**

Um caso exemplar de descumprimento da função sócio-ambiental da propriedade e da posse, combinado com uma reintegração de posse violenta, foi o que ocorreu na fazenda Flozeira no município de Campestre em Goiás<sup>20</sup>.

A população rural da cidade de Campestre, em meados de janeiro, após notar que vários peixes do ribeirão Santa Maria estavam morrendo procurou as autoridades ambientais locais para que tomassem providências.

Parte do imóvel foi arrendado para o cultivo de arroz. O arrendatário, em total desrespeito à legislação ambiental, plantou até as margens de dois córregos e de uma represa, que absorveram muito veneno (Furadan e Permetin). Além do mais, nas curvas de nível, fundamentais para amenizar os efeitos da chuva, formaram-se poças de águas com alto teor de veneno.

O local, onde estavam armazenados os recipientes dos venenos, era impróprio para o acondicionamento do veneno e para a mistura com a semente do arroz, onde também era feita. Ademais, também dormia um funcionário da fazenda com o fim de vigiar o produto.

O impacto maior não foi no ribeirão Santa Maria, mas em dois córregos afluentes do Santa Maria e uma represa, que receberam barro envenenado e sementes envenenadas.

O Santa Maria é afluente do Rio dos Bois, importante rio da região, e, como o crime ocorreu há poucos metros do encontro dos rios, provavelmente o rio dos Bois também foi atingido.<sup>21</sup>

O resultado da amostra pesquisada na SANEAGO revelou que o índice de veneno foi 3 vezes superior ao permitido. O exame realizado deteve-se na coleta

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Violência e democracia no campo brasileiro: o que dizem os dados de 2003. In: *Conflitos no campo*: Brasil 2003. Goiânia: CPT Nacional, 2003. pág. 22

<sup>20</sup> Responsáveis pela apuração na Agência Ambiental: técnico ambiental Néri Caetano Barbosa e o diretor de ecossistemas Paulo Boxexa

Procedimento: 560121733/2005-9 – Auto de Infração

<sup>21</sup> Ainda não saiu resultado sobre a possível poluição do Rio dos Bois.

de água e peixe, sendo que a extração da amostra ocorreu aproximadamente 8 dias após o derramamento no rio, portanto muito do veneno já havia se dissipado em função das fortes chuvas.

Em fevereiro o imóvel rural foi ocupado por mil famílias integrantes do MST, que em menos de 13 (treze) horas foram brutalmente despejadas pela polícia militar, em obediência à ordem judicial prolatada na ação possessória. Na desocupação foram usadas armas de fogo com munição letal e também de borracha. Há 10 exames médicos constatando as lesões corporais sofridas na ação policial.

Vê-se, portanto, que, no mínimo a violência poderia ter sido evitada no cumprimento da reintegração de posse. A liminar, outrossim, não se deteve à função sócio-ambiental, o que não prejudicaria a ordem jurídica. Pelo contrário, a ação teria alcançado um efeito muito maior que o pretendido, o de proteger a posse exclusivamente).

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** O meio ambiente rural goiano vem sendo destruído pela crescente produção capitalista;

**5.2** O mesmo sistema capitalista é gerador de desigualdades sociais;

**5.3** Destarte, é necessário construir, a partir da função sócio-ambiental da posse, uma nova forma de decidir os conflitos, o que certamente influenciará na própria efetivação dos direitos humanos no campo, mormente o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado;

**5.4** Para superar as limitações impostas pela visão positivista, é necessário compreender o ordenamento jurídico como sistema, cujas características fundamentais são a ordenação e unidade. Mais do que premissas teórico-científicas, a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico são premissas inafastáveis do trabalho hermenêutico, já que impedem a dispersão gerada pela multiplicidade de valorações singulares e desconexas, como analisar a posse por si só ou em função do direito absoluto da propriedade, sem vincula-la da função sócio-ambiental;

**5.5** Discutir a função sócio-ambiental da posse é uma forma eficaz de juridicalização da questão ambiental;

**5.6** O judiciário ao apreciar a função sócio-ambiental da posse atua como instrumento de prevenção de riscos ambientais;



# ISENÇÃO CONDICIONAL TRIBUTÁRIA E MEIO AMBIENTE

CRISTINA MENDES HANG

Procuradora do Estado, membro do Instituto  
Brasileiro de Advocacia Pública

KATE A. DE SOUZA CALLEJÃO

Procuradora do Estado, membro do Instituto  
Brasileiro de Advocacia Pública

## 1. INTRODUÇÃO

A *idéia de não pagar tributo*<sup>1</sup> contrapõe-se à voracidade do Estado de arrecadar. Almeja-se que a cobrança de tributos não fique subordinada ao talante do Administrador e que todos tenham acesso aos serviços públicos de boa qualidade.

A tutela do meio ambiente é na atualidade um tema a ser enfrentado a partir da perspectiva fundamental dos direitos humanos. Lembre-se que a luta dos direitos individuais tem seu marco histórico na Magna Carta, editada em 1215.<sup>2</sup>

O texto da Magna Carta estabelece restrições à instituição do tributo:

*“Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (scutagium)<sup>3</sup> nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição razoável será lançada.<sup>4</sup>”*

<sup>1</sup> A palavra tributo tem várias acepções, emprega-se, neste trabalho, como quantia em dinheiro.

<sup>2</sup> Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Editora Saraiva, 3ª edição, fl. 77.

“Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a *Magna Carta* constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio (...). Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.

Mais do que isso, porém a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. Quinhentos anos antes, Santo Isidoro (560-636), bispo de Servilha, já havia defendido a *idéia* de que o príncipe devia submeter-se às leis que ele próprio promulgara, pois “só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos” (*Sententiae III*, 51.4)”

<sup>3</sup> O *scutagium* foi uma taxa criada por Henrique II, em 1159, e lançada sobre todos os senhores feudais que desejassem ser isentos do serviço pessoal de auxílio ao rei nas campanhas bélicas (Sir Frederick Pollock e Federic William Maitland, *The History of English Law, before the time of Edward I*, v. I, 2ª ed. Cambridge, 1923, p.266 e s.) apud Comparato, obra citada.

<sup>4</sup> Comparato, Fábio Konder. Obra citada.

A referência à Magna Carta visa enfatizar a evolução das garantias individuais, fazer uma relação com o Estado Democrático de Direito e os princípios, explícitos ou implícitos, previstos na Constituição Federal, de 1988.

Princípio é o começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou demonstração de algo, “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”<sup>5</sup>

“Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”<sup>6</sup>

A relevância dos princípios dentro do ordenamento jurídico-positivo foi exposta por Geraldo Ataliba:

*“princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos) Eles expressam a substância última do querer popular; seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.”<sup>7</sup>*

Os princípios constitucionais e os do Sistema Tributário Nacional, quer sejam valores ou limites, devem ser observados pelas pessoas políticas.

Roque Carrazza<sup>8</sup> atribui significativa importância aos princípios republicano, federativo, autonomia municipal, anterioridade, legalidade e segurança jurídica, que os discorreu, com maestria, em capítulos de sua obra para o Sistema Tributário Brasileiro.

O presente trabalho visa demonstrar a relação existente entre instituto da isenção tributária como mecanismo de estímulo e incentivo à proteção da natureza, paisagem e cultura, abordando a finalidade extrafiscal que todo tributo pode ter.

A extrafiscalidade é atividade financeira que o Estado exercita sem o fim percípua de obter recurso para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou re-ordenar a economia e as relações sociais.<sup>9</sup> Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou

<sup>5</sup> Carrazza, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p.33.

<sup>6</sup> Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p.807.

<sup>7</sup> Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*, 2ª edição, 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p.34.

<sup>8</sup> obra citada.

<sup>9</sup> Falcão, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro, Forense, 1981 *apud* Oliveira, José Marcos Domingues, *Direito Tributário e Meio Ambiente*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, 2ª edição, pág.38.

as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa<sup>10</sup>.

## **2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: MEIO AMBIENTE, PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS E ISENÇÃO TRIBUTÁRIA**

A Constituição Federal ocupou-se do tema ambiental, dedicando-lhe um capítulo inteiro, incluindo-o no Título da “Ordem Social”, Capítulo VI, Título VIII, artigo 225:

*“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.*

Busca-se um equilíbrio que se faz necessário entre a preservação ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico. A novidade é que esse equilíbrio traz embutido a proteção fundamental à vida. Na lição da E. Professora Cristiane Derani “A realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pressupõe a obediência ao princípio da defesa do meio ambiente nas atividades econômicas. Sendo um direito fundamental a ser construído na atividade social, somente a atividade social – por conseguinte à atividade econômica – que contemple o princípio da defesa do meio ambiente poderá concretizá-lo. Assim, será conforme o direito aquela atividade que no seu desenvolvimento orienta-se na defesa do meio ambiente e, deste modo, contribui na concretização do direito fundamental social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”<sup>11</sup>.

O texto constitucional consagra o dever do Poder Público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente. Este dever integra a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, encarregando-os de definir, nas unidades da Federação, as áreas que deverão ser preservadas, classificando-as como parques e reservas ecológicas, na forma do artigo 225, inciso III da Constituição Federal.

A competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, é tratado no artigo 24, inciso VI da Lei Maior. Esta previsão significa que a lei federal não disciplinará de forma específica, as matérias previstas neste dispositivo, tarefa relegada à competência dos Estados e do Distrito Federal. Na ausência de lei federal, os Estados poderão legislar sobre qualquer matéria prevista no mencionado dispositivo no exercício da competência legislativa suplementar.

<sup>10</sup> Carrazza, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, 19ª edição, pág. 96, nota de rodapé nº 62.

<sup>11</sup> Derani, Cristiane. Meio Ambiente ecologicamente equilibrado : Direito Fundamental e Princípio da Atividade Econômica, in “Temas de Direito Ambiental e Urbanístico, Ed. Max Limonad, 1.998 – pág. 100

A elaboração de normas jurídicas, tanto federais como especiais, propicia meios para efetivação da fiscalização e proteção ao meio ambiente, especialmente através do estabelecimento de sanções administrativas. Esta é a postura que se espera do Estado – a responsabilização do poluidor.

Os princípios constitucionais tributários aliados ao instituto da isenção tributária proporcionam a participação do contribuinte - responsável pela atividade de exploração do meio ambiente – para que adote uma postura voltada ao interesse coletivo, porque lhe convém financeiramente, nas várias esferas de competência tributária: federal, estadual, distrital e municipal.

Veja-se quais são os princípios e sua relação com a isenção tributária.

Optou-se por utilizar as definições de Paulo de Barros Carvalho<sup>12</sup> sobre os princípios constitucionais em razão de sua abrangência e concisão.

“Princípio da justiça é uma diretriz suprema. Na sua implicitude, penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos o proclamam, fazendo dele até um lugar comum, que se presta para justificar interesses antagônico e até desconcertantes. Como valor que é, ajusta-se diferentemente nas escalas hierárquicas das mais variadas ideologias. Os sistemas jurídicos dos povos civilizados projetam-no para figurar no subsolo de todos os preceitos, seja qual for a porção da conduta a ser disciplinada.

Realiza-se o primado da justiça quando implantamos outros princípios, o que equivale a elegê-lo como sobreprincípio. E na plataforma privilegiada dos sobreprincípios ocupa o lugar preeminente. Nenhum outro o sobrepuja, ainda porque para ele trabalham. Querem alguns, por isso mesmo, que esse valor apresente-se como o sobreprincípio fundamental, construído pela conjunção eficaz dos demais sobreprincípios.”

A isenção tributária cria uma discriminação, um privilégio em face da tributação geral, em busca da justiça, incentivando determinado setor ou pessoas, podendo cada ente político, dentro de sua esfera de competência, direcionar a conduta do contribuinte para a proteção do meio ambiente, daí seu caráter extrafiscal.

Princípio da certeza jurídica é também um sobreprincípio, estando acima de outros primados e regendo toda e qualquer porção da ordem jurídica.

Como valor imprescindível do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmbito de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deontico, sendo incompatível imaginá-lo, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade. Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada.

O princípio da certeza jurídica é implícito, mas todas as magnas diretrizes do ordenamento operam no sentido de realizá-lo.

Adiciona-se à certeza jurídica o princípio da legalidade para que isenções sejam criadas, revogadas ou modificadas somente mediante lei.

<sup>12</sup> Carvalho, Paulo de Barros- *Curso de Direito Tributário*, 14ª edição, Editora Saraiva, 2002, pág.144/162.

## Princípio da segurança jurídica

Não há por que confundir a *certeza do direito* naquela acepção sintática, como o cânone da *segurança jurídica*. Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com *sentido deôntico*; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanos, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo por que o princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Certeza e segurança jurídica são princípios que visam a estabilidade social que o direito tem como norte. A alteração do panorama jurídico atribuído à isenção figura como desestímulo ao incentivo fiscal motivador ou causa de sua concessão.

## Princípio da igualdade

Está explícito na Constituição Federal, de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade... Seu destinatário é o legislador, entendido aqui na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade.

O conceito de igualdade, porém, não é de fácil determinação. “Aliomar Baleeiro afirma: “se todos são iguais perante a lei não será possível a esta reservar tratamento fiscal diverso aos indivíduos que se acham nas mesmas condições.

“Daí se infere que não serão toleráveis discriminações nem isenções que não correspondam a critérios razoáveis e compatíveis com o sistema da Constituição.<sup>13</sup>

As isenções só devem ser concedidas se houver diferenças substanciais entre os indivíduos ou atividades poupados o ônus tributário, e os que a ele se sujeitam.

A isenção a favor de pessoa física ou jurídica somente se justifica se demonstrada nitidamente que o proveito fiscal não alcança o beneficiário de forma

<sup>13</sup> Baleeiro, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 6ª edição, Editora Forense, 1985, p.203.



exclusiva e gratuita, mas uma vantagem para a coletividade, sem configurar inconstitucional tratamento de desigualdade para outras pessoas concorrentes.

### **Princípio da legalidade**

Também explícito em nosso sistema – art. 5º, II –essa máxima assume o papel de absoluta preponderância. *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* Espalha sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres correlativos, a relevância desse cânone transcede qualquer argumentação que pretenda enaltecê-lo. A diretriz da legalidade está naquela segunda acepção, isto é, a de norma jurídica de posição privilegiada que estipula objetivos.

A isenção somente pode ser criada, modificada e revogada por lei, nos mesmos termos em que há a instituição de tributo. Não há como ficar ao alvitre do Administrador, necessário que haja a participação do Poder Legislativo da pessoa política competente.

### **Princípio da irretroatividade das leis**

*As leis não podem retroagir, alcançando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.* É o comando do art. 5º, XXXVI. Nesse princípio, que vem impregnado de grande força, podemos sentir com luminosa clareza seu vetor imediato, qual seja a realização do primado da segurança jurídica. Qualquer agressão a essa sentença constitucional representará, ao mesmo tempo, uma investida à estabilidade dos súditos e um ataque direto ao bem da *certeza do direito*.

Não é possível que a lei isentiva atinja fatos anteriores à sua edição. A revogação ou modificação da isenção pode ocorrer a qualquer momento.

Pedro Lunardelli conclui sobre a revogação da isenção e o princípio da irretroatividade: “Considerada na performance geral e abstrata, a regra de isenção pode ter sua vigência tolhida a qualquer momento, quando então, dada sua revogação, deixará de juridicizar eventos futuros. Tal revogação, contudo não impede sua aplicação para aqueles eventos passados e sua constituição em fatos jurídicos presentes. As relações jurídicas de isenção, devidamente constituídas por força da concreção dos fatos em linguagem competente, não se submetem a novo regramento tributário, por representarem direito subjetivo à isenção adquirido pelo contribuinte isento. É sobrenorma constitucional- o princípio da irretroatividade- que tolhe a aplicação da regra tributária ulterior sobre relação jurídica de isenção já devidamente constituída.”

### **Princípio da universalidade da jurisdição**

*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito.*

A função jurisdicional, no Brasil, é primazia absoluta do Poder Judiciário. A idoneidade para *dizer o direito aplicável* é disseminada entre os outros Poderes e está aberta a quem quiser fazê-lo. Inobstante isso, só o Poder Judiciário transmite às suas manifestações o peso das decisões *definitivas*. Advém daí o rigor da redação, constitucional, vedando às leis que impeçam, àquele que se viu lesado no seu direito individual, ou que se sente ameaçado de tanto, o recurso de bater às portas do Poder Judiciário, deduzindo em juízo sua pretensão. Fica assegurado a todos, sem exceção, o direito à tutela jurisdicional do Estado, como sainete que lhe é próprio, a aptidão para fazer coisa julgada – *a definitividade*.

A lesão ao interesse do contribuinte isento pode ser evidenciada desde a formulação de pedido perante a autoridade administrativa até o momento em que há a revogação da isenção.

O Supremo Tribunal Federal tem os seguintes verbetes a respeito das isenções:

*“Súmula 544. Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas”*

*“Súmula 615. O princípio constitucional da anualidade não se aplica à revogação de isenção do ICM.”*

### **Princípio que consagra a ampla defesa e o devido processo legal**

O postulado do devido processo legal, que anima a composição de litígios promovida pelo Poder Judiciário, e que garante ampla liberdade às partes para exibir o teor de juridicidade e o fundamento de justiça das pretensões articuladas em Juízo, se aplica com assomos de princípio capital também aos procedimentos administrativos e, entre eles, o que ferem matéria tributária. *O devido processo legal* é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tornando concreta a busca da tutela jurisdicional ou a manifestação derradeira do Poder Público, em problemas de cunho administrativo.

### **Princípio da isonomia das pessoas constitucionais**

O Brasil é um estado federal. A União, os Estado-membros e os Municípios, erigidos na Constituição Federal, de 1988, com autonomia, ocupam juridicamente o mesmo plano hierárquico, devendo receber tratamento jurídico – formal isonômico.

### **Princípio que afirma o direito de propriedade**

Está inscrito o art. 5º, XXII e XXIV, e nele a Constituição Federal assegura o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Alojado no cerne de todas as situações materiais que sofrem o impacto tributário, o direito de propriedade é uma preocupação constante do legislador no desempenho da tarefa legislativa e requer a contínua vigilância dos cidadãos, para vê-lo efetivamente guarnecido na conformidade da proteção constitucional.

### **Princípio da liberdade de trabalho**

*É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.* Art. 5º, XII.

*As leis sobre tributo não podem tolher o livre exercício do trabalho, a que tem direito o cidadão brasileiro. Como bem tutelado no plano da Constituição, é um limite a mais que confrange as iniciativas legislativas em matéria tributária.*

### **Princípio que prestigia o direito de petição**

O sagrado direito de petição foi objeto de explícito registro por parte do legislador constitucional brasileiro, justamente nas letras *a* e *b* do inciso XXXIV do art. 5º. A letra *a* alude à interpretação do pedido para defesa de direitos ou contra *ilegalidade ou abuso do poder*. Já a letra *b* se reporta ao *pedido de expedição de certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situação pessoal*.

O direito de petição é das lídimas prerrogativas de um Estado de Direito, podendo ser exercido por qualquer do povo.

### **Princípio da supremacia do interesse público ao do particular**

Diretriz implícita, mas de forte e profundo poder de penetração em todas as regras de direito público, exalta a superioridade dos interesses coletivos sobre os do indivíduo, como instrumento valioso e para coordenar as atividades sociais, num ambiente de ordem e respeito aos direitos de todos os súditos. É um dos postulados essenciais para a compreensão do *regime jurídico-administrativo* e está presente em capítulos importantíssimos do Direito Tributário.

### **Princípio da indisponibilidade dos interesses públicos**

Está implícito, formando com o anterior as duas grandes colunas do Direito Administrativo. Os interesses públicos são inapropriáveis. O titular do órgão administrativo incumbido de representá-los não tem poder de disposição, havendo de ger-los na mais estreita conformidade do que preceitua a lei. A disponibilidade dos interesses públicos está permanentemente retida no âmbito do Estado, que a manipula de modo soberano, exercitando sua função legislativa. Corolário desse princípio, no terreno dos tributos, é a premência absoluta de lei, em toda a circunstância em que ao administrador tributário cabe remitir débitos, transigir, efetuar compensações ou lidar, de algum modo, com a titularidade de bens ou interesses do Erário.

A isenção afigura-se um favor fiscal em face do contribuinte, certo é que ínsito ao poder de tributar, está o poder de isentar, “só a pessoa que validamente criou ( ou pode criar), por meio de lei, o tributo é que pode criar a isenção, desde que o faça também, por meio de lei”<sup>14</sup>. Eis pois a necessidade de sempre se observar os princípios constitucionais tributários.

### 3. CONCEITO DE ISENÇÃO

O Código Tributário Nacional, em seu art. 175, estabelece que se trata de uma causa de exclusão do crédito tributário.

*“Art. 175. Excluem o crédito tributário:*

*I – a isenção;*

*II – a anistia.*

*Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.”*

Rui Barbosa Nogueira conceitua isenção como “dispensa de pagamento do tributo devido, feita por disposição expressa da lei e por isso mesmo excepcionada da tributação... que poderá ser aumentada ou diminuída pela lei, dentro do campo da respectiva incidência”<sup>15</sup>

Para esta corrente, a isenção tributária pressupõe a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária, ou melhor, a incidência do tributo e o consequente nascimento da obrigação tributária. O tributo entretanto, deixa de ser exigido em razão da norma de isenção tributária, que vem dispensar o contribuinte de respectivo pagamento. O imposto, assim, é devido. mas a lei tributária, para a hipótese contemplada, dispensa o contribuinte de seu pagamento.<sup>16</sup>

A segunda corrente defendida por Alfredo Augusto Becker<sup>17</sup>: “a regra jurídica que prescreve a isenção, em última análise, consiste na formulação negativa da regra jurídica que estabelece a tributação.

“A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, faz com que esta regra jurídica incida justamente para negar a existência de relação jurídica tributária. Por sua vez, as hipóteses não enquadráveis dentro da hipótese de incidência da regra jurídica *explícita de isenção tributária*, são precisamente as hipóteses de incidência de regras jurídicas *implícitas de tributação*. (grifo no original).

#### 3.1 A isenção impede o nascimento da obrigação tributária

A terceira corrente, que deriva do posicionamento de Paulo de Barros Carvalho, conceitua “isenção é a limitação legal do âmbito de validade da norma ju-

<sup>14</sup> Carrazza, Roque Antônio. obra citada, p.767.

<sup>15</sup> Nogueira, Rui Barbosa- Curso de Direito Tributário, 5ª edição, Editora Saraiva, 1980, p.171/172

<sup>16</sup> Nesta corrente situam-se Amílcar de Araújo Falcão, Fábio Fanucchi, Rubens Gomes de Sousa.

<sup>17</sup> Becker, Alfredo Augusto – Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª edição, Lejus, 1998, p. 305

rídica tributária, que impede que o tributo nasça ou faz com que ele surja de modo mitigado (*isenção parcial*). Se preferirmos, é a nova configuração que a lei dá à norma jurídica tributária, que passa a ter seu âmbito de abrangência restringido, impedindo assim, que o tributo surja *in concreto* (naquela hipótese descrita na lei isentiva)” é afirmada por Roque Carrazza<sup>18</sup>.

Paulo de Barros Carvalho explica a fenomenologia das isenções tributárias: “iniciemos por observar que as isenções tributária estão contidas em regras de estrutura e não em regras de comportamento. Lembremo-nos de que estas últimas, as regras que se dirigem diretamente à conduta das pessoas, são os elementos ou as unidades do sistema normativo, formando-lhe o repertório, enquanto as primeiras, isto é, as regras de estrutura, prescrevem o relacionamento que as normas de conduta devem manter entre si, dispondo também sobre a produção e acerca das modificações que se queiram introduzir nos preceitos existentes, incluindo-se a própria expulsão de regras do sistema (*ab-rogação*).

“Todo o processo legislativo é normatizado por regras de estrutura, que dizem como é preciso fazer para o produção de outras normas. E de idêntica natureza são os preceitos jurídicos que visam a modificar regras existentes no sistema, sem produzi-las ou extinguí-las.

...”Guardando a sua autonomia normativa, a regra de isenção investe contra um dou mais dos critérios da norma-padrão de incidência, mutilando-os, *parcialmente*. É obvio que não pode haver supressão total do critério, porquanto equivaleria a destruir a regra-matriz, inutilizando-a como norma válida no sistema. O que o preceito de isenção faz é subtrair parcela do campo de abrangência do critério do antecedente ou do conseqüente.

...

“... a regra de isenção pode inibir a funcionalidade da regra-matriz tributária, comprometendo-a para certos casos, de oito maneiras distintas: quatro pela hipótese e quatro pelo conseqüente’:

I – *pela hipótese*

- a) atingindo-lhe o critério material, pela desqualificação do verbo;
- b) atingindo-lhe o critério material, pela subtração do complemento;
- c) atingindo-lhe o critério espacial;
- d) atingindo-lhe o critério temporal;

II – *pelo conseqüente*

- e) atingindo-lhe o critério pessoal, pelo sujeito ativo;
- f) atingindo-lhe o critério pessoal, pelo sujeito passivo;
- g) atingindo-lhe o critério quantitativo, pela base de cálculo;
- h) atingindo-lhe o critério quantitativo, pela alíquota.”

Na verdade, não há entrada de numerário nos cofres públicos quer haja dispensa de pagamento, hipótese de não incidência qualificada, mutilação da regra-matriz de incidência, reflexo do dever-ser no mundo do ser.

<sup>18</sup> obra citada, p. 766.

A isenção não é um benefício fiscal porque interesse público é que irá nortear a pessoa política competente “é inconcebível a isenção geral e universal, a todos os tributos, por isso mesmo que ela, no mundo contemporâneo, não é privilégio de classe ou de pessoas, mas uma política de aplicação da regra da capacidade contributiva ou de incentivos a determinadas atividades, que o Estado visa a incrementar pela conveniência pública<sup>19</sup>.

Não há uma classificação dos tipos de isenção. O Código Tributário Nacional estabelece que as isenções devem ser decorrente de lei; podem ser restritas a determinadas regiões; ter prazo determinado ou indeterminado e poderá ser revogada ou modificada, sempre mediante lei.

O interesse do trabalho está na isenção condicionada que é concedida a título individual com o preenchimento de requisitos e despacho da autoridade administrativa .

### 3.2 A isenção condicionada

Importante estabelecer que o meio ambiente não é só a natureza sem a atuação humana : “os seres humanos integram o ambiente. O conceito de meio ambiente não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de *existência humana*, que integra a influencia o relacionamento entre os *homens*, sua saúde e seu desenvolvimento. O conceito de meio ambiente e, conseqüentemente, a proteção do meio ambiente só podem ser pensados e articulados dentro da base social onde se desenvolve a relação homem-natureza.<sup>20</sup>

Na relação homem-natureza, qualquer que seja a atividade a ser desenvolvida a isenção condicionada Pedro Lunardelli <sup>21</sup> afirma que não há discrepância na doutrina sobre a definição das isenções condicionadas, havendo pacífico entendimento no sentido de que são elas onerosas ou bilaterais, pois provocam no patrimônio do destinatário um específico ônus, para que, ao depois, o mesmo usufrua o benefício fiscal.

Código Tributário Nacional trata da matéria nos seguintes artigos:

*“Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso II do art. 104.*

*Art. 179 . A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, e, cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.*

*§ 1º Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os efeitos a partir do primeiro dia do período para o*

<sup>19</sup> Baleeiro, Aliomar – Direito Tributário Brasileiro. Editora Forense. 1981.p.587.

<sup>20</sup> Derani, Cristiane. Tutela Jurídica da Apropriação do Meio Ambiente e as Três Dimensões da Propriedade. Revista de Direitos Difusos, Adcoas, vol. 20, pág 2818.

<sup>21</sup> Lunardelli, Pedro Guilherme Accorsi – *Isenções Tributárias.Dialética*, 1999, p. 129

*qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção.*

*§ 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no art. 155”*

O contribuinte optará pelo preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei, em respeito ao princípio federativo, da legalidade, da capacidade contributiva.

O ato da autoridade administrativa é vinculado, não havendo margem para a análise de conveniência e oportunidade, gerando esta bilateralidade que a doutrina admite como ônus e até direito adquirido. “O que o CTN quer dizer é que não há direito adquirido à manutenção do benefício fiscal, quando caracterizada ilegalidade, que pelo não atendimento às condições prévias de concessão; quer pelo desequilíbrio do sujeito passivo da obrigação tributária do universo subjetivo ao qual a isenção se destinasse; quer pelo não cumprimento das condições fixadas legalmente para a fruição do benefício”<sup>22</sup>

A doutrina diverge sobre os efeitos do ato administrativo concessivo da isenção se declarativo ou constitutivo.

José Souto Maior Borges manifesta “O ato administrativo de reconhecimento da existência e autorizativo do gozo da isenção é meramente declaratório de uma situação jurídica preexistente por força de lei; ato plenamente vinculado a critérios e sem nenhum conteúdo discricionário. O ato administrativo que isenta reconhece apenas a ocorrência dos pressupostos legais para a concretização do efeito exoneratório típico da isenção: consiste num ‘acertamento’, numa declaração de estarem configurados os requisitos legais para o gozo da isenção”<sup>23</sup>.

Pedro Lunardelli afirma que a jurisprudência judicial e a administrativa agasalharam a corrente declarativa e, de forma contundente, defende o equívoco do raciocínio demonstrando que há dois planos: o geral e abstrato da regra de isenção e o concreto e especificado do fato e relação jurídica. O intérprete deve permanecer junto ao plano existencial para apurar o que se dá com o fato jurídico. Este somente existirá quando permeado por linguagem competente e inserida num contexto comunicativo prescrito pelo direito. “O fato jurídico isento pode ser constituído por agente da administração fazendária ou pelo particular (pessoa física ou jurídica); o critério de eleição dessa pessoa competente é do legislador. Constituído o fato jurídico isento, dá-se o efeito, a relação jurídica de isenção entre contribuinte isento e fisco. O evento jurídico demarca o tempo do regime material que será lhe aplicável. A norma individual e concreta da isenção é declaratória em relação ao evento e constitutiva em relação ao fato jurídico isento.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Matuscelli, Fernando José Dutra. *Elementos de Direito Tributário*. 1ª edição. Editora Jurídica Mizuno. 2001.p. 343.

<sup>23</sup> Borges, José Souto Maior. *Isenções Tributárias* “abud” Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli, obra citada. p. 140

<sup>24</sup> Lunardelli, Pedro Guilherme Accorsi. obra citada.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** A extrafiscalidade dos tributos – impostos, taxas e contribuição de melhoria – é um fim que deve ser buscado pelos entes políticos – União, Estados, Distrito Federal - para que determinadas atividades sejam desenvolvidas em defesa do meio ambiente.

**4.2** A isenção condicionada tributária é um instrumento eficaz de estímulo e incentivo às atividades voltadas à proteção do meio ambiente.

**4.3** O contribuinte do tributo tem interesse, em razão da bilateralidade da isenção condicionada, em cumprir determinações legais tendo em vista seu ganho financeiro.

**4.4** A isenção condicionada pode se verificar em qualquer tributo.





# **A ATUAÇÃO DO MOVIMENTO DE JUSTIÇA AMBIENTAL FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ**

*DAN RODRIGUES LEVY*

Advogado, pós-graduando do curso de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, pelo convênio IELF/UNAMA – Universidade da Amazônia.

## **1. INTRODUÇÃO**

Esta tese tem a pretensão de abordar o surgimento do Movimento de Justiça Ambiental, confrontando a sua atuação com a análise da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário do Estado do Pará. Será demonstrado de que forma o Poder Judiciário poderá solucionar as iniquidades ambientais oriundas do crescente desenvolvimento econômico que atingem grupos socialmente excluídos, seja por motivo racial, econômico, étnico, sexual, etc.

A presente tese contribuirá de imediato para as minorias, com ou sem representatividade, inseridas na sociedade, as quais necessitam de um meio ambiente equilibrado, tendo em vista os riscos ambientais a que são expostas, sobretudo as desproporcionalidades das conseqüências ambientais negativas.

Será útil também para operadores do Direito, estudantes de Direito, magistrados, juristas, ambientalistas, e demais atores, uma vez que serão demonstrados os caminhos pelos quais o Movimento de Justiça Ambiental luta por melhores condições de vida de minorias excluídas pelo processo econômico, e a incipiente atuação do Poder Judiciário Paraense frente a tais reivindicações.

O objetivo geral é analisar como o Movimento de Justiça Ambiental poderá assegurar seus direitos reivindicados frente à atuação do Poder Judiciário do Estado do Pará. O objetivo específico é apontar os impactos ambientais trazidos pelo desenvolvimento econômico que, na maioria das vezes, acarreta discriminação ambiental frente aos grupos socialmente excluídos.

## **2. O MOVIMENTO DE JUSTIÇA AMBIENTAL**

Historicamente, o Movimento de Justiça Ambiental possui suas raízes no Pós II Guerra Mundial, época em que as reivindicações, dentre outras, se referiam a condições inadequadas de saneamento, contaminação química de locais de moradia e trabalho e disposição indevida de lixo tóxico e perigoso.

Na década de 70, as “questões ambientais urbanas” foram apontadas pelos sindicatos, por grupos ambientalistas e organizações de minorias étnicas como

questões que demonstravam a discriminação ou injustiça ambiental, tendo como causa a distribuição espacialmente desigual da poluição, segundo a raça das populações a ela mais expostas.

Porém, foi na década de 80 que “o Movimento de Justiça Ambiental constituiu-se nos EUA, (...) fruto de uma articulação criativa entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis”.<sup>1</sup>

Um dos fatos de grande relevância para a formação do Movimento de Justiça Ambiental foi a contaminação química em Love Canal, Niágara, Estado de Nova York, em 1978. Referida contaminação foi aflorada em moradores de um conjunto habitacional de classe média baixa, com a descoberta de que suas casas estavam erguidas junto a um canal que tinha sido aterrado com detritos químicos industriais e bélicos.

Desta feita, inúmeros acontecimentos ocorreram, na medida em que a discriminação trazida pelos efeitos negativos da injustiça ambiental afetou populações ou comunidades situadas às margens dos grandes centros urbanos e que, portanto, se encontravam em condições de vida inferiores, tendo em vista um meio ambiente desequilibrado e desprotegido em face do Poder Público.

Observa-se, portanto, que diante de tais acontecimentos, o Movimento de Justiça Ambiental surgiu com a finalidade de resguardar os interesses de populações que viviam em locais afastados de grandes centros urbanos, as quais se tornaram vítimas constantes de contaminação por resíduos industriais, acarretando em uma maior preocupação social com o ambiente, tendo em vista a desigual distribuição de poder sobre a base material da vida social e do desenvolvimento.

Neste sentido, o Movimento de Justiça Ambiental possui como fundamento um conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas. “Trata-se da espacialização da Justiça Distributiva, uma vez que diz respeito à distribuição do meio ambiente para os seres vivos”.<sup>2</sup>

Com a justiça ambiental, aplica-se, de forma imediata, o princípio constitucional da igualdade, porquanto, deve-se proteger e promover a participação significativa de todos os indivíduos em relação ao desenvolvimento, implementação e cumprimento das leis, regulamentos e plataformas, e à distribuição equitativa de benefícios ambientais.

Vale ressaltar que o Direito Ambiental visa garantir uma qualidade de vida digna ao ser humano, através de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser assegurado para as presentes e futuras gerações.

Com base neste pensamento, o Movimento de Justiça Ambiental começou a se materializar, no Brasil, com a criação da entidade denominada Rede Brasi-

<sup>1</sup> ACSELRAD, Henri; HERCLANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. “Justiça Ambiental e Cidadania”. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

<sup>2</sup> SANTOS JUNIOR, Humberto Adami; LOURES Flávia Tavares Rocha. “O papel fundamental do Advogado na aplicação da Justiça Ambiental e no combate ao Racismo Ambiental.” Disponível em: <http://www.adami.adv.br/artigos.asp>. Acesso em: 03.05.04.

leira de Justiça Ambiental a qual tem como objetivo organizar a sociedade para combater as ações de governos e empresas que agridam o ambiente de forma a não discriminar a população pobre impedindo, portanto, as injustiças ambientais. Esta Rede foi lançada em setembro 2001, no Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói-RJ, em que participaram representantes de movimentos sociais, sindicatos de trabalhadores, ONGs, entidades ambientalistas, organizações de afro-descendentes, organizações indígenas e pesquisadores universitários do Brasil, Estados Unidos, Chile e Uruguai.

Segundo a Declaração de lançamento da RBJA, pode-se destacar que:

*“A Rede Brasileira de Justiça Ambiental definiu como “injustiça ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis.”<sup>3</sup>*

A RBJA também admite que a justiça ambiental representa o marco conceitual necessário para aproximar em uma mesma dinâmica as lutas populares pelos direitos sociais e humanos e pela qualidade de vida e a sustentabilidade ambiental.

É importante frisar que são poucos os direitos alcançados pelo Movimento de Justiça Ambiental no Brasil, uma vez que, em determinados casos, o Poder Judiciário não disponibiliza de Varas Ambientais para acompanhar os processos instaurados neste âmbito, como também, na maioria das vezes, não prima pelo princípio da efetividade para instrumentalizar o processo.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que o Poder Judiciário possui normas próprias elencadas no Título IV, Capítulo III, com VIII Seções a respeito dos órgãos que os compõe, suas competências, assim como, os direitos e garantias dos magistrados. Entretanto, a competência para julgar e processar causas relacionadas ao meio ambiente não foi claramente delimitada na Constituição de 1988, uma vez que o art. 126 apenas ressalta que para dirimir conflitos fundiários o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para as questões agrárias.

Desta forma, o Direito Ambiental ciência jurídica nova que se destaca pelo seu caráter difuso e que vem se impondo ao interesse geral, acaba por transformar o papel do Judiciário frente à problematização que é colocada em relação ao julgamento desses conflitos, pois muitas vezes são direitos não normatizados, o que pode acarretar uma reação surpreendente aos magistrados, uma vez que podem “dar uma sentença inovadora, criativa, ainda que necessariamente não contra legem, ou então sucumbir ante o tradicional.”<sup>4</sup>

Assim, o Poder Judiciário deve convergir para a produção de uma justiça célere e equitativa através do aprimoramento e aperfeiçoamento da prestação juris-

<sup>3</sup> Declaração de lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, 2001.

<sup>4</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. “O Meio Ambiente nos Tribunais: do direito de vizinhança ao direito ambiental”. São Paulo: Método, 2003, p. XVIII.

dicional por parte dos magistrados. Isto deve ser incentivado por todas as esferas do Poder Público, com a colaboração do particular para que se atinja uma justiça voltada para o âmbito ambiental de forma mais democrática, sem discriminação seja por raça, sexo, etnia, religião etc, tanto quanto ao acesso à justiça quanto aos riscos ambientais desproporcionais.

### **3. INJUSTIÇAS AMBIENTAIS DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO MADEIREIRA E DA ATIVIDADE MINERÁRIA NO ESTADO DO PARÁ**

Inicialmente, devem ser demonstrados alguns problemas relativos à degradação do Meio Ambiente no Estado do Pará. De forma mais didática, resolveu-se apontar dois dos principais problemas ambientais, quais sejam: exploração madeireira e mineração.

A exploração madeireira se caracteriza pelo desmatamento com o intuito de comercializar a madeira ou outros fins, e pelas queimadas que possuem a finalidade de abrir grandes latifúndios de terras para se desenvolver, sobretudo, a atividade pecuária nessas regiões devastadas.

É bom frisar que o Pará, dentre várias espécies de madeira, é rico em mogno uma das mais valiosas espécies madeireiras da Amazônia que sempre esteve presente nas atividades das indústrias madeireiras no Pará, principalmente na região sul do Estado, o qual é caracterizado como o maior centro de exploração de mogno do país, uma vez que abrange 64% de toda a produção do Brasil.

Dentre os impactos causados pela extração deste recurso natural, pode-se apontar o desmatamento e a perturbação cultural dos índios da região, posto que os madeireiros abrem milhares de quilômetros de estradas para o escoamento da produção, e como consequência a ocupação se dá de forma desordenada. Além disso, a área desmatada com a extração do mogno, via de regra, é reutilizada para implantação de pastagens. No mais, acaba por acarretar a desintegração cultural dos povos indígenas, pois suas terras são invadidas e as madeiras são comercializadas.

Como prova destas injustiças ambientais que afetam, sobretudo, as comunidades tradicionais no interior do Estado, pode-se destacar a realização da Audiência Pública sobre “Justiça Ambiental na Amazônia”, ocorrida na Assembléia Legislativa do Estado do Pará, entre os dias 17 a 20 de agosto de 2004, na qual constatou-se que:

*“A dinâmica do desmatamento na região hoje se deve à expansão desordenada da pecuária e do monocultivo da soja, à grilagem de terras públicas, à exploração ilegal e predatória de madeira, à mineração, aos grandes projetos de infra-estrutura, à política de incentivos à exportação, à biopirataria e ao desrespeito das decisões judiciais e pela ausência do poder público. Neste processo, milhares de comunidades, principalmente, as tradicionais (ribeirinhos, extrativistas, pescadores artesanais, etc.), assim como povos indígenas, quilombolas e agricultores familiares sofrem com a destruição dos recursos naturais e acabam forçados a sair ou são expulsos de suas terras, florestas e rios. Se as condições de fazerem frente a este processo, são violentadas em seus*

*direitos, ficam sujeitas a ameaças e violência contra a sua integridade física. São obrigadas a deixar suas áreas de origem, onde seu potencial econômico é e foi historicamente marginalizado pela ausência de políticas públicas, e vão engrossar as fileiras de miséria nas áreas urbanas da Amazônia”.*<sup>5</sup>

Tais impactos significativos, de imediato, afetam os povos que vivem nesta região de forma mais intensa do que à sociedade em geral, podendo-se caracterizar uma forma de discriminação ambiental determinada pela exploração florestal. Além disso, nesta região observa-se a falta de ação ordenada e consistente do Governo Estadual e Federal.

De acordo com a Relatoria de Direito ao Meio Ambiente realizado no Estado do Pará, em fevereiro de 2003, constatou-se o seguinte:

*“As populações tradicionais são vítimas de injustiça ambiental não somente porque a destruição da floresta torna precários seus meios de subsistência, afetando a caça e outros recursos usados tradicionalmente, inclusive pescueiros; não somente porque a pressão da grilagem e da apropriação das terras por fazendeiros diminui a possibilidade de viabilizar áreas voltadas para a produção agrícola familiar. Mas são vítimas principalmente porque a dinâmica de destruição e de saque dos recursos naturais busca inviabilizar a possibilidade de construir um outro projeto para a região, fundado sobre o uso sustentável do meio ambiente e dos seus recursos. A intervenção pública é parcial, fragmentada, desordenada e ocasional. Os diferentes níveis e os diferentes órgãos de governos, salvo a exceção do Ministério Público, não conversam e não interagem. Se o Estado de Direito é quase ausente, o Estado, sob a forma de um poder a serviço de minorias, está bem presente e se apresenta como um poder esmagador dessas populações.”*<sup>6</sup>

Conforme o Relatório supra, constata-se inúmeras iniquidades ambientais acarretadas por um dos maiores problemas ambientais no estado do Pará, qual seja: exploração madeireira. É nítido o desastroso impacto desta atividade, sobretudo, em relação às comunidades que vivem em áreas devastadas, não pela razão de que o desmatamento inviabiliza os meios de subsistência destas populações tradicionais, mas sim porque estas populações terão profundas modificações nas áreas que residem, o que fere por completo o princípio do desenvolvimento sustentável, tendo em vista que as futuras gerações estarão prejudicadas com tais ações degradantes, além do que em matéria ambiental é extremamente difícil se atingir o “status quo”, anterior ao dano.

Assim, essas populações, em decorrência de tais danos, se tornam indivíduos socialmente excluídos, uma vez que sofrem de forma desproporcional os impactos ambientais se comparadas com outras parcelas da sociedade. Configura-se, portanto, a base da razão de ser do Movimento de Justiça Ambiental, o qual

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Fausto. “Movimentos sociais no Pará se mobilizam para exigir do Estado a implementação das recomendações do relator para o direito ao Meio Ambiente”. Disponível em: [http://www.justicaambiental.org.br/conteudo.asp?conteudo\\_id=1991&sec=destaques](http://www.justicaambiental.org.br/conteudo.asp?conteudo_id=1991&sec=destaques) Acesso em: 24.08.2004.

<sup>6</sup> LEROY, Jean-Pierre: “Relatório Nacional para o Direito Humano ao Meio Ambiente”. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br>. Acesso em: 11.05.04.

tem como objetivo, impedir que parcelas vulneráveis socialmente sofram danos ambientais de forma desproporcional, ou seja, de forma discriminatória.

Em relação à atividade minerária, os bens oriundos desta atividade são necessários à qualidade de vida almejada pela humanidade, entretanto, o modo pelo qual esses bens são obtidos deve ter uma permanente atenção e cuidado no que concerne ao respeito ao meio ambiente. “A mineração contribui para o desenvolvimento econômico, porém o bem público exaurível, da atividade de extração e comercialização, possivelmente não se constitui em objeto cujas atividades sejam sustentáveis”.<sup>7</sup>

A política de preservação ambiental implantada neste tipo de atividade depende não só dos empresários como também da atuação do Governo do Estado através de seus órgãos como, por exemplo, a SECTAM – Secretaria Executiva de Ciência Tecnologia e Meio Ambiente, que, dentre outras funções, fiscaliza todos as atividades que possam degradar o meio ambiente, no Estado do Pará; e, em relação à atividade mineral, do Departamento Nacional de Produção Mineral.

Observa-se que na atividade minerária, os danos ambientais diretos do processo de exploração são controlados e minimizados pelos próprios exploradores. Os processos de extração do minério são eficientes, as atividades geram empregos, as áreas exploradas recuperadas e as reservas florestais são delimitadas. Contudo, os impactos secundários desses projetos ainda não são controlados.

A população envolvida nas obras de infra-estrutura, atraída pela implantação de tais pólos de desenvolvimento, concentra-se ao redor dos projetos e lá permanece sem assistência e organização urbana, sem empregos e, enfim, dedicada a atividades agrícolas com ausência de assistência e sem usufruto dos benefícios do investimento maior.

Consagra-se, portanto, outra forma de injustiça ambiental, pois com a implantação de grandes projetos em áreas habitadas por comunidades tradicionais, estas serão diretamente atingidas pelo desenvolvimento, pagando, mais uma vez, pelo ônus do progresso, tendo em vista que de forma desorganizada e desproporcional sofrerão maiores danos que outras parcelas da população, como os empresários, por exemplo, que sairão ilesos de todo o processo.

#### **4. POLÍTICA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - LEI Nº 5.887/95**

Diante de inúmeras injustiças ambientais, o Estado do Pará, respaldado pela competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal disposta no artigo 24, VI, VII e VIII da Constituição Federal de 1988, instituiu a Lei nº 5.887 de 09 de maio de 1995, mais conhecida como Política Estadual do Meio Ambiente,

Esta lei sistematizou as normas estaduais de natureza ambiental, consagrando ações estatais entre o Poder Público e a sociedade. De maneira geral, apresentou princípios e normas que organizaram o estado através de políticas públicas indutoras e repressoras.

<sup>7</sup> BUGIN, Alexandre (coordenador). “Mineração e Meio Ambiente”. Brasília: IBRAM, 1992, p.04.

Em seu art. 1º, define a Política Estadual do Meio Ambiente, dispondo o seguinte:

*“Art. 1º A Política Estadual do Meio Ambiente é o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos de ação, medidas e diretrizes fixadas nesta Lei, para o fim de preservar, conservar, proteger, defender o meio ambiente natural, e recuperar e melhorar o meio ambiente antrópico, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais, em harmonia com o desenvolvimento econômico-social, visando assegurar a qualidade ambiental propícia à vida”.*<sup>8</sup>

Um dos princípios básicos intitulados no art. 2º, I da referida Lei, é o do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Tal princípio, reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, de 1972, e pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, é elevado como um direito fundamental, pela doutrina, vez que interpretando a CF/88 de forma sistêmica, admite-se o ambiente saudável, através da sadia qualidade de vida, como pressuposto para se concretizar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, disposto no art. 1º, III da Carta Magna.

Outro princípio legal da P.E.M.A. é a proteção e defesa do meio ambiente pelo Estado e coletividade com intuito de conservá-lo para as presentes e futuras gerações, tendo em vista o desenvolvimento sócio-econômico. Este princípio, denominado de Direito Sustentável, refere-se ao “direito do ser humano de desenvolver-se e realizar as suas potencialidades quer individual quer socialmente, e o direito de assegurar aos seus pósteros as mesmas condições favoráveis”.<sup>9</sup>

Por fim, também um dos princípios mais importantes disposto na Lei nº 5.887/95, é o do direito de acesso às informações ambientais. Por este princípio, todos, indistintamente, devem ter o acesso às informações de forma ampla e sistemática por divulgação e publicidade de todos os atos relacionados ao meio ambiente, assegurada, quando necessária, ou se solicitada, a realização de Audiências Públicas para que todas as parcelas da população tenham conhecimento da implementação da Política Ambiental Estadual, garantindo-se, assim, a cidadania.

Como objetivos, a P.E.M.A. apresenta, dentre outros:

*“Art. 3º...*

*I – promover e alcançar o desenvolvimento econômico-social, compatibilizando-o, respeitadas as peculiaridades, limitações e carências locais, com a conservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, com vistas ao efetivo alcance de condições de vida satisfatórias e o bem-estar da coletividade;*

*II – definir as áreas prioritárias da ação governamental relativas à questão ambiental, atendendo aos interesses da coletividade;*

*III – estabelecer critérios e padrões de qualidade para o uso e manejo dos recursos ambientais, adequando-os continuamente às inovações tecnológicas e às alterações decorrentes de ação antrópica ou natural.*

<sup>8</sup> GOVERNO do Estado do Pará. Lei Ambiental do Estado do Pará – Lei nº 5.887/95, 1995, p. 07.

<sup>9</sup> MILARÉ, Edis. “Direito do Ambiente: prática, jurisprudência e glossário”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. rev. atual. e ampli. 2001, p. 122.



*IV – garantir a preservação da biodiversidade do patrimônio natural e contribuir para o seu conhecimento científico;*

*V – criar e implementar instrumentos e meios de preservação e controle do meio ambiente;*

*VI – fixar, na forma e nos limites da lei, a contribuição dos usuários pela utilização dos recursos naturais públicos, com finalidades econômicas;*

*VII – promover o desenvolvimento de pesquisas e a geração e difusão de tecnologias regionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;*

*VIII – estabelecer os meios indispensáveis à efetiva imposição ao degradador público ou privado da obrigação de recuperar e indenizar os danos causados ao meio ambiente, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis.”<sup>10</sup>*

Em relação à aplicação da Lei de Política Estadual do Meio Ambiente, sobre o enfoque tratado neste trabalho, cabe mencionar que, conforme o art. 2º, IV, desta Lei, é de extrema importância para a implantação do Movimento de Justiça Ambiental no Estado a concretização de tal dispositivo, pois combatendo a pobreza e a marginalização e garantindo um meio ambiente saudável para todos sem distinção, minimizar-se-á a discriminação ambiental no Estado alcançando de maneira mais eficaz a Justiça Ambiental.

Por outro lado, é importante ressaltar, em termos práticos, o que o Governo do Estado vem implantando com a promulgação da Lei de Política Estadual no que concerne às políticas públicas, projetos, planos, dentre outros, sobre a matéria ambiental.

Em setembro de 1996, o Governo do Estado do Pará, juntamente com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente – SECTAM, órgão central executor da Política Estadual do Meio Ambiente, aprovou o Plano Estadual Ambiental, elaborado segundo as bases das diretrizes: “Desenvolver sem Devastar” e “Democratizar a Gestão Ambiental”.

Os objetivos do plano são:

*“(…) estabelecer a orientação básica para a intervenção pública e privada em relação às atividades realizadas no território do Pará e definir as linhas gerais de uma ação voltada para gestão ambiental integrada, descentralizada e participativa dos ecossistemas paraenses, procurando contribuir para a criação e manutenção das condições necessárias ao crescimento econômico, à superação da pobreza, à valorização da cultura e a proteção do meio ambiente”.*<sup>11</sup>

Finalmente, o Plano Estadual Ambiental, baseado na Política Estadual do Meio Ambiente e na Política Nacional Integrada para a Amazônia Legal, tem como fundamento “ajustar as duas grandes dimensões do desenvolvimento sustentável: crescimento econômico e preservação ambiental”<sup>12</sup>. No mais, “reconhece, ainda, que o desenvolvimento, além de justo, deverá centrar-se no ‘respeito às minorias étnicas, na renovação e preservação dos recursos naturais e na conserva-

<sup>10</sup> GOVERNO do Estado do Pará. Lei Ambiental do Estado do Pará – Lei nº 5.887/95, 1995, p. 8-9.

<sup>11</sup> GOVERNO do Estado do Pará; Plano Estadual Ambiental. 1996, p. 3.

<sup>12</sup> IBDEM: 16.

<sup>13</sup> IBDEM: 17.

ção do patrimônio cultural do povo”.<sup>13</sup>

Vale ressaltar que, a P.E.M.A. institui o SISEMA – Sistema Estadual do Meio Ambiente que, através de seus órgãos, tem como finalidade desenvolver ações sociais voltadas para o Meio Ambiente, coordenando as regras e interagindo-as entre si. Portanto, este Sistema é estabelecido no art. 7º, caput, da Lei nº 5.887/95 a fim de implementar a Política Estadual do Meio Ambiente, bem como controlar a sua execução, pois é um “conjunto de órgãos e instituições encarregados da proteção ao meio ambiente, conforme definido em lei”.<sup>14</sup>

No Estado do Pará, o SISEMA possui a seguinte estrutura funcional: um órgão normativo, consultivo e deliberativo – Conselho Estadual do Meio Ambiente – COEMA; um órgão Central, executor, a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente – SECTAM, que tem a função de planejar, coordenar, executar, supervisionar e controlar a Política Estadual do Meio Ambiente; órgãos setoriais ou entidades da Administração Pública Estadual, direta e indireta, bem como as fundações instituída pelo Poder Público que atuem na elaboração e execução de programas e projetos relativos à proteção da qualidade ambiental ou que tenham por finalidade disciplinar o uso dos recursos ambientais; e os órgãos locais, os organismos ou entidades municipais responsáveis pela gestão ambiental nas suas respectivas jurisdições (art. 7º da Lei 5.887/95).

O planejamento e a execução das ações do SISEMA são obstaculizados por dois fatores: a capacidade técnica e financeira do Estado para avaliar o controle e a fiscalização de atividades produtivas não conseguem acompanhar o ritmo de implantação dos empreendimentos infra-estruturais, além da frágil base de informações sistemáticas, característica mais crítica do controle ambiental, deixando à margem o registro da maioria dos empreendimentos; e a grande insuficiência da produção científica e tecnológica, assim como, dos obstáculos que se interpõem ao desenvolvimento econômico em bases ambientalmente sustentáveis e socialmente mais justas.

O SISEMA é integrado obrigatoriamente por órgãos ou entidades setoriais ou locais que atuam:

*“Art. 9º ...*

*I – na pesquisa e no desenvolvimento científico e tecnológico;*

*II – no fomento e apoio ao manejo florestal e pedagógico e às atividades agrícolas e pecuárias, inclusive e principalmente, na difusão de tecnologias ambientalmente idôneas;*

*III – no fomento e apoio à exploração de recursos minerais através de tecnologias não poluentes ou degradadoras;*

*IV – na exploração dos recursos hídricos, minerais, florestais, agropastorais e industriais, através de tecnologias disponíveis aceitáveis;*

*V – na saúde e educação das populações, bem como no saneamento básico”.*<sup>15</sup>

O COEMA, tendo um caráter normativo, deliberativo e consultivo, é com-

<sup>14</sup> ANTUNES, Paulo Bessa. “Direito Ambiental”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 68.

<sup>15</sup> GOVERNO do Estado do Pará. Lei Ambiental do Estado do Pará – Lei nº 5.887/95, 1995, p. 10.

posto, majoritariamente, por representações da sociedade civil. Como composição institucional este Conselho engloba os seguintes órgãos: Secretaria de Estado de Agricultura – SAGRI; Secretaria de Estado de Indústria Comércio e Mineração – SEICOM; Secretaria de Estado de Saúde Pública – SESPA; Comissão de Meio Ambiente da Assembléia Legislativa; Ministério Público do Estado; Ordem dos Advogados do Brasil/PA; Federação da Agricultura – FAEPA; Federação da Indústria – FETAGRI; Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos – SDDH; e com um representante dos servidores da SECTAM.

Para subsidiar suas deliberações foram instituídas quatro Câmaras Técnicas Permanentes, definidas segundo os seguintes temas: Assuntos Jurídicos; Recursos Hídricos e Minerários; Recursos Agropecuários e Florestais; Recursos Pesqueiros e Projetos Industriais e Infra-estruturais.

A SECTAM, sendo o órgão central do SISEMA, vem implementando, de acordo com a Política Estadual do Meio Ambiente, projetos, políticas e planos voltados à proteção ambiental atrelado ao desenvolvimento econômico. Uma das iniciativas é o Plano Estadual Ambiental, aprovado em 1996, já citado anteriormente, neste trabalho.

Esta Secretaria, disposta no art. 10 da Lei nº 5.887/95, exercerá o controle ambiental nos limites do território do Estado e de acordo com os mecanismos institucionais e legais indispensáveis para contribuir na implementação da P.E.M.A. Porém, tendo em vista que a criação efetiva deste órgão só se deu em 1995, ainda existe um caráter incipiente dos mecanismos de atuação no Estado do Pará. Assim, “um grande esforço vem sendo empreendido no sentido de superar o grande descompasso entre os recursos técnicos e financeiros disponíveis e a magnitude e complexidade dos problemas que demandam atuação do órgão”.<sup>16</sup>

Por fim, a base institucional deverá incorporar, progressivamente:

*“(...) os Conselhos Municipais de Meio Ambiente, órgãos deliberativos que, à semelhança do COEMA, poderão também garantir a participação da sociedade no controle e acompanhamento da implementação da política ambiental do Estado. A criação dessas instâncias, todavia, será resultado do avanço da organização política da sociedade civil e do grau de consciência ambiental de cada comunidade ou município, e não apenas um ato formal, de natureza estritamente administrativa. Nesse sentido, a expectativa é de que esses colegiados sejam instituídos mais celeremente nos municípios onde os impactos ambientais são mais intensos e mais visíveis, como é o caso das áreas sujeita a grandes queimadas, à extinção de determinadas espécies da fauna regional, etc”.*<sup>17</sup>

Diante de todo este aparato institucional do Estado, muitas vezes, a fiscalização, por parte desses órgãos, das atividades que agridem o meio ambiente se torna hipertrofiada e pouco eficiente.

*“Isto decorre, em parte, de uma excessiva centralização do sistema e de uma incapacidade de seus diversos integrantes em realizar, cada um, o seu papel,*

<sup>16</sup> GOVERNO do Estado do Pará; Plano Estadual Ambiental. 1996, p. 20

<sup>17</sup> IBDEM: 21.

*sobrecarregando o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, que, como se sabe, é uma autarquia extremamente pobre de recursos materiais e humanos que não lhe são providos pela União”.*<sup>18</sup>

Vale ressaltar que esta ineficiência dos órgãos ambientais no ato de fiscalizar as atividades predatórias do meio ambiente está relacionada não somente com a falta de recursos do Poder Público, mas também tem íntima relação com a articulação de interesses da iniciativa privada, isto é, dos empresários que desenvolvem atividades danosas ao meio, pois muitas vezes usam artimanhas que impedem a efetiva fiscalização dos órgãos públicos.

## **5. O MOVIMENTO DE JUSTIÇA AMBIENTAL E O PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ**

A partir da análise acima sobre a Política Estadual do Meio Ambiente, juntamente com o Sistema Estadual do Meio Ambiente, passa-se à discorrer sobre a implementação das Varas Ambientais no Estado do Pará. Primeiramente, deve-se comentar o tratamento dado pela Constituição do Estado do Pará ao Direito Ambiental, e em seguida, apontar a estrutura do Judiciário neste Estado.

A Constituição do Estado do Pará, promulgada em 5 de outubro de 1989, em seu Título IV, Capítulo III, delimita os órgãos que compõem o Poder Judiciário do Estado, as suas respectivas competências e todos os demais direitos e prerrogativas que a Constituição Federal também determina para os magistrados e funcionários públicos deste poder.

Em matéria ambiental, a Constituição Estadual possui capítulo próprio intitulado “Do Meio Ambiente” (Título VIII, Capítulo VI), dispondo normas e princípios específicos em relação à proteção e melhoria do ambiente nas áreas do Estado (art. 252, caput, da CE/1989).

*“A Constituição do Estado do Pará, promulgada em 5 de outubro de 1989, adotou como princípios gerais do desenvolvimento econômico, dentre outros o planejamento do desenvolvimento estadual compatibilizando-se o crescimento da produção e da renda com a sua distribuição entre vários segmentos da população e das diversas regiões do Estado, e assegurando-se: a preservação das reservas indígenas e o respeito ao equilíbrio ambiental”.*<sup>19</sup>

O fato é que, da mesma forma como ocorre na Constituição Federal, a Constituição do Estado do Pará não versa de forma específica sobre o processo e julgamento das causas relacionadas com o meio ambiente na jurisdição do estado. O art. 167 da Constituição Estadual apenas estabelece que o Tribunal de Justiça poderá designar juízes de entrância especial com exclusiva competência para questões agrárias e minerárias.

Em relação a este artigo, cabe mencionar, sucintamente, a Lei Complementar nº 14, de 17 de novembro de 1993, que modifica o Código de Organização Judiciária do Estado, criando Varas Privativas na área do Direito Agrário, Mine-

<sup>18</sup> ANTUNES, Paulo Bessa. “Direito Ambiental”. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 88.

<sup>19</sup> DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliveira Cascaes. “Direito Ambiental e a Questão Amazônica”. Belém: UFPA, UNAMAZ, 1991, p. 53

rário e Ambiental.

Esta lei deu cumprimento ao art. 167 da Constituição do Estado delimitando a criação de dez varas privativas nas três matérias acima mencionadas. Os juizes destas varas são competentes para processar e julgar dentre outras, ressalvada a competência privativa da Justiça Federal, as causas relativas ao meio ambiente, e à política agrícola, agrária, fundiária, minerária e ambiental.

Esta norma impulsionou o caminho para que a justiça estadual pudesse aplicar a função de apaziguar os conflitos surgidos na sociedade paraense que tenham como tutela específica a degradação do meio ambiente.

*“(...) o constituinte estadual fez inserir, no texto da Lei Maior do Pará, dispositivo cujo conteúdo poderá representar, pelas novidades que introduz, tanto na esfera das atribuições e competências da Justiça Estadual, quando da própria formação dos magistrados designados para as funções que estabelece, uma alternativa para a minimização dos conflitos ambientais, pelo enfoque da atuação do Poder Judiciário”.*<sup>20</sup>

Esses ínfimos incentivos proporcionados pelo aparato legislativo do Estado foram, dentre outras razões, impulsionados por questões sociais, uma vez que segundo a professora Maria Cristina Cesar de Oliveira Cascaes Dourado:

*“Entre as condições sociais, Boaventura de Souza Santos arrola a emergência de movimentos sociais protagonizados “por grupos sociais até então sem tradição de ação coletiva de confrontação, os negros, os estudantes, amplos setores da pequena burguesia em luta por novos direitos sociais no domínio da segurança social, habitação, educação, transportes, meio ambiente e qualidade de vida etc., movimentos sociais que em conjugação (por vezes difícil) com o movimento operário procuraram aprofundar o conteúdo democrático dos regimes saídos do pós-guerra”, aliada à “eclosão na década de 60 da chamada crise da administração da justiça”.*<sup>21</sup>

Acrescenta ainda a autora que esses grupos sociais, por iniciarem suas lutas por novos direitos dentro do âmbito social, levaram a uma enorme litigiosidade no interior do judiciário, posto que inúmeras ações começaram a ser processadas e julgadas por este Poder, o qual tinha dever de tutelar e proteger da ameaça de lesão esses novos bens jurídicos como, por exemplo, o bem ambiental.

Atualmente, tais fatos ensejam uma difícil articulação do Poder Judiciário para a tutela do Meio Ambiente, porquanto:

*“Cabe ao judiciário a função estatal de solucionar os conflitos. A contemporaneidade, que trouxe o aprofundamento conflitual, também está a ensejar o repensar do papel tradicional reservado ao juiz. Ele não é só um agente a posteriori, incumbido pelo sistema de conferir solução à controvérsia, mas tem sido chamado a atuar a priori, antecipando-se ao próprio surgimento dela”.*<sup>22</sup>

<sup>20</sup> DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliviera Cascaes. “Meio Ambiente no Pará: Fato e Norma”. Belém: UFPA, NUMA, 1993, p. 151.

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Souza *apud* DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliviera Cascaes. “Meio Ambiente no Pará: Fato e Norma”. Belém: UFPA, NUMA, 1993, 1993:147-148.

<sup>22</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “O Meio Ambiente”. Revista Consulex, Brasília, vol. 01, n. 46, p. 20, out. 2000.

Assim, deve o juiz adquirir uma visão prospectiva, isto é, preventiva para proteger o meio ambiente antes mesmo que o dano ocorra. Esta nova visão acrescentada à interdisciplinaridade é característica fundamental para a aplicação da Justiça efetiva em matéria ambiental.

Contudo, o Judiciário Paraense deve permanecer próximo ao dano ou às injustiças, “participando não só das soluções de litígios e na efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas, atento aos fins sociais das leis e às exigências do bem comum, como também autêntico Poder Moderador”.<sup>23</sup>

*“Uma parte dos poderes judiciários e do Ministério Público estadual e federal é um dos grandes responsáveis por este processo, pois freqüentemente não julgam e nem punem os culpados pelas mais terríveis atrocidades contra o ser humano e o meio ambiente, caracterizando a total falta de justiça social e ambiental em diversas localidades da Amazônia Brasileira. Em muitos casos, o poder judiciário se coloca à disposição servil dos agentes que destroem a natureza e o futuro das populações amazônicas, assim como esbulham e dilapidam o patrimônio público natural e financeiro. Inúmeros processos já estabelecidos de reconhecimento do direito à terra para estas populações, são vetados por autoridade do poder judiciário, favorecendo o agravamento desta realidade”.*<sup>24</sup>

Na década de 90, o Código Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará guardava silêncio sobre causas de conteúdo ambiental e, conseqüentemente, não estabelecia quais Juízes eram legalmente competentes para processar e julgar as ações sobre o tema.

Convém ressaltar que, neste período, duas Meritíssimas Juízas Titulares da 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup> Varas Cíveis da Fazenda Pública Estadual, Municipal e Autarquias do TJE-PA, respaldadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85, que versa sobre Ação Civil Pública, chamaram para si a competência de processar e julgar as ações de natureza ambiental. Portanto, tem-se conhecimento de que esses dois juízos do TJE-PA eram competentes para julgar Ações que versassem sobre Direito Ambiental.

Atualmente, além das varas apontadas acima que continuam julgando processos que versam sobre Meio Ambiente, mais especificamente, em Ações Cíveis Públicas, nas quais Estado, Município, Autarquia, Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista são partes, a 21<sup>a</sup> Vara Cível chamou a si também tal competência.

Ocorre que no Tribunal de Justiça do Estado não há Vara específica sobre a matéria ambiental e, na maioria dos casos, são Ações Cíveis Públicas oferecidas pelo Ministério Público que ingressam no Judiciário com o intuito de resguardar o bem ambiental.

Por fim, cabe mencionar, que a sociedade civil organizada vem se manifestando em relação às injustiças ambientais ocorridas no Estado, através de uma incipiente Democracia Participativa. Um exemplo disso foi o evento, já mencionado

<sup>23</sup> IBDEM: 20.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Fausto. “Movimentos sociais no Pará se mobilizam para exigir do Estado a implementação das recomendações do relator para o direito ao Meio Ambiente”. Disponível em: [http://www.justicaambiental.org.br/conteudo.asp?conteudo\\_id=1991&sec=destaques](http://www.justicaambiental.org.br/conteudo.asp?conteudo_id=1991&sec=destaques) Acesso em: 24.08.2004.

neste trabalho, que ocorreu no Município de Ananindeua, no Estado do Pará, entre os dias 17 e 20 de agosto de 2004, cuja realização do mesmo sobre este assunto era inédita na região, desde então.

A Oficina de Justiça Ambiental e Desmatamento na Amazônia, realizada no Centro Educacional Sagrada Família, reuniu redes e entidades dos estados do Amapá, Pará, Maranhão, Tocantins, Amazonas, Rondônia e Acre, com o objetivo de manifestar preocupação em relação à falta de ações efetivas dos poderes públicos municipais, estaduais e federais a cerca da violação constante e sistemática dos direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, que se disseminava por toda a Amazônia Legal.

Com base na Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (Dhesc) de 2003, revelaram-se índices alarmantes sobre desrespeito aos Direitos Humanos em todo o país. Desta forma, o relator para o direito ao meio ambiente, Jean Pierre Leroy, apontou em seu relatório casos graves no Pará, e até agora pouco foi feito para reverter a situação.

*“Em três municípios (Altamira, Porto de Moz e Anapu), ele revelou violências relacionadas à extração ilegal da madeira, grilagem de terra, ameaças de morte e de espancamento contra cidadãos, repetidas queimadas, falsificação de títulos de propriedade de terra por parte de madeireiras, corrupção policial, expulsão de famílias de suas casas, invasão de terras indígenas, pistolagem, assassinato de sindicalista rural”.*<sup>25</sup>

Diante destas realidades é que os movimentos sociais paraenses se organizaram para exigir do poder público soluções apontadas no relatório acima, pois os órgãos públicos notificados a respeito deste estado de coisas foram omissos.

Assim, em 18 de agosto de 2004, foi realizado, na Assembléia Legislativa do Estado do Pará, em Belém, a Audiência Pública “Justiça Ambiental na Amazônia” a fim de informar à sociedade civil sobre as ações implementadas para resoluções dos problemas referidos, e os resultados obtidos. “(...) Pela primeira vez um relatório da Plataforma Dhesc virou instrumento de reivindicação”.<sup>26</sup>

Cabe ressaltar que na Audiência Pública requisitou-se, via ofício, a presença de órgãos como: Ministério Público Estadual e Federal, Tribunal de Justiça do Estado, IBAMA, INCRA, ADA, ITERPA, SECTAM, Delegacia do Meio Ambiente/SEGUP e Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Porém, conforme se constatou, apenas compareceram ao evento representantes do IBAMA, INCRA, ITERPA e Assembléia Legislativa do Estado do Pará.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, não se fez presente em um acontecimento marco das reivindicações de grupos sociais excluídos. Isso demonstra que o Poder Judiciário paraense não prioriza os problemas ambientais, sociais, culturais etc. de grupos que são discriminados pela sociedade capitalista, seja por não possuir a mesma qualidade de vida do restante da popula-

<sup>25</sup> LEROY, Jean-Pierre: “Relatório Nacional para o Direito Humano ao Meio Ambiente”. Disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br>. Acesso em: 11.05.04.

<sup>26</sup> IBDEM.

ção, seja por não obter acesso à justiça de forma desburocratizada e célere.

### 5.1 Varas Ambientais: Perspectivas e Dificuldades

A Constituição do Estado do Pará de 1989 definiu como órgãos do Poder Judiciário Estatal, em seu art. 147, os seguintes: Tribunal de Justiça; os Tribunais do júri; os Juizes de direito; os Conselhos de Justiça Militar; e a Justiça de Paz.

O Tribunal de Justiça do Estado, em primeira instância, é composto por 29 Varas Cíveis, com inúmeras competências, além da Vara Distrital de Icoaraci e Vara Única Distrital de Mosqueiro. Em segunda instância o Tribunal é composto pela Secretaria das Câmaras Cíveis Reunidas, por três Câmaras Cíveis Isoladas, pela Secretaria das Câmaras Criminais Reunidas e por três Câmaras Criminais Isoladas.

De antemão, é sempre bom lembrar que “não há entrância sem vara. E toda a vara compõe uma entrância. (...) a designação de Magistrado (..) pressupõe, logicamente, a preexistência de uma Vara, de um lugar na estrutura da organização judiciária, classificado em determinada entrância”.<sup>27</sup>

*“Entrância é a unidade de ordem administrativa na organização judiciária do Estado empregada para indicar os graus de carreira de 1º grau de jurisdição, bem como a classificação das comarcas. A expressão empregada pelo texto constitucional – de resto repetida na Carta Política paraense e na Lei complementar Estadual nº 14/93 – tem gerado debates. A dúvida consiste em definir o que vem ser um Juiz de entrância especial”.*<sup>28</sup>

A iniciativa de criação de novas Varas Judiciárias é do Tribunal de Justiça do Estado, conforme o art. 160, V da Constituição Estadual, assim como também a criação das Varas ditas especiais (diz respeito à divisão interna de atribuições), estabelecidas quanto a matéria discutida, ou seja, da norma aplicável ao caso concreto, sendo uma delas as referidas Varas Agrárias, Minerárias e Ambientais.

Além disso, a própria Constituição Federal de 1988, já estabelecia, em seu art. 126 que o “Tribunal de Justiça designará juizes de entrância especial para julgar casos fundiários”.

Gize-se que a Lei nº 5.008, de 10 de dezembro de 1981, que criou o Código Judiciário do Estado do Pará, nada dispôs especificamente sobre as causas relativas ao meio ambiente, nem mesmo, sobre a competência material dos juizes que julgarão esses referidos litígios.

No que se refere à implantação destas Varas, foram classificadas como de entrância especial, a serem providas por promoção de Juizes de Direito de 2ª entrância, mas desde que aprovados em curso de especialização em Direito Agrário, Minerário ou Ambiental.

Esta medida foi estabelecida pela já mencionada Lei Complementar nº 14 de

<sup>27</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **A experiência resultante da Criação de Varas Agrárias no Estado do Pará**. Disponível em: [http://www.ucg.br/jur/plaestras\\_pdf/MarcusAdeGomes.pdf](http://www.ucg.br/jur/plaestras_pdf/MarcusAdeGomes.pdf) Acesso em: 24.08.2004.

<sup>28</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1998 *apud* GOMES, Marcus Alan de Melo. **A experiência resultante da Criação de Varas Agrárias no Estado do Pará**. Disponível em: [http://www.ucg.br/jur/plaestras\\_pdf/MarcusAdeGomes.pdf](http://www.ucg.br/jur/plaestras_pdf/MarcusAdeGomes.pdf) Acesso em: 24.08.2004.



17 de novembro de 1993, que dentre outros atributos modificou o Código de Organização Judiciária do Estado, criando Varas Privativas na área de Direito Agrário, Minerário e Ambiental.

Deste modo, foram criadas dez varas privativas referentes às três matérias acima citadas, com sede em três regiões agrárias definidas pelo Tribunal de Justiça do Estado, quais sejam: Região Agrária de Castanhal, com setenta e oito municípios; a Região Agrária de Marabá, composta de quarenta municípios, e a Região Agrária de Altamira, alcançando 25 municípios.

*“A criação na primeira instância de varas especializadas torna-se uma necessidade para dar celeridade à solução de um conflito, cujo deslinde demorado pode se tornar numa vitória de Pirro. De igual modo será oportuno que nos Tribunais passem a existir câmaras julgadoras especializadas no julgamento do contencioso ambiental. (...) No Estado do Mato Grosso existe a experiência bem sucedida da JUVAM – Junta Volante Ambiental, criada a cerca de cinco anos com toda uma miniestrutura burocrática e funcional: juiz, promotor, oficiais de justiça etc”.*<sup>29</sup>

Cabe ressaltar que, em relação a essas varas criadas pela Lei nº 14/93, as mesmas podem ser deslocadas de um município para outro, dentro da mesma região, sempre que for do interesse da prestação jurisdicional (parágrafo único do art. 1º da LC nº14/93).

A competência dos juizes agrários, minerários e ambientais, está estabelecida no art. 3º da Lei Complementar. Por fim, versa a norma que tais varas serão implantadas progressivamente, à medida que houver recursos suficientes quanto às suas instalações, material e pessoal (art. 5º).

O funcionamento dessas Varas deve estar de acordo com as tarefas e áreas das respectivas varas, “suprindo as despesas com transportes e comunicações, com substitutos para quaisquer impedimento ou ausências ocasionais de seus servidores, e com a segurança e eficácia no cumprimento das decisões”.<sup>30</sup>

*“As Varas Agrárias encontram-se organizadas, segundo o art. 6º do diploma legal referido, com um cargo de Juiz de Direito, um Escrivão Judicial, um de Escrevente, dois cargos de Oficial de Justiça, um Técnico Especial II, um Técnico Assistente, dois Auxiliares, um Atendente Judiciário, e dois Guardas Judiciários. Essa pode ser ampliada por lei ordinária”.*<sup>31</sup>

Das dez Varas criadas, três já estão em funcionamento nos Municípios de Altamira, Castanhal e Marabá, competentes às causas que versam sobre Direito Agrário, Minerário e Ambiental. A demora para implantação das varas decorre da carência de recursos financeiros próprios do judiciário.

Em relação à prestação jurisdicional do magistrado, é de extrema relevân-

<sup>29</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. “O Meio Ambiente nos Tribunais: do direito de vizinhança ao direito ambiental”. São Paulo: Método, 2003, p. XI .

<sup>30</sup> IBDEM: XI

<sup>31</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. “A experiência resultante da Criação de Varas Agrárias no Estado do Pará”. Disponível em: [http://www.ucg.br/jur/plaestras\\_pdf/MarcusAdeGomes.pdf](http://www.ucg.br/jur/plaestras_pdf/MarcusAdeGomes.pdf) Acesso em: 24.08.2004.

cia a qualificação específica e o constante aperfeiçoamento nos temas de Direito Ambiental para contribuir com uma sentença eficiente, no sentido de cercear a atividade danosa, reparando os danos causados e compensando a indenização aos prejuízos.

Como dito acima, a competência para as dez Varas criadas não foram somente de natureza Agrária (com competência penal), como também Minerária e Ambiental o que surtiu críticas de agraristas renomados, pois não há em nenhum tribunal do país varas especializadas com cumulação de competências, neste sentido. Segundo o Exmo. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, em palestra proferida no Seminário Internacional de Direito Agrário, XI Seminário Nacional de Direito Agrário e II Encontro Nacional de professores de Direito Agrário,<sup>32</sup> realizado em São Luis-MA, no dia 26.06.2003, isso se explica em razão das principais características do Estado.

Vale ressaltar que em relação aos atos praticados pelos magistrados em entrâncias especiais, garante-se a presença do mesmo no local do litígio, caso seja necessário. Desta forma, o legislador contribuiu para o amplo acesso à justiça, facilitando o comparecimento das partes ao ato e permitindo sua efetiva intervenção no processo.

Dito isto, ainda é relevante mencionar que em relação à matéria agrária, os conflitos são demasiadamente intensos no que concerne aos Movimentos Sociais, pois se observa que na maioria das vezes os conflitos de interesses envolvem fazendeiros e trabalhadores rurais, ambos adeptos, por vezes, de métodos agressivos e violentos acarretando em graves incidentes como, por exemplo, o brutal assassinato da Missionária defensora do movimento rural sem-terra, a irmã Dorothy Stang, de 73 anos, no município de Anapú-PA.

Portanto, a implantação das Varas Ambientais, consagradas como Varas Especiais pela Lei Complementar Estadual nº 14/93, deve ser de forma independente, ou seja, através da não cumulação de competências (agrária, minerária e ambiental), uma vez que os litígios ocorridos nestes ramos do direito, muitas vezes, são dessemelhantes no que corresponde à origem dos mesmos. O importante é dizer que todos os conflitos sejam eles agrários ou minerários, acabam esbarrando em um ponto semelhante, qual seja, no bem ambiental.

Logo, para que o Judiciário paraense possa aplicar de forma efetiva a justiça em matéria ambiental, principalmente no que diz respeito às reivindicações dos movimentos sociais que sofrem as injustiças ambientais, deve o mesmo se estruturar organicamente, implantando varas específicas com competências para solucionar litígios ambientais, assim como uma câmara ambiental no Tribunal de Justiça do Estado. Além disso, não pode o magistrado esquecer de enfrentar o litígio ambiental com uma certa sensibilidade, procurando sempre resguardar o interesse da coletividade, isto é, preservando o bem ambiental que é um bem difuso, metadividual, ou seja, de interesse de todos.

<sup>32</sup> A íntegra da palestra ministrada pelo Exmo. Juiz Marcus Alan de Melo Gomes, pode ser obtida no site: [www.ucg.br/jur/palestras\\_pdf/MarcusAdeGomes.pdf](http://www.ucg.br/jur/palestras_pdf/MarcusAdeGomes.pdf).

## **6. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** O Movimento de Justiça Ambiental, caracterizado como um movimento inovador, vem ganhando força em todo o território nacional, principalmente a partir do Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, ocorrido em setembro de 2001, na Universidade Federal Fluminense, Niterói-RJ, e tem a finalidade de apontar iniquidades ambientais sofridas por grupos socialmente excluídos, além de reivindicar direitos inerentes a todos os indivíduos.

**6.2** Um dos objetivos deste movimento é a proteção de comunidades tradicionais que vivem em áreas periféricas de grandes centros urbanos e que são vítimas de contaminação por parte de atividades danosas ao meio, de forma acentuadamente discriminatória. Tal Movimento acaba por encontrar entraves em sua atuação quando se depara com o Poder Judiciário, uma vez que a burocratização e a falta de estrutura própria deste Poder, voltada para o Direito Ambiental, dificulta em muito as referidas reivindicações.

**6.3** O Poder Judiciário Paraense deve remodelar o seu papel frente às injustiças ambientais, através de um processo desburocratizante e de estruturação orgânica. Isso acarretará na implantação de Varas Ambientais na capital do Estado e de Câmaras Ambientais no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, com competência exclusiva em matéria ambiental, juntamente com a necessária definição dos juízes que têm competência para processar e julgar causas relacionadas com meio ambiente.

**6.4** Não basta a adoção de políticas públicas, ou a intenção de desburocratizar e reestruturar o Judiciário, se o Estado não adotar em seus processos decisórios, de maneira efetiva, a Democracia Participativa, isto é, a inclusão social por meio de decisões que propiciem a participação popular, e que possam cada vez mais atender às reivindicações de grupos que lutam por justiça ambiental, tendo em vista a melhoria na qualidade de vida, configurado como um direito a uma vida digna em um ambiente saudável.

# SEGURO PARA RISCOS AMBIENTAIS: INSTRUMENTO JURÍDICO AUXILIAR NA GESTÃO DOS RISCOS E NA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS

*DANNY MONTEIRO DA SILVA*

Mestre em Direito pela Universidade Federal  
de Santa Catarina (CPGD/UFSC),  
Procurador Jurídico do Município de Bauru,  
Advogado e Professor do NAFE/IELF de Bauru

## 1. INTRODUÇÃO

A humanidade constantemente se assombra com as catástrofes ambientais e os prejuízos dela decorrentes. Conforme salienta Iturraspe, “o dano ambiental é uma realidade – uma terrível realidade, poderíamos dizer – no mundo moderno, fruto proibido e inevitável da era tecnológica”<sup>1</sup>.

É nesse contexto, configurando-se como fenômeno recorrente do cotidiano da sociedade contemporânea, que o risco de degradação e o dano ambiental dele decorrente se impõem à ciência jurídica como uma nova fronteira de estudos e pesquisas dos estudiosos do Direito Ambiental, onde a adaptação dos instrumentos já existentes acompanhada da inovação são tarefas inegavelmente imperiosas.

Aliás, não são poucos os esforços de que têm lançado mão os estudiosos do Direito Ambiental na tentativa de aperfeiçoar os mecanismos para a tutela do meio, especialmente com relação à prevenção dos riscos ambientais e à reparação dos danos que deles podem decorrer.

Parece evidente que o ponto de estagnação das estruturas jurídicas tradicionais de imputação da reparação do dano ambiental – notadamente o direito de vizinhança, direitos inerentes à personalidade e a responsabilidade civil – mesmo considerando os rombos havidos na suas concepções tradicionais ou clássicas<sup>2</sup>, não será outro senão a incapacidade de todo e qualquer instituto jurídico de promover a reparação efetiva, seja por razões de ordem técnica ou por razões de ordem econômica, especialmente no mundo contemporâneo, na chamada civilização do risco, onde, apesar das crescentes técnicas e políticas de prevenção, se

<sup>1</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, p. 139.

<sup>2</sup> Nesse sentido ver: SILVA, Danny Monteiro. *O dano ambiental e sua reparação: uma abordagem sistêmica*. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, maio/2004.

produz até mesmo danos que jamais os patrimônios pessoais seriam capazes de suportar, sequer os mais voluptuosos<sup>3</sup>.

Ademais, é desnecessário dizer que a tutela com base meramente nas estruturas acima mencionadas, de caráter prioritariamente repressivo, não impõem, por si só, de modo eficaz e adequado o cuidado com a prevenção, àquela que inibe a exasperação dos riscos ambientais que podem vir a se converter em danos e degradação ambiental. Além disso, no que tange a reparação, tais mecanismos jurídicos geralmente deságuam em processos judiciais, infelizmente dotados de uma vocação para a morosidade e para as discussões de aspectos materiais e processuais quase intermináveis<sup>4</sup>.

A partir dessas assertivas, constata-se a necessidade de se adotar outros mecanismos jurídicos, preferencialmente de caráter coletivo e, principalmente, preventivo, que sejam aptos a assegurar, de forma efetiva e rápida, tanto a prevenção adequada dos riscos ambientais como a recuperação dos danos decorrentes de uma lesão ao ecossistema<sup>5</sup>.

Além de adotar, preferencialmente, um caráter preventivo, Antunes salienta que esses novos mecanismos deverão basear-se, sobretudo, num princípio de solidariedade, através do qual “busca-se, evidentemente, compatibilizar a ação individual com a coletiva, de forma que daí possa resultar um benefício para todos, individualmente, e para a sociedade, como ente coletivo”<sup>6</sup>. Assim, “se o dano é social sua recuperação também deverá sê-lo”<sup>7</sup>.

Hoje, é possível identificar, na doutrina jus-ambiental mais atualizada, dois mecanismos jurídicos auxiliares à prevenção dos riscos e à reparação do dano ambiental que apresentam essas características: os seguros para riscos ambientais e os fundos autônomos de indenização ambiental.

O presente trabalho centra-se no primeiro desses dois institutos, pretendendo expor suas peculiaridades, relatar brevemente como vem se desenvolvendo o debate atual relativo ao emprego desse mecanismo na tutela do meio ambiente, bem como apontar suas limitações e, sobretudo, destacar suas virtudes na tutela da integridade ambiental, destacando, especialmente, suas potencialidades como instrumento jurídico apto, por um lado para estimular a prevenção de riscos à integridade ambiental e, por outro, para auxiliar na busca da reparação integral dos danos ambientais que por ventura se materializarem desses riscos.

<sup>3</sup> TZIRULNIK, Ernesto. O futuro do seguro de responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 782, dez. 2000, p. 69-70. Nesse ponto é imprescindível ter em mente que na sociedade de risco há o reconhecimento da existência de um estado de impotência das instituições de controle e proteção típicas da sociedade industrial tradicional, uma vez que elas se revelam incapazes de lidar com riscos que já não podem ser efetivamente controlados. Esse estado de impotência pode ser atribuído a dois fatores: de um lado, as decisões e ações continuam sendo realizadas, tendo por base os padrões da antiga sociedade industrial clássica e, de outro lado, as organizações, a política, o ordenamento jurídico e o sistema judicial não conseguem acompanhar a dinâmica das transformações trazidas pelo progresso e, dessa forma, o aparato normativo, que também é guiado pela lógica industrial, deixa de ser suficiente na regulação e controle dos riscos, assim como dos danos decorrentes da concretização desses riscos em acidentes e catástrofes ambientais.

<sup>4</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.246.

<sup>5</sup> CUNHA, Paulo. Os seguros e os riscos ambientais. *Lusiada: Revista de Ciência e Cultura – Série Direito*, Porto, nº 1 e 2, 1999, p. 504.

<sup>6</sup> ANTUNES, *Idem*, p. 271.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 272.

## 2. SEGUROS: ASPECTOS GERAIS

De acordo com a melhor interpretação do artigo 757 do Código Civil brasileiro, “o seguro é o contrato em que uma parte (sociedade seguradora) se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo da outra parte (segurado), contra riscos predeterminados. Esta garantia se materializa, entre outras obrigações, na de pagar ao segurado, ou a terceiros beneficiários, determinada quantia, caso ocorra evento futuro e incerto”<sup>8</sup>. Trata-se, portanto, de um típico negócio de direito privado, verdadeiro contrato de índole comercial-empresarial, apesar do fato do contrato de seguro ser extensamente disciplinado pela legislação e pelas autoridades securitárias do Sistema Nacional de Seguros Privados<sup>9</sup>.

De um modo geral, os seguros têm como objetivo “garantir a responsabilidade civil do segurado relativa a reparações por danos”<sup>10</sup> que eventualmente venham a ocorrer. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, trata-se, em termos estritamente econômicos,

*... de instrumento de socialização de riscos, pois os segurados podem ser vistos, sob este prisma, como que contribuindo para a constituição de um fundo, destinado a cobrir; ainda que parcialmente, os prejuízos que alguns deles provavelmente irão sofrer. Cálculos atuariais possibilitam a previsão, com relativo grau de certeza, dos eventos danosos. Pela atividade securitária, estes prejuízos previsíveis não são suportados individualmente, apenas pelo titular do interesse, diretamente atingido, mas são distribuídos, por assim dizer, entre diversos segurados.*<sup>11</sup>

O mesmo autor destaca que no Brasil é possível identificar duas categorias distintas de seguro: o seguro de dano e o seguro de pessoa. O primeiro tem por objeto os interesses relacionados com o patrimônio (bens, valores, direitos, etc.), obrigações, saúde e integridade física do segurado e de terceiros. A segunda categoria corresponde ao seguro de vida.<sup>12</sup> O seguro para riscos ambientais<sup>13</sup> se enquadra na primeira categoria.

<sup>8</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 489.

<sup>9</sup> Idem, p. 489 e 493. De acordo com o Decreto-lei Federal nº 73, de 1966 (Lei de Seguros), o Sistema Nacional de Seguros Privados (SNSP) é composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), pela Superintendência de Seguros Privados e pelo IRB Brasil Resseguros S.A., pelas sociedades seguradoras e pelos corretores.

<sup>10</sup> LEMOS, Patrícia Fraga Iglesias. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 132.

<sup>11</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 489.

<sup>12</sup> Idem, p. 498-502.

<sup>13</sup> Walter Polido destaca o debate relativo à nomenclatura mais adequada para o seguro que tem por objeto o ambiente. Destaca que o seguro de responsabilidade civil é, por suas características essenciais, por demais limitado para tutelar a integralidade do meio ambiente, salientando que o clausulado atual dos contratos de seguro deverá sofrer inúmeras modificações para se adaptar às características e às peculiaridades do bem ambiental, objeto de garantia nessa categoria de contrato. Nesse sentido ver: POLIDO, Walter. *Seguros para riscos ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-32.

### 3. SEGURO PARA RISCOS AMBIENTAIS

Tendo como objeto os casos de degradação ambiental (contaminação ou poluição do ambiente) o contrato de seguro deverá, visando a prevenção dos riscos e a reparação integral do dano, assegurar e garantir a responsabilidade do segurado, relativa a indenizações e compensações por atentados ao meio ambiente (poluição ou degradação ambiental) e conseqüentes danos patrimoniais, corporais e, ainda, morais, que tenham sido causados, involuntária e acidentalmente, à natureza e a terceiros, em decorrência de operações ou atividades do estabelecimento ou do agente assegurado causador da lesão.

A doutrina reconhece, há tempos, a recíproca incidência existente entre responsabilidade civil objetiva (ou por risco) – inerente ao sistema de tutela jurídica ambiental – e seguro, pontuando que a extensão da responsabilidade objetiva impõe ao empreendedor a obrigação de assumir os riscos ambientais inerentes à sua atividade, propiciando a necessidade de seu asseguramento<sup>14</sup>.

Nesse sentido, Bessone pontua que:

*... realizando um itinerário em direção ao racional desenvolvimento do sistema empresarial, a teoria da culpa parece ter exaurido sua função. Na progressão de toda economia industrial pela forma de concentração monopolística de capital, o papel decisivo compete, de fato, a fatores que privilegiam a teoria da responsabilidade objetiva (no correr do tempo) associada a esquemas de seguros. Qualquer formulação em termos de culpa arrisca-se a reduzir-se a uma proposta anti-histórica, de retorno ao modelo de disciplina de mercado objetivamente superado<sup>15</sup>.*

O desenvolvimento do instituto jurídico do seguro parece, assim, estar vinculado à tendência de objetivação da responsabilidade, que há tempos marca a evolução do sistema jurídico de tutela do meio ambiente, revelando-se como instrumento complementar apto a enfrentar as contingências da sociedade contemporânea, caracterizada como uma verdadeira sociedade de risco<sup>16</sup>.

De fato, há uma concordância uníssona na doutrina jurídica especializada de que tanto a responsabilidade civil tradicional – baseada estritamente na culpa do agente causador do dano (responsabilidade subjetiva), como a responsabilidade civil objetiva ou por riscos, se tornaram incapazes de lidar sozinhas com a reparação dos danos ambientais.

<sup>14</sup> Nesse sentido, ver: SANCHEZ, Antonio Cabanillas. La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento. *Revista Española de Seguros*, Madrid, n. 55, 1988, p.55 e CATALÁ, Lucia Gomis. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Elcano (Navarro): Arazandi, 1998, p. 282.

<sup>15</sup> BESSONE, Mário. Disciplina dell'illecito, distribuzione dei richi e costo sociale dei sistemi de risarcimento. *Revista di Diritto e Procedure Civile*, Milano, v. 2, 1977, p. 725.

<sup>16</sup> A teoria social da sociedade de risco foi desenvolvida por Ulrich Beck, em suas obras: *Risk society toward new modernity*. Tradução de M. Ritter. Londres: Jage, 1992 e *Ecological politics in an age of risk*. Tradução de Amos Oz. Cambridge: Polity, 1995. Segundo o próprio Beck, a sociedade de risco representa “uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pelo momento da inovação, escapam cada vez mais às instituições de controle e proteção da sociedade industrial”. Nesse sentido, ver: BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da UNESP, 1997, p. 15.

Realmente, diante do incrível aumento dos riscos e acidentes que acompanhou simetricamente a evolução tecnológica, o sistema de responsabilidade passou, gradativamente, a dar mostras claras de sua insuficiência, tornando-se cada vez mais inócuo, por força de dois fatores primordiais: a demora na solução judicial das discussões quanto à reparação, especialmente em razão da dificuldade de demonstração da culpa do agente, do próprio dano e de seu causador<sup>17</sup>, bem como o valor ascendente e cada vez mais insuportável das indenizações decorrentes de danos cada vez maiores<sup>18</sup>. O primeiro desses fatores inviabilizou a responsabilidade tradicional subjetiva e o segundo mostrou as deficiências do novo sistema de responsabilidade baseado no risco, uma vez que diversos danos ambientais acabam sem reparação em razão da insolvência de seu causador.

### 3.1. EVOLUÇÃO DO SEGURO PARA RISCOS AMBIENTAIS

A contratação de seguros de responsabilidade por danos ambientais é fenômeno recente. Conforme assinala o jurista português Paulo Cunha, até 1966, as apólices gerais cobriam todos os riscos inerentes à atividade, mas com a multiplicação dos riscos ambientais e o elevado custo de sua reparação, excluiu-se a responsabilidade para riscos ambientais das cláusulas gerais das apólices tradicionais. Somente no final da década de 1960, surgiram apólices específicas para a reparação dos danos ao ambiente<sup>19</sup>.

De acordo com Lemos, há mais ou menos 20 anos, nem sequer se falava em cobertura para reclamações dessa natureza no Brasil. Tanto que inicialmente as companhias excluía expressamente esse tipo de cobertura das apólices de seguro<sup>20</sup>.

No Brasil, o debate somente se iniciou com o advento da Lei nº 6.938/81, já que antes não havia legislação ambiental que estimulasse a disponibilização de seguros em matéria ambiental. Assim, o mecanismo somente começou a ser cogitado com a imposição legal da responsabilidade objetiva por danos ambientais e da constatação de que os danos e acidentes de caráter ambiental passaram a ser mais freqüentes e constantes<sup>21</sup>.

Apesar de seu caráter recente, a utilização do mecanismo vem crescendo gradativamente no mundo inteiro, haja vista que proporciona várias vantagens inegáveis.

<sup>17</sup> Seja em razão da poluição decorrente de efeitos de sinergia ou de agentes poluentes imperceptíveis para o ser humano sem auxílio de tecnologias adequadas.

<sup>18</sup> TZIRULNIK, Ernesto. O futuro do seguro de responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 782, dez. 2000, p. 70.

<sup>19</sup> CUNHA, Paulo. Os seguros e os riscos ambientais. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura – Série Direito*, Porto, nº 1 e 2, 1999, p. 506.

<sup>20</sup> LEMOS, *Idem*, p. 135.

<sup>21</sup> De fato, a evolução no debate somente se acentuou no final da década de 1980, mais precisamente, após a entrada em vigor da Lei nº 7.437/85, que regulamenta a Ação Civil Pública e também, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trazia um capítulo especial destinado à proteção e conservação do meio ambiente. A discussão se aprofundou ainda mais com a emergência de outras leis especiais de caráter setorial, que também contemplavam um regime de responsabilidade mais rígido e com a consolidação da jurisprudência nos tribunais nacionais. Nesse sentido ver: LEMOS, *Idem*, p. 135.



### 3.2 Vantagens proporcionadas pelo seguro para riscos ambientais

Sem dúvida, é possível identificar uma infinidade de vantagens no sistema de seguros, especialmente quando se trata de assegurar a responsabilidade em caso de atentado ambiental. De fato, a doutrina não se cansa de enumerar tais vantagens, sendo possível destacar, especialmente, que o seguro para riscos ambientais já supõe uma vantagem para a vítima, que verá garantida a compensação do dano de forma automática, podendo receber as importâncias devidas, normalmente insuportáveis pela maioria das pequenas e médias empresas. Tem-se, pois, que o seguro garante ao terceiro lesado ser indenizado, sem que a reparação esteja sujeita às dificuldades financeiras do segurado ou mesmo à sua insolvência<sup>22</sup>.

Ademais, constitui-se em instrumento de política ambiental, configurando instrumento eficaz de gestão de riscos por parte do segurado, que passará a esforçar-se na prevenção dos riscos, como forma de diminuir os custos a serem internalizados no seu processo produtivo<sup>23</sup>.

É possível mencionar também um aspecto positivo relacionado diretamente ao interesse do segurado, já que o seguro para riscos ambientais visa, sobretudo, evitar prejuízos ao patrimônio do segurado, permitindo que este esteja sempre apto a honrar com as possíveis conseqüências de sua responsabilidade civil, sem comprometer a atividade que desenvolve<sup>24</sup>.

Assim, a adoção desse mecanismo propicia simultaneamente, a garantia do pagamento de uma indenização dos danos às vítimas e a preservação do patrimônio do responsável, gerando um indiscutível benefício para todo o conjunto social, uma vez que garante a conservação dos níveis de produção e emprego, ao mesmo tempo em que provê a reparação dos danos<sup>25</sup>. Portanto, aplicado de forma ampla na área ambiental, esse mecanismo efetiva a conciliação dos dois elementos – inicialmente opostos – que compõem o almejado desenvolvimento sustentável, exercendo uma inegável e potente função complementar no sistema jurídico de gestão de riscos ao meio ambiente e de reparação dos danos ambientais.

Nesse sentido, Cunha assinala que adotar, para a tutela dos riscos e dos danos ao meio ambiente, um sistema de responsabilidade objetiva que contemple a existência do seguro para riscos ambientais, permite, sobretudo resolver dois problemas presentes no momento da reparação dessa categoria de danos, já que por um lado seriam satisfeitas “as necessidades das vítimas, com inegável relevo social, porque estas seriam indenizadas pelos valores a que têm direito. Por outro lado, o agente poluidor não seria, de forma irreversível, afetado com o pagamento das referidas indenizações, o que lhe permite continuar a atividade econômica, com o conseqüente benefício social que daí, também, resulta”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Elcano-Navarro: Arazandi, 1998, p. 283.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 283.

<sup>24</sup> TZIRULNIK, *Idem*, p. 70.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>26</sup> CUNHA, *Idem*, p. 505. Além dessas vantagens, consideradas genéricas, Cunha resume, num rol sintético e bastante completo, outras três virtudes do mecanismo de seguro de responsabilidade civil, quando aplicado à seara ambiental: primeira: A existência de seguros de responsabilidade civil ambiental desincentiva comportamentos desleixados por parte dos agentes causadores de dano, porque o agente segurador fixaria o prêmio do seguro em função da confiança que a pessoa

Além disso, o mecanismo atua como forma coletiva de lidar com os riscos inerentes à sociedade contemporânea, já que auxilia a internalização dos custos ambientais no processo de produção-consumo. Nesse sentido, Bessone afirma que o empenho de indenizar jamais constituiu elemento preponderante no passivo da empresa que, vendo-se obrigada a operar no esquema responsabilidade objetiva/seguro e considerando que uma rápida e larga indenização da generalidade dos prejuízos, enfraquece a solicitação coletiva de inovação e controle sobre as instalações, passa a adotar uma estratégia politicamente oportuna, utilizada como instrumento de aquisição de consenso e eficácia administrativa. Isso, com o objetivo de reduzir sua potencialidade de dano, ao mesmo tempo em que se afasta de qualquer possibilidade de agravamento no seu orçamento, externalizando os custos dos seguros, mediante a transferência dos mesmos à coletividade dos consumidores<sup>27</sup>.

Tzirulnik destaca, ainda a relação existente entre os seguros e a solidariedade, argumentando que através da adoção de seguros, é possível socializar a reparação do dano, fato que o torna capaz de prover as indenizações de dimensões compatíveis com os efeitos da infortúnica moderna<sup>28</sup>.

### 3.2.1 Seguro obrigatório para riscos ambientais

Tais apontamentos indicam, de início, as vantagens da adoção de um sistema normativo que imponha a obrigatoriedade legal dos seguros, ao menos com relação às atividades potencialmente perigosas.

Efetivamente, essa é solução adotada, de forma unânime, em diversas Convenções Internacionais em matéria de responsabilidade por danos ao meio ambiente<sup>29</sup> e na Proposta de Diretiva das Comunidades Européias, em matéria de resíduos<sup>30</sup>, que exigem um seguro ou outra garantia financeira do operador da atividade.

Na mesma linha, no âmbito nacional se tem observado recentemente uma certa tendência a se impor o estabelecimento de um plano de segurança financeira, como requisito *sine qua nom* para a exploração de determinadas atividades altamente perigosas para a saúde e o meio ambiente. Neste sentido, destaca-se a lei alemã sobre responsabilidade ambiental, cujo artigo 19 obriga todas as empresas enumeradas em seu anexo II<sup>31</sup>, a garantir a cobertura dos danos às pessoas ou a seus bens, como resultado das agressões que suas atividades possam produzir ao

<sup>26</sup> (cont.) que desvolve a atividade a assegurar merece; segunda: Traz vantagens para o Estado e demais entes públicos, porque reduz a carga burocrática e os meios necessários, ao nível do controle prévio, ao nível da fiscalização das atividades e ao nível dos resultados atingidos; terceira: É um mecanismo eficiente porque fornece rapidez ao tratamento dos problemas existentes, com inegáveis vantagens que traz a ausência de recursos aos Tribunais.

<sup>27</sup> BESSONE, *Idem*, p. 729-730.

<sup>28</sup> TZIRULNIK, *Idem*, p. 72.

<sup>29</sup> Ver, respectivamente, o art. 10 e VII das Convenções Internacionais de Paris e Bruxelas em Matéria de Energia Nuclear; art. 7º da Convenção Internacional sobre Transporte Marítimo de Óleo Combustível; art. 13 da Convenção Internacional sobre Transporte de Produtos Perigosos e art. 12 da Convenção Lugano.

<sup>30</sup> Ver art. 11 da Proposta de Diretiva mencionada.

<sup>31</sup> O anexo II da mencionada Lei contempla três categorias de explorações industriais: 1) explorações sujeitas à Lei de Acidentes de 1980; 2) incineradoras de resíduos e 3) empresas dedicadas à fabricação de corantes, vernizes e tintas.

meio ambiente. Além disso, a Lei oferece ao operador a possibilidade de escolher entre um seguro de responsabilidade por danos ao meio ambiente, uma indenização garantida pela federação de Estados ou um Estado federado e, por último, uma garantia bancária.

Na legislação norte-americana, em matéria de responsabilidade por danos ao meio ambiente, a figura do *compulsory insurance* está presente na *Clear Water Act*, na *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)* e também, na *Oil Pollution Act (OPA)*<sup>32</sup>.

A par dos sistemas de seguro obrigatório para riscos ambientais de caráter geral, vale destacar ainda, que adotando uma ótica setorial, determinadas leis específicas impõem a obrigatoriedade do seguro ambiental, como ocorre, por exemplo, na Alemanha para o exercício de atividades suscetíveis de provocar danos à água<sup>33</sup>. Existem ainda, leis que condicionam, como é o caso da legislação da Itália e da Espanha, a autorização administrativa necessária para a gestão dos resíduos perigosos à constituição, pelo solicitante de um seguro de responsabilidade civil<sup>34</sup>.

Em Portugal, o art. 43, da Lei de Bases do Ambiente instituiu a obrigatoriedade do seguro responsabilidade civil por danos ambientais, para aquelas atividades que envolvam alto grau de risco ao ambiente e como tal venham a ser classificadas. Mas, em face da ausência de regulamentação legal, que classifique as atividades, o dispositivo encontra-se sem vigência<sup>35</sup>.

No Brasil, o Projeto de Lei nº 937/2003, de autoria do deputado federal Wanderley Alves de Oliveira, do Partido Verde do Rio de Janeiro, pretende tornar obrigatório o seguro de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente<sup>36</sup>. De acordo com o texto do projeto, a empresa que pretender obter uma licença ambiental deverá fazer um seguro de responsabilidade civil por danos ambientais para eventuais acidentes. Atualmente, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados<sup>37</sup>.

Apesar dos apontamentos inicialmente positivos, em relação à adoção do seguro ambiental obrigatório, é possível identificar algumas críticas tecidas pela doutrina, com relação à sua obrigatoriedade. De acordo com Catalá, o seguro

<sup>32</sup> De acordo com Rudiger Wolfrum e Christine Langenfeld “a expressão responsabilidade financeira usada no ordenamento estadunidense é a parte fundamental do sistema legal de responsabilidade ambiental”. Assim, por exemplo, para navegar em águas norte-americanas ou utilizar os portos daquele país é indispensável que a embarcação esteja assegurada de acordo com as regras norte-americanas e portar a bordo o certificado correspondente. O mesmo vale para a realização de outras atividades consideradas potencialmente perigosas. Nesse sentido, ver: WOLFRUM, Rüdiger; LANGENFELD, Christine (Coord.). *Environmental protection by means of international liability law*. Berlin: Erich Schmidt, 1999, p. 273

<sup>33</sup> Art. 22 da Lei alemã de águas.

<sup>34</sup> Art. 11, do Decreto italiano, de 27 de julho de 1984, sobre gestão de resíduos perigosos e item 2, do art. 14, da Lei espanhola nº 2, de 14 de maio de 1986, sobre resíduos tóxicos e perigosos, regulamentada pelo Decreto Real nº 833, de 20 de julho de 1988.

<sup>35</sup> CUNHA, *Idem*, 508-509.

<sup>36</sup> Na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro encontra-se tramitando o projeto de lei estadual nº 331/2003, de autoria do Deputado Estadual Carlos Minc Baunfeld, do Partido dos Trabalhadores do Rio de Janeiro, cujo conteúdo é muito semelhante ao do projeto de lei federal nº 937/2003.

<sup>37</sup> No Brasil já se exige seguro de responsabilidade civil obrigatório, para determinadas atividades potencialmente lesivas para o meio ambiente. Tal obrigatoriedade decorre da inserção no ordenamento jurídico interno das disposições assumidas pelo país mediante a adoção da Convenção Internacional de Responsabilidade Civil por Dano Nuclear e da Convenção de Responsabilidade Civil decorrente de Poluição Marinha por Petróleo e Derivados.

obrigatório para obtenção de licenças pode se converter num instrumento muito perigoso quando em mãos erradas, possibilitando que as companhias seguradoras sejam capazes de dirigir a política industrial de um determinado Estado, uma vez que as mesmas irão gozar, indiretamente, do poder de autorização das atividades submetidas ao seguro obrigatório. Evidentemente, este risco exige, em todo caso, a intervenção segura do Estado para ser evitado<sup>38</sup>.

Pinho e Polido, por sua vez, em reportagem elaborada pela revista do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB-Brasil Resseguros S/A) assinalam que no caso do Brasil, a imposição da obrigatoriedade do seguro ambiental, no estágio em que o mercado brasileiro de seguros se encontra, deve ser analisada com cautela<sup>39</sup>. Pinho assinala que a obrigatoriedade significaria que aquele que não comprar sofreria algum tipo de restrição, podendo até mesmo perder sua licença para operar a atividade industrial, o que pode vir a acarretar reflexos negativos à economia nacional<sup>40</sup>. Segundo os especialistas, o seguro foge ao âmbito de tutela pública; não se trata de um tributo cujo pagamento é imposto obrigatoriamente pelo Estado, mas sim, de negócio de índole privada, regida de maneira determinante pelas regras de mercado. Enquanto a lei ambiental brasileira, com toda a sua rigidez, não deixar de ser aplicada de forma sutil, como é atualmente, não adiantará de nada a imposição do seguro obrigatório; ele não resolveria o problema dos acidentes ambientais. Seria muito mais interessante que o Estado efetivasse a prática da legislação ambiental que possui, já que tal atitude seria a melhor forma de estimular a contratação de seguros de responsabilidade civil por danos ambientais<sup>41</sup>.

Ademais, apesar de todas as suas virtudes enumeradas anteriormente, a questão do seguro para risco ambiental guarda também certas dificuldades e limitações na sua aplicabilidade prática, denotando que sua adoção isolada não é, realmente, a solução para todos os problemas de gestão dos riscos ambientais, bem como para a efetividade da reparação integral dos danos ambientais<sup>42</sup>.

### 3.3 Dificuldades relativas ao asseguramento dos riscos ambientais

De acordo com Catalá, “o seguro ambiental contradiz a máxima asseguradora em virtude da qual todos os riscos são asseguráveis. Assim, é com razão, que se tem dito que o risco de contaminação constitui um risco à parte”.

Tal constatação deriva de uma dupla circunstância: de um lado, a própria natureza do seguro resulta incompatível com a prática da maioria dos danos ambientais: a aleatoriedade, a incerteza ou o azar – características essenciais que informam o risco objeto da cobertura – se contradizem principalmente com os supostos de contaminação crônica ou acumulada. Este tipo de contaminação de efeitos continuados ou progressivos se caracteriza por ser resultado da confluência

<sup>38</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 284.

<sup>39</sup> POLIDO, Walter colacionado por VERMELHO JÚNIOR, Alcir e BARROS, Francisco Antônio Pinho de. Seguro ambiental: complexo, mas viável. *Revista do IRB*, Rio de Janeiro, ano 63, n. 292, abr./jun. 2003, p. 29.

<sup>40</sup> PINHO, colacionado por VERMELHO JÚNIOR e BARROS, *Idem*, p. 29.

<sup>41</sup> POLIDO, colacionado por VERMELHO JÚNIOR e BARROS, *Idem*, p. 30.

<sup>42</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347.

dos atos de uma série de agentes contaminantes durante um longo período de tempo, provocando como resultado, um dano muito maior que aquele que, *ab initio*, cada um deles era capaz de causar. Isto porque, como regra geral, as apólices de seguro só cobrem os danos, cuja causa seja acidental, súbita, imprevista e não intencionada pelo segurado, sendo que no caso de contaminação crônica não se cumpre, por definição, as três primeiras características<sup>43</sup>.

Por outro lado, as características do dano ambiental obstaculizam gravemente a determinação das variáveis utilizadas para o cálculo do prêmio do seguro: em primeiro lugar, o cálculo do importe médio do sinistro exige superar as dificuldades de valoração do dano ambiental, decorrente da dificuldade de valorar o próprio bem ambiental (quanto vale a água potável, o ar puro, uma bela paisagem, etc); em segundo lugar, a freqüência de sinistros obriga a contar com informação estatística em matéria de danos ambientais inexistente atualmente; por último, se realmente a companhia seguradora estiver disposta a assegurar riscos eminentemente ecológicos e, portanto, for capaz de averiguar as variáveis anteriores, o importe do prêmio seria descomunal<sup>44</sup>.

Ante tais circunstâncias, não é de se estranhar que o setor de seguros tenha manifestado reticências iniciais em admitir a cobertura do dano ambiental em suas apólices de seguros e mesmo em criar uma apólice específica a respeito. De acordo com Catalá, “esta situação tem levado o mercado de seguros a converter-se num mercado comprador onde a demanda de seguros ambientais supera a oferta que está disposta a oferecer o mercado em questão”<sup>45</sup>.

A experiência norte-americana a respeito do assunto, é muito ilustrativa: apesar do ordenamento ambiental estadunidense ser marcado por características singulares que pressionam com maior força a contratação de seguros para riscos ambientais, durante a década de 1980, praticamente não se contrataram seguros capazes de cobrir de maneira completa e adequada os riscos de contaminação, com base em apólices de responsabilidade geral de exploração<sup>45</sup>.

O sistema jus-ambiental norte-americano contempla um regime de responsabilidade objetiva, retroativa, de canalização múltipla, solidária e que impõe o seguro obrigatório, fatores que tem determinado a reação enérgica das companhias de seguros, que suportaram impassíveis no decorrer dos últimos anos, o incremento do número de ações por danos ocasionados por contaminação e a tendência dos Tribunais a interpretar de uma forma absolutamente ampla, os termos e o alcance das apólices, impondo o ônus das companhias arcarem com custos extremamente caros<sup>46</sup>.

Nos Estados Unidos, as dificuldades e deficiências vislumbradas pelas seguradoras, com relação às garantias oferecidas pelas apólices de caráter geral, denominadas *Comprehensive General Liability* (C.G.L) ensejaram, no decorrer

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Idem, p. 285-286.

<sup>45</sup> MARTIN, Gilles. *Le dommage écologique – rapport présenté au comité ad hoc de droit, économie et sociologie du PIREN*. Universidade de Nice. Nice, 1989, p. 222.

<sup>46</sup> CATALÁ, Idem, p. 287.

da década de 1980, duas soluções distintas, materializadas na criação: (a) das apólices de caráter específico denominadas *Environmental Impairment Liability* (E.I.L) e (b) dos *Pools* de resseguros.

A princípio, as apólices *Environmental Impairment Liability* (E.I.L) surgidas ainda na década de 1980, com o objetivo de assegurar de forma específica somente os riscos de contaminação ambiental, incluída a contaminação do tipo gradual, tiveram certo êxito, mas somente até o ano de 1984, oportunidade em que o mercado de seguros dos Estados Unidos passou a sofrer um bloqueio por parte das companhias seguradoras, que em razão da quantidade crescentes dos casos de danos ambientais e dos elevados valores dos prêmios pagos, se viram financeiramente impossibilitadas de arcar de maneira isolada com essa categoria específica de seguro<sup>47</sup>. De acordo com Catalá, atualmente apenas duas companhias (AIG e Realiance) ainda oferecem esse tipo de apólice no mercado dos Estados Unidos. Para tanto, exigem um rigoroso processo prévio de seleção, seguido de constantes e periódicas auditorias ambientais, no decorrer do prazo de vigência do contrato de seguro<sup>48</sup>.

Em razão das dificuldades verificadas nos Estados Unidos<sup>49</sup>, surgiram nos países da Europa, principalmente no decorrer da segunda metade da década de 1980<sup>50</sup>, os *Pools* seguradores, com a promessa de se tornarem grandes instrumentos coletivos, aptos a lidar com os riscos e os danos ambientais<sup>51</sup>. “Em essência, o *Pool* se baseia num acordo entre várias seguradoras ou resseguradoras para fazer frente a este tipo de riscos, sem distinguir entre contaminação acidental e gradual, se bem exigindo que a mesma seja fortuita e não intencionada”.

De acordo com Polido, são inegáveis as vantagens da formação de *Pools* seguradores para lidar com o asseguramento dos riscos ambientais<sup>52</sup>. O autor destaca algumas vantagens na formação de *Pools*:

<sup>47</sup> Aqui é preciso recordar que na sociedade contemporânea, os riscos criados pelo incremento da inovação tecnológica não rompem com lógica do desenvolvimento e acumulação típicos da sociedade industrial tradicional. Pelo contrário, a percepção social de que o ser humano integra as relações de interdependência que compõe o sistema ambiental e a consequente necessidade de manter o equilíbrio ecológico, leva os riscos ambientais a se transformarem num negócio muito lucrativo, um “*big business*”. O aproveitamento econômico desses riscos reconhecidos pela sociedade é realizado tendo como fundamento a ótica de um sistema sócio-econômico que objetiva, acima de tudo, a acumulação, assim, preocupa-se, antes de qualquer coisa, em garantir a proteção e a segurança, apenas para circunstâncias que não impliquem em grandes riscos de perdas econômicas para as companhias seguradoras. Nesse sentido, ver: FERREIRA, Heline Sivini. *A sociedade de risco e o princípio de precaução no direito ambiental brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abr. 2003, p. 34. Conforme salienta Beck “a sociedade de risco é uma sociedade sem segurança, cuja cobertura feita pelos seguros diminui paradoxalmente em proporção da dimensão do risco”. Nesse sentido, ver: BECK, Ulrich *Ecological politics in an age of risk*. Tradução de Amos Oz. Cambridge: Polity, 1995, p. 85.

<sup>48</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 287.

<sup>49</sup> De acordo com Walter Polido, o mercado internacional de seguros mudou seus rumos considerando diversas perdas ocorridas, principalmente no mercado segurador norte-americano e, em menor grau, europeu, isso porque os Tribunais acabaram ignorando as limitações dos clausulados quanto aos riscos de poluição, ampliando por demais as indenizações devidas pelas seguradoras. Nesse sentido, ver: POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de responsabilidade civil geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1997, p. 405.

<sup>50</sup> Walter Polido assinala que o pioneiro *pool* italiano (ANIA) foi criado no ano de 1979, podendo ser considerado o precursor dos *pools* seguradores para riscos ambientais. Nesse sentido, ver: POLIDO, Walter Antônio. *Pool brasileiro de riscos ambientais*. *Revista Seguros & Riscos*, [s.l.], n. 148, ago. 2000, p. 48

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 47.

(I) maior capacidade de oferta de resseguros para os riscos inerentes; (II) facilidade de subscrição de oferta de riscos e coberturas mais complexas – poluição gradual, por exemplo; (III) representatividade política perante os Órgãos do Meio Ambiente e outros; (IV) maior possibilidade de compra de excessos de resseguros pelo Pool; (V) uniformização de estatísticas, disposições tarifárias, clausulados, etc.; e (VI) minimização dos custos operacionais e administrativos na subscrição de riscos<sup>53</sup>.

Em razão dos benefícios que oferece para o mercado de seguros, esta figura tem se estendido amplamente pelos países da Europa, destacando-se também no mercado dos Estados Unidos. Assim, é possível mencionar o famoso *Pool* francês (*Assurpol*), o *Pool* Inquinamento italiano (Ania), o *Pool* holandês (MAS), o *Pool* japonês (*Oil Pollution Liability Pool*), o *Pool* estadunidense (*Pollution Liability Insurance – PLI*), ou, inclusive, sistemas alternativos como o sueco (*Milöskade Konsortief*), que combina a participação da indústria competente e as seguradoras sobre a base de um seguro coletivo<sup>54</sup>.

Na Espanha, não foi criada nenhuma apólice para os riscos especificamente ambientais; o sistema geral de seguros, baseado na *Apólice Standard*, desconhece a essência do dano ecológico, posto que exclui a contaminação do solo, águas e atmosfera a menos que sua causa seja acidental, súbita e não prevista nem esperada pela seguradora. Somente com o surgimento do *Pool* espanhol de seguros para riscos ambientais (PERM), à luz da experiência adquirida em outros Estados vizinhos, em 1994, o sistema de seguros daquele país começou a contemplar uma apólice específica<sup>55</sup>.

No início da década de 1990, o debate sobre a formação de um *Pool* para assegurar os riscos ambientais se instaurou no mercado brasileiro. De fato, em 1991, o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB-Brasil Resseguros S/A) formou o grupo de trabalho (GT) com vistas a elaborar possíveis modelos de coberturas de riscos ambientais para o Brasil, tendo como base um modelo semelhante ao da França e da Itália, resultando daí o modelo brasileiro de apólice de responsabilidade civil para riscos ambientais, divulgado, inicialmente, pela circular IRB/PRESI, nº 052/91, de 26.12.1991 e mais tarde, modificado pela circular IRB/PRESI, nº 023/97, de 1.8.1997<sup>56</sup>. Contudo, até onde se sabe, as seguradoras nacionais não

<sup>53</sup> Idem. Lemos acrescenta, ainda que “alguns aspectos interessantes da formação de *Pools* podem ser ressaltados, quais sejam: minimização dos custos, visto que existe a necessidade de inspeções de risco e monitoramento, o que depende de vários profissionais, formando uma equipe interdisciplinar, o que seria extremamente dispendioso para uma só seguradora; a estipulação de *wordings* padronizados de coberturas, com possibilidade de revisão das cláusulas, sempre que necessário, o que viria a facilitar, até mesmo a interpretação no caso de ações judiciais, o *underwriting* de todos os riscos pelo *Pool*. Nesse sentido, ver: LEMOS, *Idem*, p. 137-138.

<sup>54</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 288. Segundo LEMOS (2003, p. 138), a maior dificuldade para instalação de um *Pool* segurador de âmbito regional ou até mesmo internacional, fica por conta da falta de tratamento uniforme na legislação dos Estados sobre meio ambiente, dificultando o estabelecimento de clausulados para uma apólice de seguro de responsabilidade civil por risco de contaminação ambiental de caráter global.

<sup>55</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 287.

<sup>56</sup> Em 2003, a Federação Nacional das Empresas de Seguros e de Capitalização (FENASEG) elaborou um novo clausulado pertinente ao seguro ambiental, estipulando, por meio da ata nº 03, de 02.10.2003, que o referido clausulado será apenas um parâmetro de natureza referencial, podendo ser ou não observado pelas seguradoras do país. Nesse sentido, ver POLIDO, Walter. *Seguro para riscos ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 219.

chegaram a um consenso para a formação de um *Pool* segurador de riscos ambientais para atuar no mercado brasileiro<sup>57</sup>.

Apesar das evidentes vantagens, Catalá vê a adoção dos *Pools* com ressalvas. De acordo com a jurista espanhola, “apesar do mérito destas figuras, sua efetividade prática deixa muito a desejar, já que a maioria deles exige o reconhecimento de um direito de propriedade, que alguns, como o japonês, excluem a contaminação gradual e que todos impõem estreitos limites de indenização se considerada à dimensão do dano provocado”<sup>58</sup>. Além do que, mesmo com a adoção dos *Pools*, a oferta de seguros ambientais ainda continua sendo insuficiente, demonstrando a necessidade do mercado de seguros se reinventar e pensar em novas alternativas para a cobertura mais adequada e abrangente dos riscos ambientais<sup>59</sup>.

Aliás, as companhias seguradoras e os empreendedores de atividades produtivas, potencialmente perigosas do ponto de vista ambiental, devem ter sempre em vista que apesar de todas as dificuldades enfrentadas, não há como negar que os seguros ambientais se constituem mecanismos capazes de lhes proporcionar infindáveis benefícios<sup>60</sup>.

Os governos, mediante sua legislação, juntamente com a doutrina jurídica e os Tribunais, por sua vez, devem buscar estimular a utilização desses mecanismos essenciais para complementar o sistema de tutela, prevenção de riscos e reparação dos danos ambientais.

### 3.4 Características específicas do seguro para riscos ambientais

De um modo geral, o contrato de seguro transfere para terceiro (seguradora) a responsabilidade que, nos termos da lei ou do contrato, incide sobre a pessoa segurada, relacionada com os danos causados a terceiros, aí incluída toda a coletividade quando se fala de proteção ambiental. O fato gerador da responsabilidade é o dano fortuito ou acidental, pelo qual a seguradora assume a reparação dos danos, até o limite de valor da apólice.<sup>61</sup>

Tais características, essenciais a todo contrato de seguro, também estão presentes nos seguros para riscos ambientais. Mas, a especificidade desta categoria de dano impõe algumas características específicas aos seguros de vocação ambiental.

<sup>57</sup> De acordo com Polido, “o mercado brasileiro tem certo ceticismo em relação aos *Pools* e até mesmo pelos modelos assemelhados até então praticados e representados pelo Consórcio do Seguro DPVAT, do Consórcio inerente à retrocessão interna de resseguros de forma compulsória pelo IRB-Brasil RE (recentemente extinto o consórcio pela SUSEP) e por outros fundos que já existiram no País. Os *Pools* europeus para riscos ambientais, entretanto, nada se assemelham a tais mecanismos brasileiros, gozando de autonomia administrativa, financeira e técnica. Além disso, são de natureza facultativa quanto à adesão aos mesmos, evidentemente”. Nesse sentido, ver: POLIDO, Walter Antônio. Pool brasileiro de riscos ambientais. *Revista Seguros & Riscos*, [s.l.], n. 148, ago. 2000. p. 50.

<sup>58</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 288.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> Catalá destaca que o seguro permite que a indenização seja paga sem comprometer, de maneira irreversível, o patrimônio da empresa. Nesse sentido, ver: CATALÁ, *Idem*, p. 288. Machado, por sua vez, destaca que a “existência de um organismo que vá garantir o pagamento da reparação do dano poderá influir beneficentemente no espírito dos juizes, livrando-os da preocupação sobre a possibilidade de o poluidor fazer frente às despesas imediatas da indenização”. Nesse sentido, ver: MACHADO, *Idem*, p. 346.

<sup>61</sup> CUNHA, *Idem*, p. 507.



### 3.4.1 Verificação prévia dos riscos

Normalmente, as companhias seguradoras antes de proceder a formalização da apólice, analisam os riscos objetos do contrato, com o fim de dizer se o risco pode ser assegurado e calcular o importe do prêmio. Esta verificação prévia dos riscos converte-se num dado fundamental, quando se refere à assegurabilidade de riscos ambientais<sup>62</sup>. Nesta oportunidade, se procede a uma verdadeira auditoria ambiental, que, além de determinar a aceitação dos riscos e das condições de contratação, acarreta uma dupla virtualidade preventiva: em primeiro lugar, conduz o empreendedor a dotar-se de um serviço de “*risk management*”, com o fim de que o segurado cumpra diligentemente a normativa ambiental pertinente e, em segundo lugar, do resultado da auditoria ambiental, decorrerão as medidas corretivas e de minoração de riscos, que deverão ser adotadas. Em qualquer caso, a auditoria deve acompanhar-se de inspeções periódicas, das quais resultam recomendações durante a vigência da apólice e, inclusive, durante muito tempo depois, pois o risco de contaminação não cessa<sup>63</sup>.

Efetivamente, seria interessante que a auditoria fosse realizada, *a priori*, por parte do poder público, na ocasião da concessão da licença ou autorização para atividade, de maneira que a verificação posterior de riscos, realizada pela seguradora, se configurará como um controle ambiental menos exaustivo, consolidando a Administração Pública como verdadeiro órgão de controle. De fato, parece mais aconselhável que o poder público não abra mão de seu poder de controle e inspeção das atividades que regulamenta, já que sua intervenção garante maior confiabilidade, que será, ainda complementada pelo controle e fiscalização do mercado de seguros, durante a vigência da apólice<sup>64</sup>.

### 3.4.2 Limitações do alcance do seguro

O seguro ambiental também está sujeito a limitações de âmbito temporal e material, que variam de acordo com o ordenamento jurídico dos Estados e o modelo de apólice adotado pelas companhias seguradoras.

#### a) Limitações temporais

Normalmente, as apólices cobrem sinistros ocorridos durante a sua vigência. Parece evidente que o esquema adotado é inadequado, em razão das dificuldades para determinar o momento em que ocorreu o sinistro: a experiência demonstra que os grandes problemas ambientais são provocados pela contaminação de origem antiga e por danos manifestados no futuro<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Catalá assinala que neste contexto se destaca o rigoroso controle efetuado pelo *Pool* francês *Assurpol*, que exige para toda subscrição a formalização de um “questionário-proposta” e de um informe de inspeção que deve ser remetido à comissão técnica do *Pool*. Nesse sentido, ver: CATALÁ, *Idem*, p. 288.

<sup>63</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 288-289.

<sup>64</sup> Catalá assinala que nesta linha, o *Pool* espanhol exige a realização de uma auditoria ambiental prévia com enfoque específico referido ao asseguramento da instalação, pela qual deve-se constatar o cumprimento da legislação pertinente e observar a existência de um comportamento de respeito ao meio ambiente. Nesse sentido, ver: CATALÁ, *Idem*, p. 289.

<sup>65</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 289.

Atualmente, percebe-se também uma certa unanimidade em relação à exclusão da contaminação histórica das apólices de seguro ambiental<sup>66</sup>. “Nenhuma legislação obriga e, em razão disso, nenhuma companhia está disposta a dar cobertura aos danos conhecidos originados no passado”<sup>67</sup>.

De fato, os danos originados no passado acarretam diversas dificuldades, tais como, o problema da identificação do responsável, se a atividade obedecia aos padrões ambientais da época e dificuldades de cobertura para danos graduais ou crônicos, cujos resultados lesivos se manifestam no curso de um período extraordinariamente longo de tempo.

Nestes casos o mercado segurador costuma adotar dois critérios distintos para lidar com o problema: por um lado, o critério do *claims made*<sup>68</sup>, segundo o qual a apólice cobre sinistros que se reclamem durante a vigência do contrato e, por outro lado, o critério do *discovery principle*<sup>69</sup>, segundo o qual o momento em que se produz a primeira manifestação verificável do dano, determina a sua cobertura pela apólice, independentemente do momento da reclamação formal.

Alguns sistemas nacionais estendem a cobertura da apólice àqueles danos manifestados após a finalização da atividade industrial, forçada em ocasiões pela quebra do explorador da atividade. O prazo e a eficácia dessa cobertura posterior ao fim das atividades varia de acordo com as apólices. Assim, por exemplo, o prazo será de 2 anos, nas apólices do *Pool* espanhol, de 5 anos, nas apólices do *Pool* francês *Assurpol* e de 10 anos, de acordo com o que estabelece o art. 19, da Lei alemã, sobre responsabilidade ambiental<sup>70</sup>.

#### b) Limitações pela forma de se produzir o risco ou o dano

O seguro, por definição, exclui de seu âmbito o fato danoso voluntariamente realizado pelo segurado. Assim, a cobertura do seguro ambiental abrange só a

<sup>66</sup> De acordo com Polido, poucos países possuem coberturas para lesões graduais, destacando dentre eles a Itália, a França, a Suíça, a Bélgica, a Suécia, os Estados Unidos da América e a Alemanha. Nesse sentido, ver: POLIDO, Walter Antônio. *Seguro de responsabilidade civil geral no Brasil & aspectos internacionais*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1997, p. 397. Ainda, segundo Lemos, o modelo adotado no mercado brasileiro de apólice por danos ambientais, de acordo com sua cláusula 3, não abrange cobertura por risco gradual iniciado antes da vigência da apólice. O modelo de apólice brasileiro estabelece, ainda prazos suplementares bastante exíguos (data-limite) para a reclamação dos prejudicados. De acordo com a cláusula 7 do modelo de apólice, o seguro cobre as reclamações feitas até 60 dias após o término da vigência da apólice, em caso de sua não renovação, sendo o prazo aumentado para 5 anos, caso tenha sido feita a notificação do ocorrido à seguradora, dentro do prazo de 60 dias anteriormente mencionado. Nesse sentido, ver: cláusulas 3 e 7, da circular PRESI, nº 023/97, de 01.08.1997 e LEMOS, *Idem*, p. 136.

<sup>67</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 289.

<sup>68</sup> Segundo Catalá, trata-se de um critério de origem tipicamente francesa, que apresenta dois inconvenientes: em primeiro lugar, quando o contrato é de curta duração e o dano não se produz imediatamente a cobertura se encontra vedada; em segundo lugar, quando o assegurado tenha a possibilidade de rescindir o contrato, estará tentado a fazê-lo todas as vezes em que se produza um risco de dano. Além disso, o ato de submeter a cobertura ao momento da reclamação efetiva da vítima, tem sido criticado veementemente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores franceses, que vêm declarando que tal ato priva o segurado do benefício do seguro, em razão de uma falta que não lhe é imputável e cria uma vantagem tanto ilícita quanto desprovida de causa, em benefício do segurador, que haverá recebido sem contrapartida o importe dos prêmios. Como consequência da reiterada interpretação jurisprudencial, a partir de 1990, os contratos do *Assurpol* passaram a se basear na cláusula da primeira manifestação. Nesse sentido, ver: CATALÁ, *Idem*, p. 290.

<sup>69</sup> Segundo Catalá, trata-se de uma cláusula tipicamente alemã, sendo também o critério adotado no modelo de seguros criado pelo *Pool* espanhol. CATALÁ, *Idem*, p. 290.

<sup>70</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 290-291.

contaminação acidental, aquela que não decorra de fatos intencionados ou consentidos pelo empresário<sup>71</sup>.

Polido assinala que de um modo geral, a cobertura limita-se a assegurar a responsabilidade em caso de acidentes ou descargas repentinas, súbitas e/ou inesperadas, excluído sempre qualquer evento doloso<sup>72</sup>.

A maioria das apólices também exclui a responsabilidade por contaminação que não alcança os níveis legalmente tolerados<sup>73</sup>.

### c) Limitações pelo alcance quantitativo e qualitativo da cobertura

De fato, nem todos os conceitos são indenizáveis, nem a cobertura é ilimitada em termos monetários.

Os convênios internacionais sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente contemplam determinados montantes máximos de reparação, que normalmente coincidem com os que se aplicam, por exemplo, ao explorador da instalação nuclear<sup>74</sup>, ao proprietário da embarcação que transporta petróleo e derivados<sup>75</sup> ou ao transportador de mercadorias perigosas<sup>76</sup>. Outros instrumentos internacionais, pelo contrário, remetem à legislação estatal existente sobre a matéria<sup>77</sup>. No âmbito interno, os valores da apólice e do prêmio podem ser estipulados livremente entre as partes contratantes, tal como ocorre, por exemplo, no Brasil<sup>78</sup>. Mas é possível encontrar mercados internos onde existem limitações prévias estabelecidas pelos *Pools* seguradores ou pelas próprias seguradoras, individualmente, como mostra o quadro a seguir:

<sup>71</sup> Idem, p. 291.

<sup>72</sup> POLIDO, 1997, p. 397. Vale destacar que no caso brasileiro, de acordo com a alínea “e”, da cláusula 4, do modelo de apólice adotado, ficam excluídos, os “danos resultantes de dolo ou de atos praticados em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias tóxicas”. A alínea “j” da mesma cláusula exclui da cobertura, inclusive, os “danos decorrentes da negligência deliberada do segurado e/ou de seus empregados ou prepostos em relação ao descumprimento das leis, portarias, resoluções ou de quaisquer regulamentos normativos de autoridades competentes, em relação aos meios de segurança e monitoramento dos riscos ambientais, bem como em relação ao descumprimento, quer de instruções do fabricante de equipamentos, quer de controles regulares, inspeções, manutenções ou ainda pela inexecução de consertos necessários”.

<sup>73</sup> CATALÁ, 1998, p. 291.

<sup>74</sup> O artigo 8º da Convenção de Paris sobre Responsabilidade Civil em Matéria de Energia Nuclear, estabelece limites quantitativos, fixando um teto para o valor da indenização, que corresponde a 15 milhões de Direitos Especiais de Saque (DES - Direitos Especiais de Saque ou sua versão no idioma inglês: *Special Drawing Rights* – SDR, corresponde a uma unidade de valor fixada pelo Fundo Monetário Internacional – FMI, mediante comparação feita entre as diversas moedas dos Estados da comunidade internacional), a cada incidente nuclear.

<sup>75</sup> O Protocolo complementar de 1992 à Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes de Poluição Marinha por Óleo Combustível estabeleceu como teto indenizatório a quantia equivalente a 89,7 milhões Direitos Especiais de Saque (DES) do Fundo Monetário Internacional.

<sup>76</sup> Esta Convenção estabelece, em seu art. 9º, diferentes quantidades que ascendem até 18 milhões de Direitos Especiais de Saque (DES) no caso de morte ou lesões provocadas pelo transporte por carreta ou trem.

<sup>77</sup> Conforme art. 12, da Convenção Lugano.

<sup>78</sup> O modelo de apólice atualmente adotada no Brasil, através da circular PRESI, 023/97 (ainda em vigor, apesar das discussões para sua modificação) não estabelece limites máximos para o valor da apólice ou do prêmio. Assim, cabe às partes determinar os valores, de acordo com os riscos assegurados.

LIMITAÇÃO POR SINISTRO/ANO NOS SISTEMAS NACIONAIS		
Estados Unidos	E.I.L. ( <i>AIG</i> )	Entre US\$ 5 e 15 milhões
	<i>Pool (PLI)</i>	US\$ 2 milhões
França ( <i>Assurpol</i> )	125 milhões de francos (US\$ 18,7 milhões)	
Holanda ( <i>Pool MAS</i> )	25 milhões de florins (US\$ 206 mil)	
Itália ( <i>Pool ANIA</i> )	50 bilhões de liras (US\$ 9,6 milhões)	
Espanha ( <i>Pool PERM</i> )	100 milhões de pesetas (US\$ 751 mil)	
Suécia – <i>Sistema Combinado</i>	Danos materiais: 50 milhões de coroas (US\$ 7,1 milhões)	
	Danos pessoais: 100 milhões de coroas (US\$ 14,2 milhões)	
Japão – <i>Oil Pollution Liability Pool</i>	5 bilhões de ienes (US\$ 24,4 milhões)	

\* Valores aproximados em Dólares dos EUA e obtidos a partir da conversão do EURO com as cotações de 20.02.2004.

Efetivamente, “da amplitude da cobertura dependerá a garantia da reparação integral do dano”<sup>79</sup>. Contudo, parece haver uma concordância unânime na doutrina, de que o fato de se adotar tais limites quantitativos, não impede que a vítima reclame a reparação integral dos prejuízos experimentados. Martin pontua que as vítimas não estão obrigadas a se contentar com a reparação incompleta, pois, por razão de princípio, sustentar o contrário, é sustentar que os prejuízos causados por certas atividades ultrapassam a capacidade humana de previsão. Se fosse realmente assim, completa o jurista francês, não haveria outra escolha a não ser a de renunciar correr tais riscos<sup>80</sup>. Portanto, existentes os riscos, devem ser juridicamente tutelados, objetivando a reparação integral e demandando, inclusive, mecanismos complementares aos seguros e garantias Estatais e internacionais, para cobertura do que exceder os limites do seguro<sup>81</sup>.

Machado acrescenta, ainda que seria injurídico o poder público se omitir em estabelecer que a reparação deve ser integral, impondo um teto máximo que limita a indenização devida à vítima, aceitando, entretanto, o desenvolvimento de uma atividade que envolve riscos de caráter ilimitado<sup>82</sup>.

Por outro lado, os conceitos indenizáveis geralmente contemplam apenas coberturas dos danos corporais, materiais ou patrimoniais provocados a terceiros. Assim se excluem, em essência, a assegurabilidade do dano ambiental autônomo – danos não individuais, de caráter difuso, incidentes sobre a *res communis omnium*. Em razão disso, a margem dos progressos no âmbito internacional, as apólices nacionais excluem de seu âmbito a cobertura dos gastos de limpeza e descontaminação de bens ambientais, que não se inserem no patrimônio de um titular concreto, tais como a recuperação da fauna, a descontaminação atmosférica e dos solos, etc.

<sup>79</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 292.

<sup>80</sup> MARTIN, Gilles. *Le droit a l'environnement – de la responsabilité civile pour faits de pollution au droit a l'environnement*. Lion: Publications Périodiques Spécialisées, 1978, p. 181.

<sup>81</sup> MACHADO, *Idem*, p. 347.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 347-348.

O quadro abaixo<sup>83</sup> mostra os conceitos indenizáveis pelos seguros para riscos ambientais, em diferentes ordenamentos internacionais:

MERCADO/PAÍS	CONCEITO DE DANOS AMBIENTAIS INDENIZÁVEIS
Alemanha	Não faz referência, mas a legislação não contempla o dano ambiental autônomo.
Brasil	Dano físico de natureza pessoal ou material (excluído expressamente o dano moral).
Canadá	Limita à propriedade tangível.
Espanha: <i>Pool PERM</i>	Danos a bens comuns somente se puderem ser reparados ou repostos.
Estados Unidos	Limita à propriedade tangível.
França: <i>Pool Assurpol</i>	Excluídos os danos a bens naturais de uso comum.
Holanda: <i>Pool MAS</i>	Cobre danos a bens pertencentes a alguém e às águas superficiais.
Itália: <i>Pool ANIA</i>	Não faz referência.

“Os últimos progressos em matéria de responsabilidade por danos ambientais pretendem solucionar a efetiva reparação dos danos autônomos, atribuindo a responsabilidade objetiva a sujeito determinado; paradoxalmente, esta tendência não tem encontrado qualquer solução correta no mundo do seguro”<sup>84</sup>, continuando os danos autônomos, sem qualquer asseguração ou garantia que não seja o próprio patrimônio do responsável, que diga-se, diante das peculiaridades do dano ambiental, será quase sempre insuficiente para custear sozinho a recuperação, sem afetar as finanças e o funcionamento da empresa.

#### 4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**4.1** Diante das colocações apostas acima, resta evidente que o seguro ambiental apresenta inegáveis virtudes de natureza preventivas, tais como a exigência de auditoria ambiental, cobrança de franquias elevadas e a possibilidade de direito de regresso em caso de negligência, mostrando-se como mecanismo jurídico apto para dissuadir condutas inconseqüentes em relação ao meio ambiente;

**4.2** No entanto, os seguros para riscos ambientais também padecem de certas limitações, que impossibilitam sua adoção isolada como mecanismos de prevenção dos riscos e de reparação integral do dano;

<sup>83</sup> Fontes: TEIXEIRA, Antônio Carlos. Sem licença para poluir. *Caderno de Seguros*, [s.l.], n. 101, mai./jun. 2000, p. 52 e POLIDO, 2000, p. 51.

<sup>84</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 293.

**4.3** Assim, apesar de se constituir num instrumento complementar necessário, de carácter auxiliar, para a tutela dos riscos e danos ambientais, não é, isoladamente, suficiente para garantir de modo efetivo a prevenção do risco e a reparação do dano ambiental em toda sua plenitude quando esse se concretizar<sup>85</sup>, sendo indispensável sua conciliação com o estudo e o relatório de impacto ambiental, a auditoria e o licenciamento ambiental, bem como outros mecanismos preventivos e repressivos;

**4.4** Diante tais motivos, é possível afirmar que mesmo que os seguros para riscos ambientais passem a admitir a responsabilidade por contaminação gradual ou crônica e superem as dificuldades hoje existentes para se apurar o importe do prêmio, ele parece ainda estar longe de resolver, em todo caso, os seguintes problemas: (I) a reparação no caso de ausência de um responsável identificável, (II) hipóteses em que for impossível demonstrar onexo causal; (III) a reparação do dano, quando incidir uma causa de exclusão da responsabilidade; (IV) a reparação dos danos em caso de dano histórico e contaminação dos denominados *orpham sites*; (V) contaminação intencionada do segurado insolvente; (VI) dano ambiental extrapatrimonial (tendo em vista que nenhum dos sistemas de seguro analisados contempla a previsão de cobertura do dano moral ambiental); (VII) dano ambiental autônomo, alheio a quaisquer efeitos pessoais ou patrimoniais decorrentes da contaminação<sup>86</sup>.

**4.5** Daí que, enquanto mecanismo de prevenção de riscos e de reparação dos danos ambientais, os seguros demandam a atuação conjunta de outros mecanismos complementares que, refulgindo ao carácter individual que norteia as estruturas jurídicas tradicionais de tutela e prevenção de riscos e de imputação dos danos e do dever de repará-los, sejam baseados igualmente num princípio de solidariedade coletiva, tais como os fundos autônomos de indenização conjunta.

<sup>85</sup> CUNHA, *Idem*, p. 507.

<sup>86</sup> CATALÁ, *Idem*, p. 293.







editoração, ctp, impressão e acabamento

**imprensaoficial**

Desde a sua fundação, em 1995, o Instituto "O Direito por um Planeta Verde" cumpre um papel fundamental no desenvolvimento e consolidação do Direito Ambiental brasileiro. Nesse período, o Instituto teve importante participação na elaboração das leis e normas ambientais aprovadas pelo Congresso Nacional e pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente. Reunindo renomados especialistas do país, o Instituto edita a conhecida Revista de Direito Ambiental e realiza cursos em todas as regiões do país. Pelo seu trabalho sério e dedicação, tornou-se uma referência nacional e internacional.

*Senadora Marina Silva, Ministra do Meio Ambiente*

O Instituto "O Direito por um Planeta Verde" é a maior e mais conhecida instituição jurídico-ambiental do Brasil. Integrado por especialistas de todo o país, muitos deles professores das melhores universidades brasileiras, o Instituto em poucos anos se transformou em ator indispensável e sempre presente nos grandes debates ambientais, tanto no Parlamento, como na academia. Seja propondo inovações legislativas, como a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente de 1998, seja opondo-se às tentativas de enfraquecimento das leis existentes, o Instituto, pela sua credibilidade científica e acadêmica, virou um ponto de apoio para todos aqueles que se preocupam com a nossa ameaçada biodiversidade.

*Deputado José Sarney Filho  
Ex-Ministro do Meio Ambiente*

O Brasil conta hoje com uma das mais avançadas legislações ambientais do mundo. Por outro lado, publica-se mais sobre Direito Ambiental aqui do que em todos os países da América Latina somados. Não obstante tantos avanços, continua a degradação dos nossos recursos naturais. Nesse contexto de boa lei e cumprimento insuficiente, o trabalho do Instituto "O Direito por um Planeta Verde" é imprescindível. Responsável por muito do que há de bom no Direito Ambiental brasileiro, o Instituto, pela excelência de seu trabalho, sempre encontra as portas abertas por onde passa. Foi a primeira instituição brasileira a abordar o tema da implementação ambiental. E, mais recentemente, foi também pioneira ao iniciar um Projeto Piloto sobre indicadores de implementação ambiental. O Brasil deve muito aos membros do Instituto "O Direito por um Planeta Verde".

*José Carlos Carvalho  
Ex-Ministro do Meio Ambiente*



Since it was founded in 1995, the Law for a Green Planet Institute has played a fundamental role in the development and consolidation of Brazilian environmental law. In this period, the Institute has participated in the drafting of environmental laws and regulations enacted by the National Congress and the National Council on the Environment. Bringing together renowned Brazilian experts, the Institute publishes the prestigious Revista de Direito Ambiental (Journal of Environmental Law) and conducts capacity-building programs in all regions of the country. Due to its serious and dedicated work, the Institute has become a national and international reference in the field of Environmental Law.

*Senador Marina Silva, Minister of the Environment*

The Law for a Green Planet Institute is the largest and best known legal-environmental think tank in Brazil. With members from the entire country, many of them professors at leading Brazilian universities, the Institute in only a few years has been transformed into an indispensable and always-present participant in the great environmental debates of our country, as often in Parliament as in the academy. At times proposing legislative innovations, such as the Crimes against the Environment Act of 1998, or at times opposing efforts to weaken existing environmental laws, the Institute -- with its academic and scientific credibility -- has become a resource for all those who are worried about our endangered biodiversity.

*Deputy José Sarney Filho  
Former Minister of the Environment*

Brazil today has some of the most advanced environmental legislation in the world. And we publish more on Environmental Law than in all the countries of Latin America combined. Despite such progress, the degradation of our natural resources continues. In this context of good law and insufficient implementation, the work of the Law for a Green Planet Institute is crucial. Responsible for much of what is good about Brazilian environmental law, the Institute, because of its excellent reputation, always finds doors open to it. "Green Planet" was the first Brazilian institution to study the theme of implementation of environmental legislation. And, more recently, it was again a pioneer in initiating a Pilot Project on environmental compliance and enforcement indicators. Brazil owes much to the members of the Law for a Green Planet Institute.

*José Carlos Carvalho  
Former Minister of the Environment*

apoio gráfico

**imprensaoficial**