

## O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO IMPLEMENTADOR DE FUNÇÃO AMBIENTAL

ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN

Procurador de Justiça em São Paulo

*"O homem tem de compreender que as suas repetidas agressões ao ambiente transformam os mecanismos fundamentais da evolução e arriscam-se a provocar o desaparecimento da espécie humana".<sup>1</sup>*

*"Todos os seres humanos têm o direito fundamental a um meio ambiente adequado à sua saúde e bem-estar".<sup>1</sup>*

Parte I — Função ambiental — 1. Introdução: o ambientalismo como fenômeno universal — 2. A evolução da preocupação ambiental e o despertar do direito — 3. Direito Administrativo e Direito ambiental: exportação e importação — A origem da noção de função ambiental — 3.1 Novidade e complexidade do tema ambiental: a migração do Direito Administrativo para o Direito Ambiental — 3.2 A gestão ambiental influenciando a atividade do administrador: a migração do Direito Ambiental para o Direito Administrativo — 4. Os objetivos e conteúdo deste estudo — 5. função como noção proteiforme — 5.1 O comportamento e sua relevância para o Direito — Do ato à atividade — 5.2 A atividade ou missão como noções jurídicas — 6. O desenvolvimento histórico do conceito de função — 7. As diversas acepções do termo função — 8. O conceito jurídico de função — 8.1 A distinção entre direito subjetivo e "potestas" — 8.2 As dificuldades na conceituação jurídica de função — 9. Características essenciais da função — 9.1 O caráter finalístico, homogêneo e de relevância global da atividade — 9.2 A função como um dever-poder — 9.3 A tutela do interesse alheio — 10. Função privada e função pública — 11. As diversas funções estatais — 11.1 O Estado e a divisão de suas funções — 11.2 A visão tricotômica clássica — 12. Função Ambiental — 13.

1. Konrad Lorenz, *Prêmio Nobel* de fisiologia e medicina de 1973.

2. Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development: "Final of the Experts Group on Environmental Law on Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development", in *Environmental Protection and Sustainable Development*, Londres, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1986, p. 38.

A questão ambiental e seus enfoques — 14. Meio Ambiente: do econômico ao jurídico — 15. Elementos da função jurídica ambiental — 16. O sujeito titular da missão — 17. O monopólio estatal contestado: função ambiental pública e função ambiental privada — 18. A função ambiental pública — 18.1 Identificação da função ambiental pública — 18.2 A função ambiental administrativa — 19. A função ambiental privada — 20. O sujeito beneficiário da função ambiental — 21. O objeto da função ambiental — 21.1 A comunalidade como atributo econômico do bem ambiental — 21.2 A comunalidade econômica e seus reflexos na caracterização da função jurídica ambiental — 22. A natureza jurídica do bem ambiental no Brasil e no Direito Comparado — 23. Os bens públicos — 24. Evolução do conceito de bem público — 25. Classificação dos bens públicos — 25.1 Os bens públicos de uso comum — 25.2 Os bens públicos de uso especial — 25.3 Os bens públicos patrimoniais — 26. O meio ambiente como bem público de uso comum — 27. Meio Ambiente como bem público autônomo e unitário — 28. Conseqüências da natureza pública do bem ambiental. Parte II — A implementação da legislação ambiental — O papel do Ministério Público no exercício de função ambiental — 29. Introdução: Os conflitos humanos, a regulamentação legal e a implementação — 30. O Ministério Público e a implementação do Direito — 31. O Meio Ambiente e sua proteção jurídica — 32. A busca de um modelo eficiente de proteção ambiental — Formas de exercício de função ambiental — 33. Conceito de implementação legal — 34. Por que devemos nos preocupar com a implementação legal? — 35. Elementos de uma estratégia de implementação ambiental — 36. Classificação dos modos de implementação — 36.1 Quanto à qualidade de quem provoca a implementação — 36.2 Quanto à perspectiva em que enxerga o dano ambiental — 37. Dificuldades na implementação ambiental — 38. O papel do Ministério Público na implementação ambiental — 38.1 A origem e o desenvolvimento da implementação ambiental pelo Ministério Público — 38.2 Natureza da intervenção — 38.3 Os desafios do Ministério Público — 38.4 As cinco “questões” básicas e o aperfeiçoamento da implementação ambiental pelo Ministério Público — 38.4.1 A questão da especialização — 38.4.2 A questão da independência — 38.4.3 A questão da formação — 38.4.4 A questão das prioridades — 38.4.5 A questão do aparelhamento — 38.4.6 A questão do acompanhamento — 39. Conclusão.

## **PARTE I — FUNÇÃO AMBIENTAL**

### **1. Introdução: o ambientalismo como fenômeno universal**

Nas últimas décadas, principalmente nos anos 70 e 80, a preocupação com o meio ambiente ultrapassou a fronteira das ciências naturais e se

integrou ao dia a dia de políticos, de economistas, de sociólogos e, como não poderia deixar de ser, de profissionais do Direito.<sup>3</sup>

Não se pense que há no zelo ambiental — mesmo no radical, joçosa-mente chamado de *ecoxiismo* — mais um modismo, mais um movimento passageiro da sociedade de consumo. Não, o ambientalismo tem laços firmes com e na realidade humana que o produz e alimenta, estando hoje decididamente apoiado em informações e dados científicos.<sup>4</sup>

Se a consciência ambientalista se espria rapidamente por todo o planeta é porque a devastação ambiental, por sua vez, não mede fronteiras físicas, políticas ou econômicas. Há poluição nos países industrializados e nos países de economia agrária, nos países desenvolvidos e nos países subdesenvolvidos, de vez que “poluição” — ao contrário do que às vezes se acredita — não surge simplesmente como decorrência do crescimento industrial e agrícola. Onde houver seres humanos, haverá poluição”.<sup>5</sup>

## 2. A evolução da preocupação ambiental e o despertar do Direito

A proteção jurídica do meio ambiente aparece, então, como exigência desta situação “sufocante”.<sup>6</sup> Fatores múltiplos — como o esgotamento dos recursos naturais do planeta, a contaminação de alimentos e das reservas de água potável, a destruição da camada de ozônio, a multiplicação dos depósitos de lixo tóxico e radioativo, a erosão dos solos férteis, o efeito “estufa”, a devastação do patrimônio ecológico, histórico e turístico — provocaram uma alteração de rumo na visão clássica de desenvolvimento e no próprio Direito. No processo de criação de soluções para esta “situação sufocante” — contexto e molde das normas legais ambientais — duas rupturas podem ser enxergadas.

A primeira fratura desmontou o antagonismo *defesa do meio ambiente* vs. *desenvolvimento* que caracterizou originalmente o movimento ambiental. Realmente, na década de 70 — exatamente quando o Direito Ambiental recebia contornos mais precisos — “era comum ver-se o debate sobre política ambiental ser posto em termos de crescimento econômico *versus* meio ambiente. A idéia básica era que *ou* se tinha crescimento econômico —

3. Como muito bem assinala Édis Milaré, “A problemática ecológica está na ordem do dia. Basta atentar para as fontes de informação para se ver que as agressões ambientais diuturnamente desfilam nos noticiários”. (Cf., Édis Milaré, *Curadoria do Meio Ambiente*, S. Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1988, p. 17).

4. José Afonso da Silva aponta com precisão que: “A necessidade da *proteção jurídica do meio ambiente* despertou a consciência ambientalista por toda parte, até com certo exagero, mas exagero produtivo, porque chamou a atenção das autoridades públicas para o problema da degradação e destruição do meio ambiente, natural e cultural, de forma sufocante.” (Cf., José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 436 — grifos no original).

5. Keith Hawkins, *Environment and Enforcement*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. XII.

6. A expressão é de José Afonso da Silva (ob. cit., p. 436).

medido pelo aumento da renda *per capita* — ou se melhorava a qualidade ambiental. Qualquer composição entre os dois envolveria uma troca — mais qualidade ambiental significaria menos crescimento econômico e vice-versa.<sup>7</sup> Ora, tal antagonismo mostrou-se, no decorrer dos anos 80, incorreto.<sup>8</sup>

O segundo rompimento atuou sobre o binômio *desenvolvimento econômico vs. crescimento econômico a qualquer custo*. Este último parâmetro, como é notório, embora totalmente insensível à questão ambiental, balizou, por séculos, a evolução da humanidade. Atualmente, já se fala em *ecodesenvolvimento* ou em *desenvolvimento sustentado*, debate este que “tende a alterar o foco da questão, de crescimento *versus* meio ambiente para que um que se refira à *complementariedade* potencial entre crescimento e meio ambiente”.<sup>9</sup>

Rodeado de tão grande polêmica (ou dilemas), de um lado antepondo desenvolvimento *vs.* preservação do meio ambiente, de outro, crescimento econômico *vs.* ecodesenvolvimento, é compreensível, então, que o Direito, como produto das forças sociais, voltasse seus olhos para a questão ambiental.

É nos passos do Direito<sup>10</sup> que o Ministério Público, como órgão implementador natural da função ambiental, também desperta para a matéria.

### **3. Direito administrativo e direito ambiental: exportação e importação — A origem da noção de função ambiental**

Presentemente, falar-se em tutela do meio ambiente leva-nos, quase que automaticamente, ao *Direito Ambiental*, como se todos os esforços preservacionistas estivessem concentrados, com exclusividade, em um setor próprio e bem delimitado da Ciência do Direito. Há aí um grande equívoco. Uma coisa é dizer-se que o Direito Ambiental já adquiriu maturidade suficiente para pleitear sua *autonomia*. Outra, bem distinta, é confundir autonomia com independência, pretender exaurir a tutela ambiental nos limites do Direito Ambiental.

7. David Pearce, Anil Markandya e Edward B. Barbier, in *Blueprint for a Green Economy*, Londres, Earthscan Publications, 1989, p. 19 — grifos no original.

8. Henrique E. Meier, atento administrativista venezuelano, já apontava, no limiar desta década, que havia, em verdade, um “Dilema aparente entre desenvolvimento econômico e a conservação da natureza. Assim, observamos que *em si* o desenvolvimento econômico não é incompatível com a preservação do meio natural, sempre e quando os elementos ou recursos que integram este meio (solos, água, bosques, flora e fauna) sejam explorados racionalmente.” (Cf., Henrique E. Meier, *Estudios de Derecho y Administración del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables*, Caracas, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, 1982, p. 66 — grifos no original).

9. David Pearce, Anil Markandya e Edward B. Barbier, in ob. cit., p. 21 — grifos no original.

10. Por vezes a ele se antecipando.

Essa visão (ou melhor, distorção) concentradora é, de fato, uma novidade em si mesma, não bastasse sê-la a própria idéia de um Direito Ambiental como disciplina autônoma. A *proteção da saúde*, origem do esforço de preservação ambiental, sempre foi vista como matéria a ser estudada, em um plano mais geral, pelo Direito Constitucional, e, em um plano mais específico, pelo Direito Administrativo<sup>11</sup> e, mais recentemente, pelo Direito Sanitário e pelo Direito do Consumidor. Mesmo após 20 anos de germinação, formação e maturação do Direito Ambiental, o Direito Administrativo ainda continua a desempenhar um papel fundamental no esforço protetivo do meio ambiente.

Além de ser o Direito Ambiental<sup>12</sup> cria do Direito Administrativo, são os grandes princípios deste que informam aquele. Logo, não se pode bem entender a proteção ambiental sem que se tenha uma clara percepção de certos conceitos administrativos tradicionais, especialmente os de *função*, notadamente a administrativa (e a partir daí, de *função ambiental*), de ato administrativo (e a partir daí, de *ato administrativo ambiental*), de discricionariedade administrativa (e a partir daí, de *discricionariedade ambiental*), de procedimento administrativo (e a partir daí, de *procedimento ambiental*) e de sanção administrativa (e a partir daí, de *sanção administrativa ambiental*).

Por mais que se desenvolva o Direito Ambiental, por maiores que sejam os traços particulares que imprima aos seus diversos institutos, será no Direito Administrativo que se buscará a formulação original destes. É verdade que noções administrativas arraigadas sofrem um processo de transformação no âmbito do Direito Ambiental. Veja-se, por exemplo, a mutação — ainda em gestação — da licença ambiental ou mesmo da discricionariedade administrativa ambiental. Mas, ainda quando transformados, alterados ou adaptados no confronto com a realidade e as necessidades ambientais — necessidades conectadas à proteção da própria vida — os conceitos administrativos conservam a sua essência. Por isso mesmo, se o prisma jurídico ambiental dá a dimensão final do Direito Ambiental (e do regime ambiental), é correto se afirmar, sem se esquecer outras influências, como a do Direito Civil na questão do dano ambiental, que ao Direito Administrativo compete fornecer a matriz principal sobre a qual o Jurista ambiental trabalhará.

Não se busque, todavia, uma influência em mão única, partindo do Direito Administrativo na direção do Direito Ambiental. Na realidade, entre o Direito Administrativo e o Direito Ambiental há uma via de mão dupla. Um reflete sobre o outro, reciprocamente. Por conseguinte, se o nascimento

11. Isso sem falar do Direito Penal. Como se sabe, o Código Penal Brasileiro dedica diversos tipos à proteção da saúde.

12. Ou, se preferirem, parcela fundamental do Direito Ambiental. Assim é porque temas importantes do conteúdo da nova disciplina jurídica, como a concepção renovada de *responsabilidade civil*, não vão encontrar sua origem e evolução no Direito Administrativo.

do Direito Ambiental, como disciplina autônoma, representou o reconhecimento da importância especial do meio ambiente (como função ambiental) entre os diversos valores sociais, sua formação e desenvolvimento trouxe, como refugo proveitoso, um arejamento de seu molde, do Direito Administrativo.

A dupla exportação — do Direito Administrativo para o Direito Ambiental e deste para aquele — tem lugar em razão de dois fatores principais: a *novidade e complexidade do tema ambiental* e a *aplicabilidade da experiência de gestão ambiental a outros setores sob custódia da Administração*.

### 3.1 *Novidade e complexidade do tema ambiental: a migração do Direito Administrativo para o Direito Ambiental*

O Direito Ambiental surge como produto das dificuldades do Estado em enfrentar, na sociedade industrial, uma *situação nova e complexa*: a degradação ambiental. É aqui que tem início o *primeiro processo de exportação*, caracterizado pela migração de conceitos administrativos fundamentais com vistas à formação do Direito Ambiental.

De qualquer modo, o meio ambiente, mesmo antes da década de 70, não era uma noção totalmente estranha ao Direito e, portanto, ao Estado. Conhecida, sim, mas não essencial ao funcionamento do aparelho estatal. A percepção jurídica do meio ambiente, como universo próprio, é, realmente, recentíssima, mais ainda no plano do exercício de uma função administrativa ambientalmente direcionada. E, além de recente, a temática ambiental é extremamente complexa, envolvendo conhecimentos multidisciplinares ou, em terminologia mais atual, transdisciplinares, ressaltando o prefixo *trans* exatamente a idéia de transporte, de movimento de conhecimentos dentro de uma mesma Ciência e entre Ciências distintas.

Novidade e complexidade, entretanto, não afastaram o Estado da tutela ambiental. É certo que a nova e complexa problemática encontrou o Estado despreparado para gerenciá-la. Mesmo assim, face à incapacidade dos particulares em solucionar, por si sós, os conflitos ambientais, o Estado buscou adaptar-se para atuar adequadamente na proteção da qualidade ecológica. Daí que, na exata proporção da valorização crescente do meio ambiente, mais e mais passou a ganhar destaque (até constitucional) a presença do Estado na sua tutela. O meio ambiente, nessa evolução, deixa de ser uma simples preocupação privada — mera preocupação, sim, já que sequer era admitido como *bem privado* dotado de individualidade própria — e passa a integrar uma categoria mais complexa dos chamados *bens públicos*.

Teoricamente, uma Administração acostumada a lidar com o interesse público não enfrentaria maiores dificuldades no gerenciamento do interesse ambiental. A prática demonstrou, contudo, que a novidade e complexidade do interesse ambiental são de tal monta que a Administração simplesmente não poderia cumprir adequadamente a empreitada de seu resguardo

sem uma reformulação dos princípios, dos instrumentos e inclusive do regime até então utilizados na gestão do interesse público em geral. Daí que não são poucas as vezes em que a Administração Pública, ao atuar na proteção do meio ambiente, se defronta com a incapacidade — incompatibilidade em certos casos — de manuseio eficiente dos bens ambientais, quando se apóia apenas nos instrumentos administrativos clássicos.

### 3.2 A gestão ambiental influenciando a atividade do administrador: a migração do Direito Ambiental para o Direito Administrativo

Impôs-se, portanto, uma adaptação da Administração à nova realidade problemática. Ao mudar para agir com eficiência na proteção do meio ambiente (e este é um processo ainda em curso), a Administração acabou por fazê-lo de tal maneira que findou por incorporar as novas formulações a outras áreas sob seu controle. Opera-se, em consequência, uma transformação da atividade administrativa como um todo, como subproduto de sua atuação em favor do meio ambiente. Eis aqui, por conseguinte, o *segundo processo de exportação*, só que, desta vez, ao inverso, do Direito Ambiental para o Direito Administrativo.

Já se mencionou, na melhor doutrina norte-americana, que o Direito Administrativo moderno “foi enriquecido — se não construído — através dos litígios ambientais”.<sup>13</sup> Coube, assim, pelo menos no Direito dos Estados Unidos, às ações ambientais contestar todos os óbices impostos ao reconhecimento dos valores ecológicos, desafiando e vencendo “as fundações mesmo do Direito Administrativo”.<sup>14</sup> No sistema do *civil law*, com um Direito Administrativo sedimentado, a assertiva pode parecer exagerada. Mas, como destacado acima, o estudioso não terá grandes dificuldades em localizar, dentro do Direito Administrativo continental, setores em franca transformação como consequência do desenvolvimento da função administrativa ambiental.

## 4. Os objetivos e conteúdo deste estudo

O nosso estudo, dividido em duas partes, busca analisar, a partir da noção geral de função, a configuração e o conteúdo da *função ambiental*. O objetivo último é compreender a dimensão e o papel do Ministério Público — como agente de implementação funcional — na tutela do meio ambiente.

13. Frederick R. Anderson, *et alii*, *Environmental Protection — Law and Policy*, Boston, Little, Brown and Company, 1984, p. XXVI. Segundo os mesmos Autores, até o início da década de 70, o Direito Administrativo “oferecia perspectivas pouco acolhedoras para que, com base no argumento de desprezo ou atenção insuficiente do órgão para com os valores ambientais se impugnasse judicialmente atos administrativos” (ob. cit., p. 74).

14. Frederick R. Anderson, *et alii*, ob. cit., p. 74.

Exatamente por inexistirem estudos sobre a função ambiental, seja no Direito nacional, seja no Direito estrangeiro, apresentaremos aqui uma análise preliminar da matéria, não se tendo a mais remota intenção de construir uma teoria original.

Pela via da identificação de uma *função ambiental* (não necessariamente estatal, como veremos) visa-se, fundamentalmente, somar mais um argumento para a autonomia<sup>15</sup> do Direito Ambiental.

O Direito Ambiental, como de resto toda disciplina jurídica, se estrutura sob a égide de princípios e normas próprios, que, por sua vez, giram em torno de um conceito chave, de um instituto que lhes serve de centro gravitacional: a idéia de *função ambiental*.

Conseqüentemente, a busca teórica de uma função ambiental se insere em um contexto mais amplo de esquadramento do sistema, princípios e regime que regem o Direito Ambiental.<sup>16</sup>

15. Segundo a lição preciosa de Celso Antônio Bandeira de Mello, preceptor de uma geração inteira de administrativistas de renome, "há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito" (cf., Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Elementos de Direito Administrativo*, 1.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1984, p. 3).

16. Isto porque, agora adaptando ao nosso tema o comentário primoroso de Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Ambiental, para ter reconhecida sua autonomia, deve ser capaz de apresentar um conjunto de "princípios que lhe são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime" próprio: o regime jurídico-ambiental (Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Elementos... cit.*, p. 3).

Em Palestra proferida no 1.º Encontro Ecológico e de Promotores de Justiça do Vale do Araguaia, realizado na cidade de Goiás, de 29 de junho a 1.º.7.89, Antônio Herman V. Benjamin, Promotor de Justiça de São Paulo, disse, com apoio em Michel Prieur (*Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1984, pp. 73-181), o seguinte: "O Direito Ambiental alicerça-se em cinco princípios básicos que informam toda sua matéria. São eles o princípio de que a tutela do meio ambiente é de interesse público, o princípio da avaliação do meio ambiente na tomada de decisões, o princípio da participação do cidadão, o princípio do controle do poluidor pelo Poder Público e, por último, o princípio do dever de indenizar. O *princípio da natureza pública da proteção ambiental* está na própria Constituição e na legislação ambiental. Existiria, assim, uma *ordem pública ambiental*, já que, segundo a norma constitucional, quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", impõe-se "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225, *caput*). O *princípio da avaliação do meio ambiente*, ou seja, da determinação que se leve em conta o meio ambiente na tomada de decisões ecologicamente significativas, melhor é representado pelo Estudo de Impacto Ambiental. Também tem, hoje, assento constitucional (art. 225, § 1.º, IV). O *princípio da participação do cidadão*, embora não exclusivo do Direito Ambiental, implica o reconhecimento de que a tutela do meio ambiente se faz para o cidadão e em nome dele. Logo, qualquer processo decisório com implicações ambientais significativas e realizado sem a participação do público é *iter viciado*. Este direito à participação tem um antecedente lógico que é o direito à informação, assegurado

Só com um conhecimento geral da função ambiental (Parte I) é que poderemos entender, adequadamente, o que seja implementação ambiental e, em seguida, o papel do Ministério Público na proteção dos bens ambientais (Parte II).

## 5. Função como noção proteiforme

Talvez nenhum outro conceito científico seja mais fluido e mutável que o de função. Cada uma das Ciências — e, dentro destas, cada uma de suas disciplinas — utiliza o termo função em sentido mais ou menos distinto. O Direito, neste contexto, não é exceção.

### 5.1 O comportamento e sua relevância para o Direito — Do ato à atividade

O Direito não é um exercício mental irracional. Sua preocupação se dá em relação à *realidade* social e, nesta, especialmente agregada à idéia de

na nova Constituição (arts. 5.º, XXXIII, e 225, § 1.º, IV, *in fine*). É evidente que o legislador constitucional, ao conferir ao cidadão o direito à informação ambiental, impondo-lhe, ademais, o dever de proteger o meio ambiente, pela via transversal lhe conferiu o direito de, para tal fim, participar, através de acompanhamento, das decisões que tenham impacto ecológico significativo. O legislador ordinário pode, é verdade, reger essa participação, não lhe sendo lícito, contudo, impedi-la, direta ou indiretamente. O vocábulo *participação* aqui não quer dizer que o administrador deve dividir seu poder decisório com o cidadão. Em absoluto será este co-autor da decisão administrativa que permanece restrita à órbita de competência do próprio agente. Mas, ao cidadão é lícito expressar sua opinião sobre as implicações ambientais que o ato possa produzir ... O *princípio do controle do poluidor* pelo Poder Público diz com a necessidade de regramento e fiscalização da atividade produtiva e de desenvolvimento pelo Estado para que os danos ambientais sejam os menores possíveis. Esse princípio, entretanto, não se reduz a uma simples atividade de poder de polícia fundado na repressão de condutas desconformes com a política ambiental. De fato, um de seus aspectos mais relevantes é o da otimização do decisório administrativo, de modo a permitir — em relação a danos potenciais ao meio ambiente — uma certa harmonização entre o interesse da coletividade e outros com ele conflitantes, sejam de origem privada, sejam oriundos do próprio Estado. É esse um trabalho mais educativo que propriamente repressivo. Usa-se, por conseguinte, na aplicação do princípio do controle do poluidor, atual ou potencial, todo um sistema de licenças, autorizações e fiscalização. Deflui expressamente da Constituição que incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, § 1.º, V). Finalmente, o *princípio do dever de indenizar* fundamenta-se na constatação da necessidade de que os custos sociais externos do processo produtivo (danos ambientais, por exemplo) sejam *internalizados* pelos produtores, vale dizer, computados como custos de produção e, dessa forma, partilhado por todos. Entre esses danos estão incluídos não apenas aqueles causados à pessoa e aos bens, como aqueles outros provocados contra a própria natureza. O princípio do dever de indenizar vem previsto na nova Constituição (art. 225, § 3.º, *in fine*). (Confira-se o texto integral da Palestra em “Ministério Público e Proteção ao Meio Ambiente”, in *Boletim — Órgão Informativo e Cultural da Associação Goiana do Ministério Público*, n. 80/6, jul.-ago./1989).

*comportamento humano*. Vale dizer, a atuação do homem desperta e anima o movimento do Direito.

Entre os diversos tipos de manifestação comportamental humana o que melhor se adequa à formulação jurídica clássica é o *ato*, seja como um comportamento positivo (*ato stricto sensu*), seja como comportamento negativo (omissão).

Porém, ao lado dos atos, ou melhor, sobrepondo-se aos atos, é possível enxergar-se um outro tipo de comportamento, mais amplo, mais complexo e, por isso mesmo, de assimilação mais difícil: a *atividade* ou *missão*. Algo que depende ou se liga à concepção de ato, mas que tal não é. Algo que transcende à expressão pontual do ato singular, porém, sem dela se desvincular totalmente.<sup>17</sup>

Será que, ao lado da idéia já bem conhecida de ato, o Direito daria relevância a uma nova categoria — mais ampla e difusa que aquela — apreendida como atividade ou missão que se expressa, em particular na proteção do meio ambiente, numa equação de dever-poder? Esta é a primeira indagação que o nosso estudo deve enfrentar.

## 5.2 A atividade ou missão como noções jurídicas

Os órgãos integrantes do Estado, independentemente do regime a que estão submetidos, praticam atos isolados. Mas além destes, é muitas vezes claramente perceptível um encadeamento lógico em suas ocorrências. Todos os atos estatais se moldam, imediata ou mediatamente, em um contexto mais amplo, mais geral: é o prisma da atividade ou missão.<sup>18</sup> Tanto assim que, comumente, ao se controlar um ato estatal específico, busca-se enxergar além de sua individualidade específica, isto é, além de sua anatomia isolada. É a visão de conjunto que, em tais situações, dá o veredicto final sobre a adequação do ato.

Uma atividade ou missão, em relação à atuação do Estado, “designa uma tarefa definida pelo seu conteúdo: fazer as leis, relacionar-se com os Estados vizinhos, assegurar a satisfação de uma necessidade da população, manter a ordem nas ruas, gerenciar o patrimônio, eis as missões. Uma missão

17. Maria Adelaide Carnevale Venchi, *Contributo allo Studio della Nozione di Funzione Pubblica*, v. II, Pádua, CEDAM, 1974, p. 20.

18. É assim também com o Ministério Público, notadamente na tutela do meio ambiente. O modelo tradicional em que se baseava a Instituição até pouco tempo — hoje, de certa maneira, já superado ou em vias de superação — limitava-se às práticas de atos, quase sempre isolados: o Promotor de Justiça criminal denunciava o crime ambiental, deixando de lado a questão da reparação; o Curador, por sua vez, propunha a ação civil pública despreocupado com a problemática criminal; e ambos fechavam os olhos à prevenção, tema crucial na proteção ambiental. Logo, o novo molde que se pretende para o Ministério Público, inclusive com a introdução de planejamento na sua tarefa implementadora, é um que se alicerce mais na atividade e menos nos atos isoladamente praticados pelos seus integrantes.

define-se, pois, apenas pelo seu objeto, nele mesmo, independentemente de todo problema de regime e, notadamente, de toda questão de atribuição a um órgão".<sup>19</sup> Em tais hipóteses, quando está em questão um traçado comportamental complexo, há atos, mas não é sua individualidade isolada que lhe confere importância. Observa-se, então, que o ato, enxergado panoramicamente, deixa de ser ponto isolado e se transforma, assim, em traçado.

A atividade (ou missão) — como conceito isolado — é relevante para o Direito? Uma resposta apressada à questão, com forte influência privatística, tenderia a lhe negar qualquer relevo jurídico, reconhecendo apenas o ato como valioso para o jurista e para o legislador.<sup>20</sup>

Um segundo modo de divisar a indagação optaria por afirmar a importância da atividade, restringindo-a, porém, à esfera do Direito Público,<sup>21</sup> excluindo-se, por conseguinte, a do Direito Privado.<sup>22</sup> Ou seja, a atividade ou missão teria um valor jurídico apenas quando estivesse inserida em um contexto de Direito Público.

Por derradeiro, uma terceira corrente, a que nos parece mais correta, defenderia que, tanto no Direito Privado, como no Direito Público, a atividade ou missão pode assumir relevo jurídico, desde que a norma lhe conceda um título especial: a qualidade de *função*. Como consequência, os atos — não mais vistos individualmente, mas como globalidade — passariam a ter relevância. É esta *globalização* dos atos que leva certos autores a identificar, sob o plano formal, função e procedimento.<sup>23</sup>

Logo, uma atividade ou missão, para receber a atenção do Direito, submete-se antes a um processo de *funcionalização*. E é a aspiração de *controle* (e também de eficiência) que faz com que uma atividade seja funcionalizada. O Direito não mais se contenta com o controle do ato isolado e exige o seu aferimento de maneira globalizada, descortinado como atividade ou missão. O controlador (seja qual for) cobra do controlado o modo como desempenhou sua função,<sup>24</sup> observando não apenas a forma e conteúdo de cada ato isolado mas, ao revés, atentando também para a

19. Francis-Paul Bénéoit, *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 39.

20. Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/242.

21. Entendido como "sistema de normas dirigidas a regular o fenômeno estatal a que o ordenamento dá lugar, ou seja, à própria pessoa estatal, ao exercício de seus poderes e funções e às relações que deste exercício derivam" (Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 5).

22. Ou seja, "sistema de normas encaminhadas a disciplinar os particulares que integram o complexo social ao qual o ordenamento estatal se refere, assim como a regular as relações que entre aqueles se originam por sua própria vontade" (Renato Alessi, in ob. cit., p. 5).

23. Dario Bortolotti, *Attività Preparatoria e Funzione Amministrativa*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1984, p. 22.

24. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. I, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1970, pp. 438-440.

realidade da integralidade dos atos praticados, ou seja, a perspectiva da atividade ou da missão.<sup>25</sup> A função, dentro desta análise, ganha contornos próprios em decorrência da relevância que é emprestada à atividade como entidade global e autônoma em relação ao ato que é sua manifestação.<sup>26</sup>

Assim, a função, como atividade ou missão com qualidade de autonomia e globalidade, tende, exatamente em decorrência dessas suas características, a buscar — quando não a exigir — um regime jurídico diverso (ou pelo menos próprio) daquele do ato isolado e singular. Daí que a atividade, para servir de base ao conceito de função, seria um conjunto de atos ao qual o ordenamento atribui relevância jurídica no seu próprio complexo.<sup>27</sup> A atividade ou missão seria, então, uma entidade abstrata manifestada através de atos isolados. Só que a sua relevância jurídica depende não apenas do conteúdo dos seus atos mas também da *qualidade jurídica do seu titular*. Por conseguinte, em relação à relevância da atividade para o Direito, não existe uma categoria única e abstrata — um modelo — de *atividade relevante*. Muito ao contrário, o certo é fazer-se referência a *uma atividade relevante*, vale dizer à atividade de uma figura subjetiva determinada.<sup>28</sup>

Em conseqüência temos que uma mesma atividade pode ser relevante ou não dependendo do sujeito a quem é atribuída. É o caso da tutela. Como melhor se verá em seguida, o Direito de Família, em sede privada, é o reduto por excelência da concessão de relevância jurídica a certas atividades. A tutela ocupa, entre todas estas atividades privadas funcionalizadas, lugar de destaque. Sua relevância vem, de regra, atada ao conceito de *munus*, que nada mais é que a visualização da atividade de uma maneira global e autônoma em relação aos atos que a compõem. Só que o *munus* da tutela não é qualidade que afeta todo e qualquer sujeito, agregando-se unicamente ao tutor. Apenas para este, portanto, a atividade ganha relevância, ou seja, é funcionalizada, e transforma-se em dever-poder.

A tutela, portanto, nos dá uma clara mostra de que a relevância da atividade — na maioria das hipóteses — não é aferida apenas por um critério meramente objetivo, necessitando, em acréscimo, de considerações de ordem subjetiva. De modo diverso, como adiante se mostrará, atividades há que são funcionalizadas (ganham relevância jurídica) em relação a *todos* os indivíduos. É a hipótese da atividade de preservação do meio ambiente

25. Quanto ao Ministério Público, foi-se o tempo em que a opinião pública se limitava a cobrar da Instituição o cumprimento de atos determinados (por exemplo, a atuação com rigor em um dado processo rumoroso). Agora, a tônica passa a ser a do questionamento do exercício de funções, vale dizer, de atividades (por exemplo, se o Ministério Público está desempenhando ou não com eficiência a atividade — e são mais o ato — de proteção do meio ambiente ou, ainda, se a Instituição está combatendo ou não a criminalidade como um todo, algo que vai além do combate ao crime isolado).

26. a 28. Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/241-242-251.

que, nos termos da Constituição Brasileira de 1988, é dever-poder de todo e qualquer cidadão.

De qualquer modo, a relevância ou não de uma atividade e, por consequência, o reconhecimento de uma função, depende sempre da estipulação do Direito Positivo. Não há função jurídica por gestação natural ou por predisposição. Só a manifestação legal está apta a lhe dar tal qualidade.

## 6. O desenvolvimento histórico do conceito de função

É na antigüidade clássica que se deve buscar a origem da noção de função.<sup>29</sup> Aristóteles, em sua *Política*, já dava os rudimentos do conceito. Entre os romanos, a função aparece em uma perspectiva mais específica, não mais em relação à soberania do Estado (função soberana), porém como manifestação de uma atividade do ofício relativa à tutela de interesses alheios, vale dizer, como atuação do *officium*. A partir daí se desenvolve a pesquisa na tentativa de se identificar, entre as diversas funções, uma função pública.<sup>30</sup>

A obra de Montesquieu deu novo impulso ao conceito, embora o *Esprit des Lois* em nenhum momento fale em função, limitando sua análise a dois outros núcleos: *pouvoirs* e *puissances*. A Constituição Francesa de 1793 refere-se, expressamente, à *fonctions publiques*, afirmando que a garantia social “ne peut exister, si les limites des *fonctions publiques* ne sont pas clairement déterminés, par la loi et si la responsabilité des fonctionnaires n'est pas assurée”.<sup>31</sup>

Não obstante o emprego esporádico e incerto do conceito de função, a utilização do termo, dentro de uma perspectiva estritamente jurídica, só vem a ocorrer bem mais tarde através dos trabalhos dos pandectistas alemães, a partir da segunda metade do Século XIX. A doutrina alemã passa, então, a fazer uso constante do vocábulo através do aperfeiçoamento da noção de Estado de Direito (*Rechtsstaat* ou *État de Droit*). É aí que se estrutura o conceito de *Rechtsfunktionen*. Tal ocorre, evidentemente, sob a égide da doutrina francesa da divisão dos poderes, fundada em Montesquieu, ou como se queira, da divisão da função estatal, tendendo-se, em tais casos, a se identificar função com atividade.<sup>32</sup>

29. Tome-se a afirmação com as devidas cautelas. A verdade é que, como sucede com a maioria dos institutos jurídicos, é incerta a origem da noção de função. De concreto, sabe-se que, como idéia, embora largamente utilizada na Alemanha e na Itália, não é invenção nem da doutrina alemã, nem da doutrina italiana. Como mostraremos, surge — de maneira rudimentar é verdade — com os gregos e romanos, só bem posteriormente ganhando maior destaque na formulação dogmática dos pandectistas (cf., Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. II/4).

30. Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. II/8-9.

31. Art. 24 — grifos nossos.

32. e 33. Maria Adelaide Carnevale Venchi, in ob. cit., vol. II, pp. 4, 10-11 e 221.

É interessante observar que, paralelamente ao fortalecimento da concepção de *Rechtsfunktionen* no Direito alemão, o Direito francês deixa de lado o sentido original da expressão *fonction publique* e *fonction juridique*, passando a utilizá-las muito mais na descrição dos serviços públicos do que propriamente na caracterização da atividade mais ampla do Estado. O Direito italiano, finalmente, conjuga a doutrina alemã com a de origem francesa, apresentando-se, pelo menos nesta matéria, muito mais influenciado por aquela do que por esta.

## 7. As diversas acepções do termo função

O vocábulo função não tem um único sentido semântico. Mesmo no Direito, é comum encontrá-lo com mais de um significado. Em doutrina já se alertou para a “extrema relatividade” de seu conceito.<sup>33</sup> Além de seu significado vulgar, pode-se identificar tantos outros quantos sejam as diversas ciências.

A biologia (“a ação própria ou natural de um órgão”), a matemática (“a correspondência entre dois ou mais conjuntos”), a química (“o agrupamento de átomos que atribui a uma classe de substâncias, em cujas moléculas se localiza, um comportamento químico específico e mais ou menos uniforme”) e outras ciências têm entendimentos distintos para o termo função.

Em linguagem vulgar, a expressão é empregada com o sentido de utilidade, uso, serventia.<sup>34</sup> Com esta mesma conotação o termo também tem sido empregado pelo Direito (função da empresa, função da sociedade, etc.). Este é o prisma adotado até pela Constituição Brasileira de 1988 quando fala em “função social da propriedade”.<sup>35</sup> Busca-se, com sua aplicação neste sentido, ressaltar a idéia de “finalidade” e de “papel” a ser desempenhado pela coisa ou instituto. Trata-se, evidentemente, apesar de sua incorporação e aceitação no sistema positivo, de significado juridicamente defeituoso. Em outras ciências — que não o Direito — seu uso é perfeitamente admissível.<sup>36</sup>

Nenhuma dessas noções têm a ver com o significado original de função (mantido pelo Direito Administrativo), qual seja o de “atividade relevante pela sua globalidade”. Todavia, mesmo quando aplicado em sentido próprio pelo Direito Administrativo, o vocábulo função se mostra sujeito à alteração, não especificamente de conteúdo, mas de extensão. Fala-se, então, em função disciplinar, em função normativa e em função ambiental. A doutrina francesa, por sua vez, distingue entre *fonction-objet* e *fonction-but*. O Direito italiano, em seu turno, refere-se a uma *funzione*-

34. “Esta caixa não tem função”, segundo o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

35. Art. 170, III.

36. Massimo Severo Giannini, *Diritto...* cit., p. 441.

*ufficio*, indicativa da atividade de um ofício,<sup>37</sup> a uma *funzione-compito* e a uma *funzione-scopo*.<sup>38</sup>

## 8. O conceito jurídico de função

Ao estudar a noção jurídica de função, a primeira constatação do Jurista tem a ver com a incerteza que ainda paira sobre o tema. Incerteza essa que decorre especialmente das influências que os inúmeros conceitos extrajurídicos exercem sobre a formulação propriamente jurídica do termo.

### 8.1 A distinção entre direito subjetivo e “potestas”

Uma perfeita inteligência do que seja função — em sentido jurídico — depende da distinção entre *exercício de poder* e *exercício de direito*. A função jurídica relaciona-se, de modo bem próximo, com a idéia de exercício de poder. Poder, como se sabe, é o *genus* que compreende: poder em sentido técnico (ou restrito) e direito subjetivo. O poder, em sentido técnico (*potestas*), seria o meio através do qual um determinado sujeito cumpre uma função que lhe compete em decorrência de um certo ofício, público (o do Magistrado ou do Ministério Público, por exemplo) ou privado (o do tutor, por exemplo). Normalmente, a noção de poder se completa com a de dever.<sup>39</sup>

O poder teria, portanto, um *caráter instrumental*, sendo unicamente um meio destinado à realização de um fim específico, apresentando, como seu antecedente, um dever, com verdadeira qualidade de *prius*. A função — tendo por base um ofício ou *munus* — seria a força motora entre estes dois dados complementares: o dever e o poder.

### 8.2 As dificuldades na conceituação jurídica de função

O conceito de função pode ser alcançado a partir de sua etimologia: “provém de *fungere* que significa fazer, cumprir, exercitar, que a sua vez deriva de *finire*, pois que dentro do campo das relações jurídicas, de qualquer classe que elas sejam, a função significará toda atuação por razão de um fim jurídico em sua esfera dupla de privada e pública”.<sup>40</sup> A ex-

37. *Uffici* caracterizar-se-ia por ser a posição estável para o exercício de uma determinada função, de regra conectada à idéia de *munus*. Confira-se Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/347-348.

38. Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/230-231.

39. Salvatore Pugliatti, *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1935, p. 23.

40. José Pablo de la Herrán de las Pozas, *Derecho Notarial*, Madri, Ed. Aguilar, 1946, p. 20. *Apud* Andres Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., México, Librería de Manuel Porrua, 1968, p. 112.

pressão vem do “latim *funcione(m)*, que se prende à mesma raiz do verbo depoente *fungor, eris, junctus sum, fungi*, temos a forma portuguesa *função*. O sentido de *fungi* é *executar, cumprir, desempenhar*. O sentido de *functio* é *execução, cumprimento, desempenho*. Os latinos empregavam o vocábulo na mesma acepção que hoje lhe damos”.<sup>41</sup>

Juristas de escol apontam dificuldades em se chegar a um conceito jurídico universal de função.<sup>42</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, em um desses lampejos de felicidade que lhe são tão peculiares, “que a palavra função, em Direito, tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. *Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à contra de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio*”.<sup>43</sup> E conclui dizendo que “Tem-se função em Direito quando o exercício de um poder corresponde ao desempenho de um *dever*: o de implementar no interesse de outrem uma finalidade preestabelecida pela regra de direito”.<sup>44</sup>

Em princípio, como formulação jurídica, é função toda atividade exercida no interesse geral ou no interesse alheio. Compõe-se, em síntese de uma missão. Pressupõe sempre a idéia de *ofício*, público ou privado, que é sua base concreta. A função é, assim, um conceito dinâmico que exprime a movimentação interna do ofício no sentido de tutelar interesse público

41. José Cretella Júnior, *Natureza Jurídica da Função Pública*, S. Paulo, Saraiva, 1953, pp. 17-18 — grifos no original.

42. Em sede de Direito Público, o conceito de função pode ser alcançado pela via de uma visão artística ou por intermédio de uma visão científica. Aquela se baseia numa concepção futurística do que deve ser o regime político ideal. Mostra-se como uma obra do espírito, não propriamente como uma obra científica. É a formulação original de Montesquieu e de seus seguidores. Já a conceituação científica, diversamente, firma-se na análise do Direito Positivo, em um dado momento. Importa-lhe, portanto, a verificação objetiva das situações concretas consagradas pelo Direito posto. Por isso mesmo, diz-se que “a noção de função não tem valor científico a não ser na medida em que exprima as realidades do Direito Positivo” (Francis-Paul Bénéoit, ob. cit., p. 36).

Na melhor doutrina francesa, a idéia de função está conectada à de missão, só que de missão como “categorias homogêneas” (Francis-Paul Bénéoit, ob. cit., p. 27). Uma função seria, então, “uma categoria de missões constituintes de um todo homogêneo” (Bénéoit, ob. cit., p. 32). Teria na *homogeneidade* seu traço marcante. Em síntese: “A função, no sentido científico do termo, é, portanto, uma categoria de missões que compõem um conjunto homogêneo por seu regime, e notadamente levando-se em consideração sua atribuição a um órgão determinado, elemento essencial deste regime. A análise científica das funções deve, assim, ter por objetivo exprimir globalmente o conjunto indissociável que constitui o órgão e as missões que assume” (Bénéoit, ob. cit., p. 40).

43. C. A. Bandeira de Mello, in “Desvio de Poder”, RDP 89/26, jan.-mar./89 — grifos no original.

44. C. A. Bandeira de Mello, “Legalidade, Motivação do Ato Administrativo”, in RDP 9/60, abr.-jun./89.

ou privado alheio.<sup>45</sup> A função opera no mundo externo, transformando a energia potencial em energia cinética, como expressão de um dever-poder.<sup>46</sup>

Para nós, enfim, função seria a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder.

## 9. Características essenciais da função

Com que se depararia o Jurista ao fazer a dissecação da função, como instituto jurídico? Em outras palavras, quais seriam as características essenciais da função?

Decompondo-se o nosso conceito acima enunciado, é de se concluir que três são as características essenciais da função, seja ela privada, seja pública: a) é uma *atividade*; b) exercida como *dever-poder*; e c) em *favor de terceiro*.

Como já se fez referência, a atividade é qualificada pelo seu *traço finalístico* (a função não é um fim em si mesma, apresentando-se, ao revés, como simples instrumento da finalidade que lhe impõe o Direito Positivo, ou seja, é finalisticamente dirigida), pela sua *relevância global* (isto é, do primeiro ao último ato, até a consecução do resultado esperado) e pela sua estrutura *homogeneizada* (vale dizer, com um regime jurídico unificado).

Por outro lado, em cada função ocorre a manifestação de um *dever-poder* (ofício, *munus* ou *potestas*), assim imposto em razão da importância social do bem jurídico protegido. Finalmente, o dever-poder é exercido em *proveito de terceiro* (mesmo que indiretamente beneficie o titular do *munus*).

45. Em síntese, segundo lição abalizada, função seria, no plano da Teoria Geral do Direito: "l'attività di una figura soggettiva volta alla cura di un interesse alieno, che ha come elementi tipicizzanti la rilevanza nei confronti di un'altra figura soggettiva, nella sua globalità, e normalmente, la presenza di una potestà, attribuita al titolare della funzione relativa. Attività che si esprime nella forma del procedimento" (Maria Adelaide Carnevale Venchi, in ob. cit., v. I/400). Ou, em outras palavras: "l'attività di una figura soggettiva volta alla cura di interessi alieni, che ha come elementi tipicizzanti la rilevanza, nella sua globalità, nei confronti di un'altra figura soggettiva, e normalmente, la presenza di una potestà attribuita al titolare della funzione relativa. Attività che si esprime nella forma del procedimento e che è necessariamente collegata ad un ufficio (*rectius*: centro di riferimento)" (Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. II/21).

46. É a lição de Pugliatti; veja-se Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/193-194. Seguimos, aqui, os passos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que enxerga a equação poder-dever como sendo, em verdade, dever-poder. Não se trata de simples inversão de efeito. Pressupõe uma percepção democrática do exercício do poder, não mais como fim em si mesmo, mas estritamente tolhido pelas fronteiras do dever.

## 9.1 O caráter finalístico, homogêneo e de relevância global da atividade

A função não tem uma realidade estática. Existe enquanto entidade dirigida a um objetivo específico. É de sua natureza a *atuação cinematográfica*. Mas a função não é apenas movimento. É movimento orientado, *finalisticamente produzido*. É, pois, veículo, sim, porém, veículo impulsionado, com destino certo.<sup>47</sup>

Ao lado da característica finalística, a função tem uma *qualidade de globalidade* e outra de *homogeneidade*.

Os atos individuais que a compõem — embora mantendo sua realidade própria — só são importantes na medida em que servem para a apreciação do conjunto funcional. Ninguém indaga a respeito da legitimidade de um ato inserido no contexto funcional com a preocupação única e exclusiva de examiná-lo como objeto que se basta a si mesmo. Só a visão de globalidade — não pontual, portanto — justifica tal esforço. É o ato visto em si mesmo mas como antecedente ou conseqüente de outros atos igualmente importantes. Em termos de geometria, a função estaria, então, mais para a reta do que para o ponto, ou, em outras palavras, mais para o globo do que para os continentes. É o matiz da globalidade presente em toda função.

Só que a reta não pode estar submetida a forças múltiplas. Sobre ela deve agir apenas uma força — um único regime jurídico. É o critério da homogeneidade estrutural da função. Assim, só o regime jurídico da curatela delimita o comportamento do curador. Do mesmo modo, o tutor tem por parâmetro único o sistema instituído pela tutela.

## 9.2 A função como um dever-poder

No exercício de uma função o sujeito faz uso de um poder porque, anteriormente, lhe é imposto um dever. Logo, na função, a equação correta não se apresenta como poder-dever mas sim como dever-poder, de vez que este é secundário em relação àquele que é primário. É o dever que determina e legitima o poder, justificando-se este apenas na medida da necessidade daquele.<sup>48</sup> Na função, em tal concepção moderna, o *poder*

47. É neste sentido que se diz que o Estado exerce função porque ele age com vistas ao resguardo do interesse público, assim como o tutor comporta-se funcionalmente porque persegue a tutela do interesse maior do tutelado.

48. Francesco Carnelutti vislumbra *potestas* em que não há uma obrigação de exercício, ou seja, função em que a equação não é bipolar, com um dever e um poder simultâneos. Conforme suas palavras, "Há portanto, *potestates* livres e *potestates* obrigatórias, e, entre estas últimas, algumas cujo exercício é obrigatório na medida em que depende de um direito de outrem. Tipicamente livre é a *patria potestas*, já que se considera que a *affectio* do pai constitui um estímulo suficiente para reforçar o estímulo genérico constituído pelo interesse público à boa educação

deixa de ser senhor e transmuda-se em vassalo do dever. Daí que, em precisão técnica absoluta, o correto é vislumbrar-se na função o somatório de uma atividade e de uma missão: esta significando o dever e aquela, o exercício do poder. Caberia, então, à missão (dever) a determinação do conteúdo, direcionamento e extensão da atividade (poder). A missão seria a camisa de força que limitaria a atividade.<sup>49</sup> É a instrumentalidade do poder em relação ao dever.<sup>50</sup>

Em síntese, segundo doutrina autorizada, em havendo função, a seqüência é a seguinte: o ofício impõe ao sujeito *re ipsa* o dever de cumprir a missão específica que constitui seu fundamento; o cumprimento de tal atribuição concretiza-se pelo exercício do poder criado para tal fim e conferido ao sujeito titular do ofício.<sup>51</sup> Por conseguinte, o dever é um *prius* em relação ao poder.<sup>52</sup>

dos menores. Livre é também, em princípio, a *potestas* legislativa, já que identicamente se supõe que as garantias fornecidas pela escolha das pessoas às quais é atribuída, excluem o perigo de uma deficiente sensibilidade ao interesse público. Tipicamente obrigatória é, por seu turno, a *potestas* judiciária". Como deflui da lição do grande mestre, não é que nas *potestates* livres não exista dever: simplesmente o dever está implícito na própria concessão do poder (Francesco Carnelutti, *Teoria Geral do Direito*, trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, v. 1/260, S. Paulo, Livraria Acadêmica, 1942).

49. No sentido do reconhecimento do *traço de dever* no exercício da função, veja-se Dario Bortolotti, in ob. cit., p. 17.

50. Neste sentido, a preleção valiosa de Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "A idéia de função — e, pois, a idéia de função administrativa — reclama do intérprete a intelecção de que o sujeito que a exerce recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhes justificou a outorga. Onde, o poder, em casos que tais — e assim é irrestritamente no Direito Público — tem caráter apenas instrumental. Ele não se constitui, se assim nos podemos exprimir, em um bem em si mesmo, pois o bem (sagrado na ordem jurídica) é a finalidade estampada na lei. A valia do poder, a utilidade e o sentido dele, resumem-se em consistir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente administrativo não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Desvio...* cit., p. 26).

51. Salvatore Pugliatti, *Esecuzione...* cit., pp. 23-24.

52. É lapidar a palavra de Pugliatti: o dever é o elemento essencial do poder, já que "esso infatti è il momento dinamico che collega l'interesse (alieno) all'attività del soggetto, che della cura di tale interesse è investito. Senza il momento del dovere non vi sarebbe contatto tra il potere attribuito al soggetto e l'interesse *non appartenente* ad esso; il dovere invece, incatenando potere e interesse, trasforma questo in interesse a cui è legata l'attività del soggetto, e quello in potere, che è proprio del soggetto, in virtù dell'obbligo di realizzare l'interesse" (Salvatore Pugliatti, *Esecuzione...* cit., p. 75 — grifos no original).

### 9.3 A tutela do interesse alheio

Toda função implica em gasto de energia própria para benefício de outrem. Contudo, não há nela simples *representação* do interesse alheio. Entre a representação convencional e o exercício funcional só há um elemento comum: ambos atuam em favor de interesse alheio. O titular da função age, ao revés do representante convencional, em nome próprio e em cumprimento de um dever igualmente próprio. O representante convencional atua em nome de outro e exercita o direito do representado.<sup>53</sup>

É a relevância social atribuída ao bem jurídico tutelado que cria a obrigatoriedade do exercício da atividade.

Não se veja, entretanto, no atuar compulsório em favor de terceiro, qualquer ranço de injustiça. É que a atividade, direta ou indiretamente, acaba por beneficiar igualmente o titular do *munus*.

## 10. Função privada e função pública

A noção de função, assim como a de ofício,<sup>54</sup> não se limita ao Direito Público, já que também é usada no Direito Privado, não obstante seja mais comum naquele. Tampouco é uma noção de Direito Administrativo. Pertence, em verdade, à Teoria Geral do Direito e, a partir desta, espalha-se pelas diversas disciplinas jurídicas.<sup>55</sup>

53. e 54. Salvatore Pugliatti, *Esecuzione...* cit., p. 27.

55. É sempre bom repisar a não exclusividade da noção de função. Nenhum dos dois grandes ramos do Direito é titular único do instituto. Paira, realmente, acima deles. De qualquer modo, não se imagine que o conceito assuma um *status* universal. Veja-se o caso dos Direitos norte-americano e inglês, onde a idéia de função, pelo menos como a moldamos, é absolutamente desconhecida. Sequer tem o conceito de função aplicação uniforme nos diversos países europeus. Basta que se lembre a sua compreensão diversificada no sistema germânico e no sistema francês. Tais fatos, por si só, já bastam para lhe dar uma dimensão de grande relatividade, dependente sempre da realidade histórico-social em que se manifesta (Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. II/4-6). E, mais que tudo, do traçado determinado pelo Direito Positivo vigente. É esta também a opinião abalizada de Carlos Ari Sundfeld para quem o balizamento das diversas funções, estatais ou não, recepcionadas pelo ordenamento há que ser buscado no próprio direito posto, de vez que, em se fazendo "um estudo jurídico, baseado no direito positivo vigente, os critérios não de brotar dele. Nenhuma utilidade tem uma distinção se não servir à compreensão do direito posto. Logo, a identificação de várias funções deve ser feita em atenção à existência de um diverso regime jurídico sob o qual são exercidas" (Carlos Ari Sundfeld, in "Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados", in RDP 18/126, 1985).

No Direito Privado basta citar, como exemplos, a tutela, a curatela, a execução testamentária,<sup>56</sup> o comando de navio,<sup>57</sup> a administração das fundações de Direito Privado,<sup>58</sup> e as atribuições de síndico na massa falida.<sup>59</sup> Por isso mesmo, é lícito falar-se em *função privada* e em *função pública*,<sup>60</sup> como duas espécies diversas de um mesmo gênero.<sup>61</sup>

Não há distinção ontológica entre as funções privadas (ou de Direito Privado) e as funções públicas (ou de Direito Público). O que existe é diferença de disciplina normativa, de vez que o objeto de uma é distinto do da outra.<sup>62</sup> Ademais, afeiçoado o sistema privado ao cânon da autonomia da vontade, não é de surpreender que a teoria da função se manifeste, no plano do Direito Privado, com um olho naquele e outro no interesse público.

Uma primeira possibilidade de distinção seria afirmar-se que as funções públicas teriam por objeto interesses públicos — daí sua disciplina sob o *manto da autoridade* — enquanto que as funções privadas teriam como objeto interesses privados — daí sua disciplina sob o *manto da paridade*.

Em outras palavras: a função privada, como ofício privado, seria constituída para a tutela de interesse privado que a comunidade jurídica não pode descuidar; diversamente, a função pública, como ofício público, seria constituída pela atuação — imediata — de um interesse público.<sup>63</sup> Não é este, por certo, o melhor critério para a distinção entre as funções públicas e as privadas, já que entre o interesse privado e o interesse público jamais pode haver paridade. O que há é supremacia deste sobre aquele. Além disso, as funções privadas, como se sabe, também têm um largo conteúdo público.

Uma segunda tentativa de distinção poderia partir da qualidade autoritária encontrada no modo de exercício da função pública. Não convence tampouco. Toda função decorre da concessão de um poder que é atri-

56. a 59. Maria Adelaide Carnevale Venchi, in ob. cit., v. I/244, 328-333, 335 e 357.

60. Celso Antônio Bandeira de Mello, com luminosa percuciência, assinala exatamente tal aspecto: “também no Direito Privado existe função, conquanto seja muito mais rara, exatamente porque no Direito Privado rege sobranceira a idéia da autonomia da vontade. Daí remanescer-lhe espaço pequeno, restrito a alguns institutos. De revés, como no Direito Público a idéia retora é a de finalidade, nele é que a função exerce papel dominante. Sem embargo, no Direito Privado, toda vez que se põe em pauta instituto submisso à tônica de função, ninguém hesita em sacar as interpretações consequentes e apropriadas. Quando são examinadas a tutela, a curatela ou o pátrio poder, a ninguém acudirá interpretar problemas surdidos ao propósito desta temática privilegiando os poderes do tutor, curador ou pai, ao invés de tomar em conta, acima de tudo, os interesses do tutelado, curatelado ou filho. Corretamente, todos entenderiam que os poderes que calham aos exercentes das funções em causa lhe assistem para a proteção dos interesses dos representados ou assistidos” (Celso A. Bandeira de Mello, *Desvio...* cit., pp. 26-27).

61. e 62. Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/240-401.

63. Salvatore Pugliatti, *Esecuzione...*, cit., p. 45.

buído autoritariamente em razão de um dever. Inexiste função dotada unicamente de cedência, deixando-se seu exercício — ou não — ao talante do titular do *munus*. Tal vale tanto para as funções públicas, como para as privadas.

Finalmente, em uma terceira perspectiva, outros autores preferem ver na *localização subjetiva* da função o dado essencial para a sua caracterização como pública ou privada: <sup>64</sup> “Designa-se usualmente pelo vocábulo *função* qualquer atividade exercida por um órgão para a consecução de um fim. Se o fim que tem em vista diz respeito aos interesses de uma coletividade, diz-se *pública a função*”. <sup>65</sup>

Parece que, não sendo possível uma rígida diferenciação substantiva (de conteúdo) entre função pública e função privada, o melhor critério seria o subjetivo. Só que, em vez de se ter em conta o ângulo do beneficiário, o melhor é se buscar o prisma do titular do *munus*: quando estatal, presente está a função pública; quando privado, presente está a função privada.

Havendo — como afirmamos — funções públicas e funções privadas, manifestar-se-iam as diversas funções sempre do mesmo modo? Ou, ao revés, seria possível a identificação, conforme a forma e conteúdo da atividade funcionalizada, espécies diferenciadas dos gêneros função pública e função privada? Tal indagação, no que tange à função pública, só permite uma resposta adequada através da anatomia — mesmo que superficial e rápida — do próprio Estado, titular por excelência de seu exercício.

## 11. As diversas funções estatais

O Estado, como já referido, é titular de um grandioso *munus*: a tutela do interesse público. Através da função estatal (meio) chega-se ao resguardo do interesse público (fim). Função estatal e interesse público, portanto, são noções inseparáveis. Se é certo que o interesse público orienta todo o exercício de função pelo Estado, também é verdade que a atuação estatal encontra-se submetida a diversos tipos de moldura, isto é, responde a regimes jurídicos distintos. Daí que, ao lado de um gênero extremamente amplo, vagamente denominado *função pública*, identificamos subespécies e, entre estas, categorias ainda menores de manifestação funcional pelo Estado.

### 11.1 O Estado e a divisão de suas funções

Ninguém põe em dúvida que o Estado moderno — assim como já ocorria na antigüidade — exerce múltiplas tarefas que vão da produção de leis e normas para o regramento do grupo social ao julgamento dos

64. Maria Adelaide Carnevale Venchi, ob. cit., v. I/27.

65. José Cretella Júnior, *Natureza...*, cit., pp. 17-18 — grifos no original.

litígios decorrentes de interesses conflitantes, que vão da manutenção da ordem pública, inclusive com a defesa contra os inimigos externos, à prestação de serviços básicos como saúde, habitação, transporte e educação.

Missões tão distintas e em tão grande número, todas amarradas a um único sujeito! A dificuldade maior, contudo, não está na identificação das inúmeras funções exercidas pelo Estado, mas sim na sua classificação dentro de um sistema que melhor permita sua compreensão e disciplina. Os critérios são os mais diversos, sempre, contudo, diretamente dependentes da análise do Direito Positivo.

O nosso intuito aqui não é investigar, em profundidade, as diversas funções do Estado. Como já mencionamos em nossa introdução, o nosso objetivo último é, através da decomposição das funções estatais, chegar à função administrativa e, a partir dela, à função administrativa ambiental.<sup>66</sup>

Seria possível, então, neste emaranhado de missões, identificarmos, claramente, funções estatais diferenciadas? É o que se verá através da análise do poder estatal e da anatomia de suas funções.

### 11.2 A visão tricotômica clássica

A partir de Montesquieu, a pregação em favor da fragmentação do poder estatal firmou-se, tanto na Ciência Política, como na Ciência do Direito. A idéia de que um poder dividido é um poder mais democrático (ou pelo menos com menor inclinação para o despotismo) é tida hoje como uma verdade imutável. Daí que, embora sendo o poder estatal um ente único, suas *funções* podem ser separadas, com isso moldando-se uma *função legislativa*, uma *função jurisdicional* e uma *função administrativa*. É a *trindade* a que se referia o clássico Otto Mayer.<sup>67</sup>

A cada uma dessas funções corresponderia, em princípio, um tipo distinto de órgão: os órgãos legislativos para o exercício da função legislativa, os órgãos judiciais para o exercício da função jurisdicional e, finalmente, os órgãos administrativos para o exercício da função administrativa. Historicamente, as três funções, antes congregadas em uma só (formando o governo), foram se destacando gradativamente. Em outras palavras: no princípio tudo era governo. Primeiro desmembrou-se a função jurisdicional, tendo início a distinção entre “os assuntos de governo e os assuntos de justiça”. Em seguida, “com a formação do novo Direito Constitucional”, toma corpo próprio a função legislativa. Finalmente, destaca-se a função administrativa.<sup>68</sup>

66. Neste sentido, é extremamente acertada a opinião de Carlos Ari Sundfeld para quem, na identificação da função administrativa, “é preciso efetuar uma classificação do todo da atividade estatal, da qual a administrativa não é senão uma parcela, homogeneizada por caracteres próprios” (Carlos Ari Sundfeld, artigo cit., p. 126).

67. e 68. Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, v. I/2-3.

Estivessem as diversas esferas de atuação do Estado tão cristalina-mente delimitadas, não haveria maiores dificuldades na identificação do conteúdo das diversas funções. Ao revés, os problemas são muitos, de vez que “cada órgão não se limita unicamente à função que lhe corresponde e, portanto, a separação de funções, quanto à atribuição destas a órgãos diferenciados, se realiza tão-só imperfeitamente. Daí também a dificuldade de encontrar a noção que identifique plenamente cada uma das funções estatais”.<sup>69</sup>

A noção de funções do Estado está conectada àquela de *fins* do Estado. Estes seriam as metas, os objetivos e os propósitos que orientam o Estado. Aquelas, diversamente, são os meios que permitem ao Estado alcançar os seus fins.<sup>70</sup> O Estado não divide seus fins, mas, para bem cumprir estes, fragmenta suas funções. As diversas funções estatais, em relação aos fins do Estado, não se distinguem: buscam todas a realização destes. O que as diferencia “é a maneira diferente com a qual devem servir a tal realização”.<sup>71</sup>

A formulação de Montesquieu, embora referendada mundialmente pela grande maioria das Constituições democráticas e pelos doutrinadores, não é dotada de inatacabilidade, de valor objetivo absoluto.

Tal modelo clássico, de contorno tripartite, é, aqui e ali, contestado. Vale citar, nessa linha, tanto no estrangeiro,<sup>72</sup> como no Brasil,<sup>73</sup> as posições reducionistas dicotômicas, ou seja, aquelas que enxergam bipartição e não tripartição no Estado.

## 12. Função ambiental

A função ambiental, espécie do gênero *função*, é um fenômeno jurídico de manifestação recente. Esclareça-se: o fenômeno ambiental é anterior ao próprio homem; a sua percepção jurídica é que só começa a tomar forma (ou importância) nos últimos anos. Surge ela como resultado das

69. Agustin Godillo, *Princípios Gerais de Direito Público*, trad. Marco Aurélio Greco, S. Paulo, Ed. RT, 1977, p. 110.

70. Andres Serra Rojas, ob. cit., p. 110.

71. Otto Mayer, ob. cit., p. 4.

72. No Direito Comparado, cabe destacar a postura de Francis-Paul Bénéoit. O Autor francês nega a tripartição do poder. Sua formulação parte da distinção de uma dupla personalidade para o Estado: o Estado-Nação e o Estado-Coletividade. Tal ocorreria em razão da heterogeneidade das missões conferidas ao Estado e, particularmente, como decorrência da subordinação, no seu exercício, de certas missões a outras (ob. cit.).

73. No Brasil, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — ao dizer que as funções do Estado são apenas duas, a função administrativa e a função jurisdicional — adotou uma posição original quanto à fragmentação das funções estatais, não obstante reconhecesse que a sua tese “contraria a acolhida pelos Juristas” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 37).

grandes transformações por que tem passado o processo de desenvolvimento, transformações essas que refletiram diretamente no trabalho de formulação do Direito.

A evolução — quase que revolução — tem sido rápida, retirando, em questão de anos, a atualidade de teorias e estudos jurídicos ambientais. É como se, de uma hora para outra, o Jurista descobrisse que, pelo menos no que tange à proteção da vida — divisada no seu prisma qualitativo — os princípios e teorias jurídicos tradicionais, assim como os instrumentos legais, mais atrapalhavam do que propriamente auxiliavam nesta imensa tarefa.<sup>74</sup>

### 13. A questão ambiental e seus enfoques

A questão ambiental tem inúmeras facetas. Nos dias atuais, entretanto, duas delas se sobressaem: a da *análise ambiental* e a da *proteção ambiental*. São duas vertentes complementares e sua decomposição se dá apenas para fins didáticos. O trabalho analítico visa estudar, em profundidade, o meio ambiente e a sua deterioração. Predominantemente, constata. O trabalho protetório, ao revés, com base na realidade descoberta pela análise ambiental, busca mecanismos eficientes para estancar a degradação ambiental e para melhorar a qualidade do meio ambiente. Predominantemente, formula, propõe, impõe e sanciona.

O ângulo que interessa à articulação jurídica é, em essência, o da proteção ambiental<sup>75</sup> — posta de modo abrangente e não setorizado — não obstante o esforço tutelar se faça, como já se alertou, com os olhos voltados para a atividade de análise e estudo levada avante pelas ciências biológicas e pelas ciências exatas, sob pena de ser ineficiente ou mesmo simplesmente imprestável.

### 14. Meio Ambiente: do econômico ao jurídico

A Ciência do Direito é hoje, indubitavelmente, muito mais sensível à questão ambiental do que há poucas décadas. Mas a “abertura ambiental” do Direito não ocorreu de maneira isolada. Em passo igual, sucedeu

74. Veja-se, como exemplo, a crítica que hoje se faz a trabalho de 1973 — relativamente recente, portanto — do prof. Massimo Severo Giannini, um dos grandes administrativistas da Itália e precursor da análise jurídica ambiental naquele País (Amedeo Postiglione, “Ambiente: suo significato giuridico unitario”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985, fac. I, pp. 32-59).

75. Em poucas palavras — conforme preleciona o festejado Hely Lopes Meirelles — “A *proteção ambiental* visa à preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 1988, p. 485 — grifos no original).

a uma alteração fundamental no âmbito do Estado, da própria sociedade e da compreensão do processo de desenvolvimento. Até mesmo as Ciências Exatas e Biológicas, em especial a geoquímica e a própria física, reavaliaram seus conceitos sob a luz do desastre ecológico que se avizinha.

Se é certo que houve uma enorme metamorfose do Estado nos últimos vinte anos, não é menos certo que tal ocorreu como conseqüência de uma evolução radical do pensamento da sociedade acerca do meio ambiente e do próprio processo de desenvolvimento. Hoje todo o mundo — e também o Brasil — paga um custo extremamente elevado pelos anos de desídia ambiental. A incúria, especialmente a referente ao exercício da função administrativa (embora não nos esqueçamos da decorrente da omissão no exercício das funções legislativa e jurisdicional), levou o nosso País à situação atual de *ecocídio*), onde nenhuma das espécies ou qualquer outro bem ambiental está a salvo de desaparecer.<sup>76</sup>

Justifica-se, portanto, que o Estado, face à dimensão do problema ecológico e à pressão social, tenha sido levado a *repartir* responsabilidades e — eis o ponto fundamental — a derrubar o seu *monopólio* do exercício da função ambiental (antes quase que exclusivamente pública), repensando, ao mesmo tempo, todo o esforço desenvolvimentista.

## 15. Os elementos da função jurídica ambiental

Como toda função jurídica, a ambiental tem os seguintes elementos principais: um *sujeito titular*, um *sujeito beneficiário* e um *objeto*.

## 16. O sujeito titular da missão

Ao contrário da grande maioria das funções legalmente estabelecidas, a função ambiental não é exclusivamente pública. Ou seja, seu exercício

76. Nesse ponto, vale a pena trazer à colação o alerta de Édis Milaré: “Essa opção de crescer a qualquer custo, entretanto, levou o brasileiro a uma impiedosa agressão à natureza, que, exaurida, começa a cobrar seu preço, numa guerra de saldo desalentador: manchas sinistras de desertificação já aparecem no pampa gaúcho, na região noroeste do Paraná e em vários pontos da Amazônia; o Estado de São Paulo perde, a cada ano, no processo de erosão, 190 milhões de toneladas de terra; a poluição produzida pelas fábricas de Cubatão está abrindo grandes ravinas na Serra do Mar, que grita por socorro e ameaça desabar sobre o pólo petroquímico e os 60 mil habitantes daquela cidade; a proliferação de doenças, como a anencefalia, a leucopenia, a asbestose, a silicose e o saturnismo também não têm sabor de novidade; a intoxicação pelo uso desmedido de agrotóxicos e mercúrio vem constituindo grave problema de saúde pública; rios poluídos, autênticas galerias de esgoto; alimentos contaminados; cidades desumanizadas; campos devastados etc., a demonstrar que, realmente, vivemos dias difíceis, em que o homem, como se disse alhures, que tanto correu para ser salvo pela técnica, agora corre para ser salvo da tecnologia” (Édis Milaré, ob. cit., p. 18).

é outorgado a outros sujeitos além do Estado.<sup>77</sup> Por conseguinte, o *munus ambiental* manifesta-se pelo comportamento do Estado e/ou do cidadão, agindo este coletiva (associações ambientais, por exemplo) ou isoladamente.<sup>78</sup>

### 17. O monopólio estatal contestado: função ambiental pública e função ambiental privada

A função ambiental permite duas acepções: uma pública e outra privada. A função ambiental é pública ou privada não em razão do conteúdo do *munus* que transporta e exerce, mas tão apenas em decorrência do *status* do seu titular: se público o sujeito, a função é pública, se privado, a função é igualmente privada.

Logo, é a simples titularidade da missão ambiental que dá ensejo à classificação da função ambiental em pública e privada. Saliente-se que uma não exclui a outra. Muito ao revés, são missões convergentes e não divergentes. Seu exercício por um dos obrigados não exime de responsabilidade o outro.<sup>79</sup>

Conforme já ressaltado, a *funcionalização* da proteção ambiental é recente, já que anteriormente à década de 70 praticamente não se falava em meio ambiente como um valor em si mesmo. Tutelava-se, quando muito, a saúde, o patrimônio histórico e artístico, assim como certos direitos de vizinhança, só reflexamente ambientais. Tudo no bojo do exercício de uma função eminentemente estatal.

O mero fato do Estado passar a se interessar pelo meio ambiente já representou um grande avanço em termos de preservação ecológica. Progresso imensamente maior, contudo, foi a coletividade conquistar a posição de poder *dividir* com o Estado as responsabilidades ambientais. O triunfo do particular foi trazer a si parcela do exercício da função ambiental.

A regra, em matéria de resguardo da saúde pública (e aí está a origem da tutela ambiental) e do patrimônio histórico-cultural, era que o Estado exercia as funções sanitária e histórico-cultural como o único titular do *munus*, à época visto como mero poder-dever e não como verdadeiro

77. Isso fica patente na *legitimatío ad causam* para a propositura de ação civil pública ambiental. Enquanto o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81, limitava a legitimação para agir, no caso de dano ambiental, ao Ministério Público, a Lei 7.347/85, diversamente, ampliou tal exercício de função ambiental, estendendo-a às associações (art. 5.º). Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 deu assento constitucional a essa fragmentação (art. 129, § 1.º).

78. É o caso da ação popular ambiental (CF, art. 5.º, LXXIII).

79. Tanto assim que, no caso da ação civil pública ambiental proposta por associação, o Ministério Público intervém, necessariamente, como *custos legis* (Lei 7.347/85, art. 5.º, § 1.º). Ademais, se a associação autora desistir sem fundamento ou abandonar a ação, "o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa" (art. 5.º, § 3.º).

dever-poder. O cidadão não passava de simples expectador ou, em outros casos, de mero predador. Seu papel era duplamente prejudicial: ou se comportava passivamente, presenciando inerte a devastação ambiental, ou atuava ativamente, só que como devastador e não como preservador. No plano normativo, é verdade, faltava-lhe a autorização legal para a intervenção, assim como os instrumentos adequados de atuação. Não tinha ele, em síntese, o reconhecimento de sua importância como partícipe do processo de gerenciamento dos bens ambientais.

Com o desenvolvimento da consciência ambiental, fenômeno mundial, chegou-se à conclusão que o cidadão poderia participar diretamente da administração do patrimônio ambiental. Não como um expectador-privilegiado, mas como autêntico titular de um *munus* público, carreando em sua atividade autêntico dever-poder em favor do interesse de todos. Hoje, a tendência nos mais diversos países é no sentido de que a coletividade não só pode, como *deve*, proteger o equilíbrio ecológico, transformando-se de simples beneficiário da função ambiental estatal em verdadeiro titular do dever-poder de atuar positivamente na busca da preservação do meio ambiente.

## 18. A função ambiental pública

O Estado, como se sabe, entre outras missões que exerce, tem o dever de resguardar a saúde e bem-estar do cidadão — tudo dentro de uma formulação mais ampla de qualidade de vida — aí se incluindo, evidentemente, a proteção do meio ambiente. Esta é a base em que se desenvolve a função ambiental pública.

### 18.1 Identificação da função ambiental pública

A função ambiental pública — em especial a função ambiental administrativa — não apresenta grandes diferenças de configuração em relação a outras modalidades de funções estatais. O traço que a destaca das demais é a sua não-exclusividade nas mãos do Estado (fenômeno que aparece basicamente na função ambiental administrativa), qualidade esta que a distingue, por exemplo, da função tributária.<sup>80</sup>

O rompimento do monopólio funcional do Estado é um desenvolvimento recente de democratização do funcionamento estatal que, ao contrário do que se imagina, não está restrito à área ambiental e tende a se ampliar. É o caso de outros interesses difusos em que o cidadão mais e mais recebe missões específicas de tutela, verdadeiros *munus* públicos.

80. Claro está que, ao lado da diferenciação subjetiva, há, ainda, outra de natureza finalística. Mas esta é muito mais visível do que aquela. A própria denominação — função ambiental — já diz a que título ela vem.

Saliente-se, contudo, que a fragmentação<sup>81</sup> da função ambiental estatal ocorre quase que exclusivamente no plano da função ambiental administrativa, já que o Estado, de maneira geral, ainda guarda o monopólio legislativo<sup>82</sup> e jurisdicional, mesmo para questões ambientais, de vez que exceções isoladas, como o júri popular e a iniciativa popular de leis complementares e ordinárias,<sup>83</sup> não retiram a validade da afirmação. A quebra do monopólio, de qualquer modo, não altera em nada a fórmula dever-poder em relação ao Estado: continua ele, em matéria ambiental, a dever e a poder tanto quanto antes.

Logo, pelo menos na situação presente, haverá concorrência de missões ambientais somente em relação à Administração Pública. O Estado, no exercício de sua função administrativa, tem missões que se encaminham à proteção do meio ambiente. Integram elas uma função ambiental administrativa, diferenciada da função administrativa comum pelo seu objeto (a tutela do meio ambiente) e também por alterações quanto ao seu regime (não-exclusividade, controle mais estrito por parte do Poder Judiciário, limitação da discricionariedade do seu titular).

Vale alertar que nada impede que outras funções estatais venham também a ser partilhadas — de modo parcial — com os particulares na tarefa de proteger o meio ambiente. Assim, é perfeitamente admissível a criação de organismos privados de solução de conflitos ambientais, assim como a “regulamentação” de atividades capazes de afetar o meio ambiente através de acordos coletivos ambientais, estabelecidos pelas associações ou sindicatos representativos dos interesses divergentes.<sup>84</sup>

Em resumo, o que é importante lembrar — e aí está o grande avanço dos últimos vinte anos — é que a função ambiental não mais está sob titulação exclusiva do Estado, particularmente dos sujeitos que exercem a função administrativa. É ela estatal e não-estatal. Pode e deve ser exercida pelo Estado mas também pode e deve ser exercida pelo cidadão ou pelos seus corpos intermediários.

81. Em vez de “fragmentação”, um dos precursores do Direito Ambiental no Brasil prefere falar em “co-responsabilidade”, afirmando que a Constituição Federal de 1988 impôs, em matéria de proteção do meio ambiente, a “co-responsabilização a toda cidadania” (Sérgio Ferraz, “Meio Ambiente”, in RDP 96/205, out.-dez./1990 — grifos nossos).

82. Na esfera ambiental, o movimento auto-regulamentador, modalidade de exercício de função normativa privada, não vem encontrando terreno fértil, embora tenha recebido reconhecimento pleno em outras áreas, como na proteção do consumidor (Lei 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor — art. 39, VIII).

83. Constituição Federal, art. 61, § 2.º.

84. Em matéria de proteção do consumidor, as chamadas “convenções coletivas de consumo” já são possíveis, mesmo no Direito Brasileiro (CDC, art. 107).

## 18.2 A função ambiental administrativa

A função ambiental pública pode ser exercida no bojo de uma função legislativa (função ambiental legislativa), no bojo de uma função jurisdicional (função ambiental jurisdicional) e, finalmente, no bojo de uma função administrativa (função ambiental administrativa).

A identificação precisa de uma função ambiental legislativa e jurisdicional leva os órgãos encarregados de exercê-la a buscar a especialização no trato de questões pertinentes ao meio ambiente. É o que sucede com o Poder Legislativo (através da criação de Comissões de Meio Ambiente permanentes encarregadas de analisar projetos ambientais) e do Poder Judiciário (através do estabelecimento de Varas Especializadas em conflitos ambientais).

Aquí merece nossa especial atenção a função ambiental administrativa. Seria ela exercitada nos mesmos termos, isto é, com o mesmo regime jurídico da função administrativa em geral? A resposta é um enfático não! Tanto a Constituição de 1988, como a legislação ambiental vigente, fixam normas específicas para o regramento do exercício da função ambiental administrativa.

Apesar de não ser nosso intuito esmiuçar o regime ambiental vigente no País, dois aspectos básicos da função ambiental administrativa devem ser, neste momento, ressaltados: o *exercício integrado por todos os órgãos da Administração Pública* e a *participação do cidadão no processo decisório* (não na decisão em si).

A *não-compartimentalização do exercício da função administrativa ambiental* é consequência da própria multidisciplinariedade do Direito Ambiental: o meio ambiente está em conexão com todas as atividades humanas, sendo imune à tentativa de concentrá-lo, formalmente, na esfera de um único órgão ou mesmo Poder; logo, o comportamento de um órgão da Administração que venha a afetá-lo depassa o seu território estreito e invade outras áreas muitas vezes só remotamente em conexão com o produtor do ato.

Assim, não é porque exista eventualmente um Ministério ou um órgão especial dedicado à tutela ambiental que os outros estarão liberados do dever de zelar pela preservação do patrimônio ecológico. Não é à-toa que a Constituição de 1988 acentuou o dever do "Poder Público", como conjunto, de "defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".<sup>85</sup> Ou seja, não é um ou outro órgão que é destinatário do mandamento constitucional. A tal regra constitucional submete-se *todo* o Poder Público e não somente um ou outro de seus órgãos.<sup>86</sup>

85. Art. 225, *caput*.

86. Nesta matéria, é magistral a lição de Paulo Affonso Leme Machado, o premiadíssimo precursor e grande incentivador do Direito Ambiental no Brasil: "Em matéria ambiental como em todos os campos da Administração Pública de

Por conseguinte, além do cuidado no sentido de impor a cada recanto da Administração Pública o zelo pelo meio ambiente, deve-se evitar a criação de órgãos ambientais múltiplos, com atribuições sobrepostas e, não raras vezes, conflitantes. A regra aplicável à Administração Pública, pois, deixa de ser a da mera *ação* e passa a ser a da *coordenação*, interface da não-compartimentalização.

A *participação do cidadão no processo decisório administrativo ambiental* é uma grande conquista democrática dos últimos anos. A ela já fazia referência a Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) ao elencar, entre seus princípios, a “educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para *participação ativa* na defesa do meio ambiente”.<sup>87</sup>

Não se confunda, porém, participação no processo decisório com exercício de função ambiental privada. A participação popular que aqui se fala ocorre necessariamente no âmbito da atuação da própria Administração e é simples modo de exercício da função ambiental privada, que pode ou não manifestar-se *sobre* ou *na* Administração Pública. Em outras palavras, há entre uma e outra relação de gênero e espécie, não havendo mera sinonímia entre participação popular e função ambiental privada.<sup>88</sup>

## 19. A função ambiental privada

Os primórdios do Direito Ambiental foram caracterizados pela imposição de deveres negativos aos particulares, todos em torno de uma obrigação hipotética de *não poluir*.<sup>89</sup>

pouca valia será a ação se compartimentalizada e isolada em suas manifestações. Organismos administrativos com competências similares ou semelhantes vão acarretar freqüentes invasões de um órgão no campo do outro, além da não desprezível pulverização de recursos financeiros para os mesmos objetivos” (Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 1991, p. 63).

87. Art. 2.º, X — grifos nossos.

88. Neste sentido, a função ambiental privada — gênero que acolhe a espécie da “participação do cidadão no processo decisório administrativo ambiental” — pode manifestar-se de múltiplas formas, seja como comportamento paralelo ao exercício da função ambiental administrativa, seja como comportamento dirigido ao Poder Legislativo (atividade de *lobby*) ou ao Poder Judiciário (ação civil pública ambiental). O melhor exemplo de participação do cidadão no processo decisório ambiental administrativo dá-se no estudo prévio de impacto ambiental. A audiência pública, prevista no art. 11, § 2.º, da Res. 001/86, do CONAMA, é, sem dúvida alguma, o clímax a que pode chegar a intervenção popular no processo decisório ambiental.

89. Lúcia Valle Figueiredo, primogênita do Direito Urbanístico Brasileiro, já ressaltava, com *luminosa percuciência, tal perspectiva*: “Não poluir determinadas áreas, evitando, por todos os meios possíveis, contaminar rios, lagos etc., ou o ar, tornando-o inadequado à saúde pública, constitui um *dever*. Praticar determinadas medidas que minimizem a poluição, a fim de ser permitido o início ou a continuação de determinada atividade, também é *dever jurídico* cujo desrespeito obrigará a

Modernamente, contudo, como abaixo veremos, a perspectiva ambiental, não mais se contentando com um simples comportamento negativo, passou a requisitar um atuar positivo, no sentido de efetivamente cumprir um *munus* que vai além do mero *não poluir*: o *dever de defender*,<sup>90</sup> o *dever de reparar*<sup>91</sup> e o *dever de preservar*,<sup>92</sup> este último conceito amplo que traz para o cidadão uma proibição (não poluir) e uma obrigação positiva (impedir o poluir alheio). Nesta trindade de deveres reside o fundamento da função — como missão — ambiental privada.

O Brasil não foi o primeiro País a alçar a função ambiental privada ao plano constitucional. Outros ordenamentos, antes da Constituição Brasileira de 1988, reconheceram a importância da funcionalização constitucional da proteção do meio ambiente.<sup>93</sup>

Não obstante a falta de pioneirismo, a Constituição Brasileira de 1988 é de todas a que ostenta o melhor e mais completo texto de tutela ambiental.

Segundo ela, “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*

atuação administrativa” (Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, S. Paulo, Ed. RT, 1980, p. 13).

90. CF, art. 225, *caput*.

91. CF, art. 225, §§ 2.º e 3.º. Aliás, antes mesmo da aprovação do Texto Constitucional, a Lei 6.938/81, já fixava o *dever de reparar* não apenas como obrigação pessoal do poluidor (art. 14, § 1.º), mas também como um dos *objetivos* da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 4.º, VII).

92. CF, art. 225, *caput*.

93. É o caso da Constituição da Hungria, com as alterações de 1972 e 1975, onde se firmou que “Os *deveres fundamentais dos cidadãos* da República Popular da Hungria são: proteger o patrimônio popular, consolidar a propriedade social, erguer a força econômica da República Popular da Hungria, elevar sua cultura, *proteger os valores naturais e culturais* do País e reforçar a ordem social” (art. 69 — grifos nossos). Por sua vez, a Constituição da República Popular da Polônia, atualizada até 1983, dizia que “Os cidadãos da República Popular da Polônia têm direito a gozar dos valores do meio ambiente e o *dever de protegê-lo*” (art. 71 — grifos nossos). Já a Constituição portuguesa, em seu texto atualizado pela reforma de 1989, assenta que “1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o *dever de o defender*. 2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e *por apelo e apoio a iniciativas populares*: a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e *paisagens* biologicamente equilibradas; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica” (art. 66 — grifos nossos).

e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".<sup>94</sup> Além de caracterizar o meio ambiente como patrimônio de toda a coletividade, como se pode observar, a norma constitucional conferiu as missões tendentes a protegê-lo "ao Poder Público" e "à coletividade". Em outras palavras, a função ambiental, antes restrita ao próprio Estado, foi concedida, como dever-poder, a todos os cidadãos. Em tal sentido, conforme já apontado acima, poder-se-ia dizer que a função ambiental sofreu um processo de desestatização.

Na legislação infraconstitucional, já não são poucos os exemplos estrangeiros que reconhecem expressamente o *munus* público imposto ao cidadão de velar pelo equilíbrio ecológico.<sup>95</sup>

## 20. O sujeito beneficiário da função ambiental

Quem é o beneficiário da função ambiental? O particular ou a sociedade como um todo? Um e outro ao mesmo tempo. Como se verá abaixo, em decorrência das características do bem ambiental, impossível é favorecer a sociedade sem igualmente beneficiar o particular e vice-versa.

Além de servir aos particulares e à sociedade como um todo, na função ambiental privada também é favorecido o titular do *munus* público. Em outras palavras: ele é credor e devedor concomitantemente. Até o poluidor, em última instância, acaba por receber os benefícios de um meio ambiente mais saudável.

Veja-se que nos modelos legislativos modernos, constitucionais ou não, o cidadão tem, simultaneamente, o direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de protegê-lo. É este último que lhe dá um *munus* público e que, por isso mesmo, orienta o exercício da função ambiental privada.

## 21. O objeto da função ambiental

A Ciência do Direito, em seu discurso, tem priorizado um certo aspecto subjetivo no tratamento das questões jurídicas. Em tal prisma, seus temas prediletos sempre foram aqueles pertinentes ao indivíduo, ao traço subjetivo da formulação jurídica: as pessoas, a personalidade jurídica, o direito subjetivo e a *legitimatío ad causam*.

Nos dias atuais, impõe-se — sem qualquer abandono do discurso subjetivo — uma dialética mais abrangente centrada em temas como interesse

94. Art. 225, *caput* — grifos nossos.

95. Assim, por exemplo, na França, a Lei 76-629, de 10.7.76, em seu art. 1.º, diz que "Il est du *devoir de chacun* de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit" (grifo nosso). A legislação portuguesa seguiu os mesmos passos ao estabelecer que "Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o *dever* de o defender" (Lei 11/87, de 7.4.87 — Lei de Bases do Ambiente — art. 1.º — grifo nosso). Nos Estados Unidos o *National Environmental Policy Act*, de 1970, reza que "O Congresso reconhece que cada indivíduo deve usufruir de um meio ambiente saudável e que cada um tem uma *responsabilidade* no sentido de contribuir para a sua preservação e melhoria" (art. 101, *c* — grifos nossos).

individual e interesse coletivo, bem individual e bem coletivo.<sup>96</sup> Só uma perspectiva que valorize o aspecto objetivo *permite, realmente, uma análise adequada da função ambiental*. Nesta, como se verá melhor a seguir, a natureza jurídica do bem que lhe serve de objeto é enormemente destacada. Isto porque uma função, em particular a ambiental, é sempre exercitada em relação a um *bem*, algo — nem sempre uma coisa, nem, tampouco, necessariamente passível de avaliação econômica ou portador de conteúdo econômico<sup>97</sup> — com teor valorativo e que dê ensejo a um interesse, de regra supra-individual.<sup>98</sup>

A função ambiental atua sobre um determinado objeto: o bem ambiental. Não se confunda, entretanto, o objeto da função ambiental com seu fim. A função ambiental atua *sobre* o seu objeto *para* concretizar o seu fim (a qualidade ambiental como valor importante da qualidade de vida). O titular do dever-poder movimenta-se sobre o objeto, mas sempre finalisticamente orientado.

O objeto da função ambiental — bem ambiental — é identificado ora com o meio ambiente, como categoria única e global, ora com partes ou fragmentos deste (uma determinada montanha, um córrego específico, um ecossistema localizado). Tal é decorrência da forma *macro* ou *micro* com que se analise a questão.

O meio ambiente, como bem objeto da função ambiental, é gênero amplo (*macrobem*) que acolhe uma infinidade de outros bens — numa relação assemelhada a dos átomos e moléculas — menos genéricos e mais materiais (*microbens*): são “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”,<sup>99</sup> ou em outras palavras, os elemen-

96. e 97. Paolo Maddalena, *Responsabilità Amministrativa, Danno Pubblico e Tutela dell'Ambiente*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, pp. 38-39, 49-50.

98. A propósito do interesse ambiental, pergunta Antônio Herman V. Benjamin, na já referida Palestra aos membros do Ministério Público de Goiás: “sendo, assim, como poder-se-ia definir esse interesse ambiental, ora visto como interesse difuso, ora como interesse coletivo, que por sua vez são fragmentos dos interesses sociais? O *interesse ambiental* consiste, de modo resumido, na expectativa do cidadão e da sociedade na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado através da prevenção, reparação e repressão ao dano ecológico” (Art. cit., p. 6). Em outras palavras: o interesse ambiental é um *juízo* entre uma necessidade (a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da Constituição de 1988) e os meios disponíveis à sua satisfação (prevenção, reparação e repressão). Interesse este que, na medida em que reflete uma necessidade de todos, não se adequa a uma moldura exclusivamente individual. Sua característica maior é exatamente a de não se prender a único indivíduo. De qualquer modo, será individual quando o juízo for de um só indivíduo e será não-individual (coletivo, difuso e público) quando o juízo ultrapassar as fronteiras do sujeito isolado. Logo, a teoria do interesse ambiental — aqui se adaptando a lição de Paolo Maddalena — não pode ser construída com os olhos voltados para o sujeito-indivíduo mas para o sujeito-coletividade (Paolo Maddalena, ob. cit., p. 41).

99. Lei 6.938/81, art. 3.º, V.

tos da hidrosfera, da litosfera, da atmosfera, da biosfera e, quiçá, também de uma antroposfera.

Assim, de uma maneira muito geral, pode-se dizer que o objeto (macro) da função jurídica ambiental é o *bem ambiental*, isto é, o meio ambiente como realidade *abstrata e proteiforme*.

Quais seriam, então, as características do bem ambiental? Neste ponto, a *análise econômica* será nosso guia até que cheguemos a formulação jurídica propriamente dita.

### 21.1 A comunalidade como atributo econômico do bem ambiental

De acordo com uma visão própria da teoria econômica, *direitos e interesses comunais* (noção que, em técnica jurídica, aplica-se tanto aos interesses públicos, como aos interesses ditos difusos e coletivos, estes últimos em menor escala) aparecem quando a qualquer cidadão é lícito utilizar determinados bens e ninguém — nem mesmo o Estado — tem poder para excluir a sua utilização por quem quer que seja.

Pegue-se o exemplo do ar que respiramos: todos fazem uso dele e a ninguém é permitido interferir em tal exercício.<sup>100</sup> Nos termos de tal teoria, só a utilização do recurso por um outro beneficiário é capaz de excluir os demais. Realmente, o ar que eu respiro não pode, ao mesmo tempo, ser utilizado por outro portador do *título*. Por conseguinte, enquanto utilizado, o recurso, em verdade, embora mantendo seu *status* de patrimônio de todos, se torna propriedade daquele beneficiário.<sup>101</sup>

Os bens comunais regem-se por dois princípios básicos: o *princípio da indivisibilidade dos benefícios* (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o *princípio da não-exclusão dos beneficiários* (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente).

Este último princípio dá ensejo ao surgimento da figura do “carona” (*free rider*), alguém que, sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado — reflexa e gratuitamente — de atividade alheia. Veja-se a hipótese de algumas pessoas, todas moradoras às margens de um lago, que resolvem investir maciçamente na sua despoluição. No instante em que as águas cristalinas do lago estejam de volta, ninguém pode impedir que outros cidadãos (os moradores das ruas interiores) passem a ser beneficiados — reflexa e gratuitamente — pelo esforço daquele grupo de cidadãos operosos. A se negar o benefício a um cidadão apenas — provocando-se nova poluição, por exemplo — todos sofrem, concomitantemente, a mesma exclusão.<sup>102</sup>

100. Aliás, qualquer interferência pode tipificar infração penal.

101. e 102. Richard B. Mackenzie, & Gordon Tullock, in *Modern Political Economy: an Introduction to Economics*, New Torque, McGraw-Hill Book Company, 1978, pp. 84-76 e 448.

Como consequência dessa qualidade de “ser de todos e não ser de ninguém”, o que se verifica na prática é que o cidadão tende a deixar que os “outros” busquem a tutela dos bens comunais, sempre que ameaçados ou danificados. Transformando-se o bem comunal, no instante de seu uso ou de sua violação localizada, em verdadeira “propriedade privada” do beneficiário-vítima, é natural que os outros titulares, embora também afetados por aquela violação específica, não se sintam motivados a proteger o interesse comunal que, circunstancialmente — naquele momento apenas — sofre um distúrbio que é maior em relação à vítima direta do que em relação ao conjunto global dos outros beneficiários.

Novamente utilizemos o exemplo do lago: enquanto a poluição estiver circunscrita a áreas limitadas, os beneficiários do bem não se sentirão atacados, até que necessitem utilizar, diretamente, as águas poluídas. A poluição, por este prisma — embora sendo uma ofensa ao bem de todos — é vista apenas como um problema particularizado daqueles que, ao tentarem fazer uso direto do recurso, vêm seu exercício prejudicado. Com isso, as violações se multiplicam e o bem, em certos casos, acaba por ser destruído ou inviabilizado.

Por conseguinte, os bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de “personificação”, como forma de estimular a sua proteção. É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para a outra, passa a enxergar o meio ambiente como bem cuja titularidade — pelo menos para fins de seu resguardo — deve ser individualizada em alguém: o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas) ou um ente privado (associação ou cidadão isolado). Decorre daí, igualmente, a necessidade que encontra o legislador de funcionalizar, como dever, a proteção do meio ambiente.

Nessa concepção de “concentração pessoal” de atribuições — para a tutela daquilo que é de *todos* — reside a fundamentação de toda a doutrina da função jurídica ambiental.

### *21.2 A comunalidade econômica e seus reflexos na caracterização da função jurídica ambiental*

Sendo o meio ambiente, de acordo com uma visão econômica, um bem comunal por excelência, algumas conclusões poderiam ser tiradas — no intuito de resguardá-lo com *eficiência* — quanto às missões dirigidas à sua proteção e, de modo mais particular, quanto a uma possível função (ou funções) ambiental.

Primeiro, as missões tendentes a sua tutela não deveriam estar afeitas a ninguém em particular, mas a todos em geral, na medida em que se trata de bem que a todos pertence.

Ademais, ao contrário de outras missões *relativas* ao resguardo de *interesses públicos*, as missões ambientais — em oposição ao princípio

tradicional de que a natureza pública do bem por si só quase que bastaria para criar um monopólio do Estado na tarefa de sua tutela — teriam que depassar à pessoa do Estado, começando a repousar também nos ombros de outros sujeitos, sejam estes cidadãos isolados, sejam corpos intermediários (associações).

Em terceiro lugar deveria haver, ainda como conseqüência da comunalidade do bem ambiental e adotando-se um critério formal quanto à titularidade, funções ambientais exercidas pelo Estado, funções ambientais exercidas pelos corpos intermediários e funções ambientais exercidas pelos cidadãos isolados.

Finalmente, as missões ambientais, como forma de enfrentar o problema do carona, têm que ser estabelecidas como verdadeiros *deveres-poderes de exercício solidário*,<sup>103</sup> isto é, o exercício por um dos obrigados não isenta de responsabilidade os outros responsáveis.

Como se vê, não obstante a qualidade jurídica do bem ambiental não varie — é sempre *bem público de uso comum* (nos termos da análise que se segue) — não é recomendável, pelo prisma subjetivo, a existência de uma única função ambiental, concentrada nas mãos de um sujeito particular. Ela deve estar pulverizada entre diversos sujeitos, todos agindo, ao exercê-la, em proveito da comunidade, em razão, notadamente, da qualidade de comunalidade do meio ambiente. Os vários sujeitos movem-se com os olhos voltados para os interesses de terceiros, mesmo quando os benefícios decorrentes de seu esforço, reflexamente, projetam-se sobre si mesmos.

Eis, então, a função ambiental, simultaneamente pública e privada. Assim, o Estado quando legisla em matéria ambiental (função ambiental estatal-legislativa),<sup>104</sup> quando gerencia os recursos ambientais, exigindo e analisando Estudos Prévios de Impacto Ambiental ou realizando zoneamento ambiental (função ambiental estatal-administrativa) ou quando dirime conflitos entre interesses ambientais (função ambiental estatal-jurisdicional) sempre se impulsiona em favor do interesse da coletividade. Por isso mesmo, exerce função.

A sua vez, as associações quando ingressam em Juízo para barrar um determinado projeto ou quando participam com comentários e voto na elaboração e aprovação de Estudos Prévios de Impacto Ambiental, assim atuam em prol do interesse da comunidade. Por igual, o cidadão, ao ajuizar ação popular para a proteção do meio ambiente, busca a tutela jurisdicional em proveito de si e dos outros titulares do bem comunal. Finalmente, os cidadãos, quando exercem o direito de iniciativa das leis complementares e ordinárias ambientais,<sup>105</sup> cumprem parcela de um *munus* que

103. É nesse sentido que Sérgio Ferraz fala em “co-responsabilidade” entre todos os cidadãos (artigo cit., p. 205).

104. Ou, em melhor técnica, normativa.

105. CF, art. 61, § 2.º.

beneficia o conjunto da sociedade como um todo. Tanto as associações como os cidadãos exercem, desta forma, mesmo que de maneira diluída, função ambiental privada.

## 22. A natureza jurídica do bem ambiental no Brasil e no Direito Comparado

Já fizemos menção acima que o meio ambiente — como objeto da função ambiental — é *bem público de uso comum*. Para uma correta análise da natureza jurídica do meio ambiente — um dos temas mais modernos na Ciência do Direito — impende, além de manter os olhos presos à Constituição Federal, passar em revista, sucintamente que seja, a teoria clássica dos bens públicos.

## 23. Os bens públicos

Não se pretende trazer para o âmbito deste trabalho discussão doutrinária sobre os bens, como realidades jurídicas. É relevante, contudo, apontar, com Salvatore Pugliatti, a *relatividade* e a *elasticidade* do conceito de bem em sentido jurídico.<sup>106</sup> Cumpre relembrar, ademais, após salientar que bem e coisa não se confundem, havendo entre ambos uma relação de gênero e espécie,<sup>107</sup> que quanto “às pessoas, a quem os bens pertencem, eles se dividem em *públicos* e *particulares*”.<sup>108</sup>

Como se perceberá no decorrer desta exposição, o meio ambiente, como macrobem, é sempre bem público (de uso comum). Já na sua acepção fragmentada, como microbem, pode ser tanto bem público (um parque estadual pertencente ao Estado de São Paulo, por exemplo), como bem privado (uma mata de propriedade de um particular).

## 24. Evolução do conceito de bem público

Ninguém mais põe em dúvida a existência de uma *dominialidade pública*, composta de bens públicos e dotada de um regime jurídico particular. Um estudo dos bens públicos deve começar pela decomposição da expressão, perquirindo-se, de um lado, sobre o que seja *bem* e, do outro, sobre o que se pretende dizer com o vocábulo *público*.

O termo bem, face à enorme atenção que de há muito vem recebendo no Direito Privado, não oferece grandes dificuldades de entendimento. Nas palavras abalizadas de Clóvis Beviláqua, de acordo com “o direito, o *bem* é uma utilidade, porém com extensão maior do que a utilidade econô-

106. Salvatore Pugliatti, *Beni e Cose in Senso Giuridico*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 61.

107. A distinção vem perfeitamente analisada por Paolo Maddalena, in ob. cit., pp. 48-49.

108. Clóvis Beviláqua, in *Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980, p. 193 — grifos no original.

mica”, já que “no direito, há bens econômicos e bens que o não são”.<sup>109</sup> Outros preferem dizer que na categoria de bens jurídicos inscreve-se “a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica”, ou seja, “tudo que pode ser objeto da relação jurídica, sem distinção da materialidade ou da patrimonialidade”,<sup>110</sup> posto que há inúmeros bens jurídicos sem expressão patrimonial, como o estado de família, o direito ao nome, etc.

Mas qual seria o sentido do vocábulo *público* acoplado a bem para formar a expressão bem ou bens públicos? Tal atributo ora quer dizer que o bem pertence ao Estado-pessoa (um parque desapropriado pelo Estado), ora quer significar que o bem tem como destinatário o público, daí sua natureza pública (o mar e o ar, por exemplo).

Em outras palavras, o atributo público tanto serve para ressaltar o prisma do Estado, como para pôr em relevo o prisma do público isto é, do administrado. Naquele sentido há, de fato, uma relação de dominialidade entre o bem e o seu titular, o Estado. Neste último sentido, diversamente, a relação de dominialidade é mais difusa, já que não concentrada nas mãos de um ou de uns poucos sujeitos (nem mesmo do Estado) mas, ao revés, pulverizada no seio de toda a comunidade.

Segundo abalizada doutrina, “bens públicos são as coisas materiais ou imateriais, assim como as prestações, que pertencem às *pessoas jurídicas públicas*, objetivam fins públicos e estão sujeitas a um regime jurídico especial, derogatório do direito comum”.<sup>111</sup> Ora, logo se percebe que o meio ambiente, a se levar tal conceito clássico ao extremo, de duas uma: ou pertenceria a uma *pessoa jurídica de direito público interno* — e seria considerado bem público — ou não pertenceria a nenhuma das pessoas jurídicas de direito público — e não seria tido como bem público.

O certo, entretanto, é que o entendimento que o Direito hoje tem de bem público sofreu grande transformação no decorrer das duas últimas décadas. Dentro desta evolução, a titulação clara e direta do bem nas mãos de uma pessoa jurídica de direito público interno deixa de ser necessária, assim como, em sede privada, com o desenvolvimento da teoria dos interesses e direitos difusos, também se abandonou o requisito desta titulação concentrada (para fins, por exemplo, de tutela jurisdicional).

Passou-se de um sistema de titulação individualizada para um outro sistema de titulação pulverizada e, por isso mesmo, *supra-individual*. A própria doutrina tradicional, ainda nos idos da década de 60, ressaltava que “o *pertencerem* ao Estado não implica em serem todos os bens públicos de direito pessoal ou real no sentido das leis civis. Muitos desses

109. *Teoria...* cit., pp. 165 e 166 — grifo no original.

110. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 345 e 346.

111. José Cretella Júnior, *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1969, p. 18 — grifos nossos.

bens lhe *pertencem* no sentido de que são por ele *administrados*, no *interesse coletivo*".<sup>112</sup>

O Estado, para atuar, faz uso de um domínio público e de um domínio privado. O bem público integrante do *domínio público* da Administração goza do atributo da *inalienabilidade*, não podendo ser alienado, transferido, cedido, doado ou transmitido a terceiro. Como consequência, é ele também dotado de imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

## 25. Classificação dos bens públicos

Os bens públicos podem ser classificados de diferentes maneiras, dependendo do enfoque que deles se tenha. A classificação normalmente aceita divide os bens públicos em *de uso comum*, *de uso especial*<sup>113</sup> e *patrimoniais*.<sup>114</sup>

### 25.1 Os bens públicos de uso comum

Em certa medida, os bens públicos de uso comum correspondem às *res communes omnium* dos romanos e aos bens comunais da teoria econômica: coisas insuscetíveis de apropriação individual, mas que são passíveis de utilização, individual ou coletivamente. É o ar, a *aqua profluens*, o mar, o *litus maris*. O termo *uso comum* opõe-se à *uso privado*, conformando-se este com a idéia de apropriação e de exclusão dos demais interessados.<sup>115</sup> Como decorrência desse seu traço de impossibilidade de apropriação total e exclusiva, são bens "por natureza *inalienáveis e imprescritíveis*".<sup>116</sup>

O bem de uso comum, embora possa ser utilizado individualmente, é finalisticamente voltado para a coletividade em geral e não para o indivíduo. É bem cuja utilização é facultada a *quisque de populo*. "Ao contrário do que ocorre com o *uso especial* ou *privativo*, em que o público usuário é constituído por um público *específico*, representado pelos titu-

112. Cretella Júnior, *Dos Bens...*, cit., p. 21 — grifos no original.

113. Denominados *de uso privativo* por Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, S. Paulo, Ed. RT, 1987, p. 193).

114. Cretella Júnior, *Dos Bens...* cit., p. 53.

115. Na autorizada expressão de Hely Lopes Meirelles, "*Uso comum do povo* é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite freqüência limitada ou remunerada, pois isto importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de *uso comum* do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais" (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 429).

116. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 383 — grifos no original.

lares dos respectivos direitos, o que evidentemente, permite *individualizar* o usuário, em matéria de uso comum o público não é *específico*, mas *genérico* — a coletividade, o que exclui qualquer *individualização*".<sup>117</sup>

Por ser passível de utilização por *quisque de populo*, o bem de uso comum — se deixado à sua própria sorte — poderia dar ensejo a imensos conflitos entre os cidadãos, todos igualmente titulares do direito de dele fazer uso.<sup>118</sup>

Na doutrina clássica, a tutela dos bens públicos de uso comum — através precipuamente do poder de polícia — competia com exclusividade ao Estado. "Quanto ao sujeito ativo da proteção dominial, se o particular ou o Estado, a resposta é uma só. Cabe ao Estado, em virtude de sua natureza de órgão gestor dos interesses coletivos, a tutela dos bens públicos, *afastada, portanto, qualquer possibilidade individual ou privada, com direito à "actio", na tutela das dependências dominiais públicas*".<sup>119</sup>

Já acenamos acima, quando cuidamos genericamente da função ambiental, que o meio ambiente, embora reconhecidamente bem público, rompe com o monopólio protetório do Estado, sendo que tal, em nosso ordenamento, decorre do próprio Texto Constitucional.<sup>120</sup> Não é pelo fato de sua natureza pública, ou mesmo de sua qualidade de *res extra commercium*, que a tutela do meio ambiente deve se esgotar na atividade estatal.

## 25.2 Os bens públicos de uso especial

Os bens de uso especial constituem uma segunda categoria de bens públicos. Neles, ao contrário do que sucede com os de uso geral, a utilização não é *facultada* a todos *indistintamente*, "mas apenas a pessoas determinadas, com base em um título particular, constituído ou pelo pagamento de uma taxa (pedágio, para o trânsito sobre algumas estradas ou pontes; direitos de ancoragem, para permanência nos portos), ou, então, pela obtenção de permissões ou licenças expedidas pela autoridade administrativa".<sup>121</sup>

É o uso que, através de um título individual, "a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade,

117. Cretella Júnior, *Dos Bens...* cit., p. 56 — grifos no original.

118. Conforme aponta o laureado Ruy Cirne Lima, uma das características do uso comum é "que nenhum utente possa excluir outro, dada a paridade de situações entre todos. Aplicado a rigor este princípio, o uso comum do domínio público seria fonte inestancável de conflitos entre os indivíduos, já que o uso de qualquer deles constituiria, sempre, num local e num momento dados, obstáculo material ao uso dos demais. A fim de assegurar a normal distribuição, no tempo e no espaço, dos utentes, serve-se a administração da intervenção reguladora da polícia" (Ruy Cirne Lima, ob. cit., p. 193).

119. Cretella Júnior, *Dos Bens...*, cit., p. 56 — grifos nossos.

120. Art. 225, *caput*.

121. Cretella Júnior, *Dos Bens...*, cit., p. 72.

nas condições convencionadas. É também *uso especial* aquele que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento, bem como o que ela mesma faz de seus bens para a execução dos serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições”.<sup>122</sup>

Neste sentido, podem ser definidos como “toda parte do domínio público sobre o qual determinadas pessoas exercem direitos de uso e gozo, mediante outorga *intuitu personae* do Poder Público, através dos institutos da permissão ou da concessão”.<sup>123</sup> Do mesmo modo que os bens de uso comum, “os bens públicos de uso especial são inalienáveis e imprescritíveis. E, quando mais não se prestem à finalidade a que se destinam, é facultado ao Poder Público proprietário levantar a sua condição de inalienabilidade, e expô-los à aquisição, na oportunidade e pela forma que a lei prescrever”.<sup>124</sup>

### 25.3 Os bens públicos patrimoniais

Os bens patrimoniais são uma terceira espécie do gênero bem público e “servem, regra geral, como instrumento para que o ente público satisfaça os próprios fins, seja diretamente, afetando-os ao serviço público, seja indiretamente, trazendo-lhes um lucro”, constituindo “o domínio privado do Estado”,<sup>125</sup> sendo que o “seu regime jurídico aparenta sensível analogia com o regime da propriedade privada”.<sup>126</sup>

## 26. O meio ambiente como bem público de uso comum

Já afirmamos que o meio ambiente, como objeto da função ambiental, é bem público de uso comum. Deve ficar claro, porém, que tal bem, em seu sentido macro tem um grande conteúdo de *abstração*, ao contrário dos elementos que o compõem que, via de regra, são bastante *concretos* (uma floresta, uma espécie rara, um manancial).

O certo é que os elementos que constituem o meio ambiente (como macrobem), enquanto com ele relacionados, ganham a mesma natureza pública de uso comum<sup>127</sup> que o caracteriza. Assim, um prédio tombado ou uma floresta preservada, vistos pelo ângulo ambiental (como integran-

122. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 430 — grifo no original.

123. Cretella Júnior, *Dos Bens...*, cit., p. 72.

124. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 384.

125. Cretella Júnior, ob. cit., p. 81.

126. Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 385.

127. Aqui, evidentemente, nos distanciamos da formulação tradicional das “coisas comuns” que, segundo a doutrina, têm três características básicas: “a) são bens naturais renováveis; b) são indispensáveis à vida; c) prestam-se a um consumo coletivo”. (Cf., Gilberto D’Ávila Rufino, “Aspectos jurídicos da poluição — A questão da poluição das águas”, in *RDJ* 95/241-248, jul.-set./1990).

tes do conglomerado abstrato que compõe a qualidade ambiental), são bens públicos de uso comum, mesmo que para outros fins (como, por exemplo, com vistas à possibilidade de sua exploração ou alienação) sejam regidos pelo regime próprio dos bens privados.

Ora, esta dupla afiliação simultânea a dois regimes patrimoniais vai dar ensejo a um regime de responsabilidade civil igualmente duplo: uma atividade degradadora única pode provocar, a um só tempo, dois deveres de indenizar, valendo o primeiro para o macrobem (com indenização destinada ao Fundo mencionado na Lei 7.347/85) e o segundo para o microbem (com a indenização destinada a reparar os danos sofridos pelos titulares individuais da *res* afetada).

O tratamento jurídico do bem ambiental — o *meio ambiente em todos os seus matizes* — como noção *singular e apartada* do patrimônio individual dos sujeitos, é extremamente recente, tanto no Direito estrangeiro, como no Direito Brasileiro. Hoje, a singularidade do bem ambiental, assim como sua condição de *res communes omnium* juridicamente valorizada, vêm reconhecidas em normas constitucionais e ordinárias.<sup>128</sup>

Em outras palavras, a titularidade do meio ambiente, como macroconceito, pertence à coletividade (sociedade) e a sua utilização é pública, vale dizer, a ele se aplica o princípio da não-exclusão dos seus beneficiários. Por isso se diz que o bem ambiental é público, não porque pertença ao Estado (critério subjetivo), mas porque não é passível de apropriação com exclusividade (critério objetivo), sendo, em decorrência, verdadeiro bem público de uso comum do povo. É bem público (em oposição a bem privado) exatamente porque é objeto de tutela que não se dá em proveito de um único indivíduo.

Veja-se que a evolução deu-se em duas áreas. Primeirò reconheceu-se que as *res communes omnium* (os elementos *aer*, *aqua profluens* e *mare* dos romanos) tinham, em si mesmas, relevância jurídica. Em segundo lugar, aceitou-se o meio ambiente, em sua acepção macro, como um bem jurídico em si mesmo, dotado de contornos próprios e de autonomia. Vale lembrar que para os romanos as *res communes omnium* não eram consideradas coisas em sentido jurídico e, por isso mesmo, vinham qualificadas de *res extra commercium*.<sup>129</sup>

A qualificação jurídica do meio ambiente hoje se espraia por todo o mundo. Poucos serão os ordenamentos que o desconhecem como realidade jurídica distinta dos elementos (microbens) que o compõem.<sup>130</sup>

128. É nesse sentido que a doutrina mais moderna afirma ser o meio ambiente “bem de propriedade coletiva e bem público em sentido objetivo” (Carlo D’Orta, “Ambiente e Danno Ambientale: dalla Giurisprudenza della Corte dei Conti alla Legge sul Ministero dell’Ambiente”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1987, fac. I, p. 92).

129. Salvatore Pugliatti, *Beni...*, cit., p. 87.

130. A Constituição sueca (Lei Fundamental — Instrumento de Governo), embora sem se referir diretamente à nautreza jurídica do bem ambiental, fixa que

No Brasil, a comunalidade do meio ambiente — originariamente um conceito econômico — foi adotada pela Constituição de 1988. Segundo seu texto, o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é um *bem de uso comum do povo*.<sup>131</sup> Percebe-se, claramente, que o constituinte deu ao bem ambiental uma dimensão até pouco tempo desconhecida em nosso ordenamento.

No mesmo sentido, antes mesmo da Constituição de 1988, a Lei 6.938/81 — Lei da Política Nacional do Meio Ambiente — atribui ao meio ambiente a qualidade de “patrimônio público”,<sup>132</sup> com isso querendo ressaltar que seu *dominus* não é nenhuma das pessoas de direito público interno — nem tampouco qualquer particular isolado — mas, ao contrário, é a própria coletividade. Trata-se de mais uma manifestação da concepção de meio ambiente como bem público de uso comum.

## 27. Meio Ambiente como bem público autônomo e unitário

A questão da individualização<sup>133</sup> do meio ambiente como um bem jurídico *per se* tem grandes implicações na formulação do Direito Ambiental, particularmente no que tange à disciplina do dano ambiental.

Sendo possível vislumbrar-se tal tipo de bem — como macrorealidade abstrata e distinta dos elementos que o compõem — dando-se-lhe relevância jurídica, é factível, então, que, em caso de ataque, busque-se

“O objetivo básico das atividades da comunidade será o bem-estar pessoal, econômico e cultural do indivíduo. Em especial, será dever da comunidade garantir o direito ao trabalho, à moradia e à educação, e promover a assistência social e a segurança, *bem como um meio ambiente favorável à vida*” (art. 2.º — grifo nosso). Por sua vez, a Constituição da República Popular da Polônia, atualizada até 1983, diz que “A República Popular da Polónia garante a proteção e a conformação racional do meio ambiente natural que é um *patrimônio de toda a nação*” (art. 12, item 2 — grifo nosso). A legislação francesa estabelece expressamente a natureza pública do interesse ambiental: “La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont *d'intérêt général*” (Lei 76-629, de 10.7.76, art. 1.º — grifo nosso). Em Portugal, o legislador, em vez de ressaltar o traço do interesse geral ou público, preferiu fazer referência à magnitude do interesse ambiental, como direito universal, vale dizer, que ele “pertence a todos e a ninguém com exclusividade: “Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender, incumbindo ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, promover a melhoria da qualidade da vida, quer individual, quer coletiva” (Lei 11/87, de 7.4.87 — Lei de Bases do Ambiente — art. 1.º).

131. Art. 225, *caput*.

132. Art. 2.º, inc. I.

133. Para Salvatore Pugliatti, a individualização “é aquela operação através da qual se determina um bem jurídico enquanto tal, isto é, uma entidade jurídica objetiva unitária e autônoma” (Salvatore Pugliatti, *Beni... cit.*, p. 175).

uma indenização específica para *aquele* bem e não apenas para os prejuízos causados em sua realidade corpórea proteiforme, isto é, nos rios, nas represas, num determinado edifício histórico, numa propriedade privada afetada, numa mata etc. O meio ambiente, como bem público (em sentido objetivo), teria sua contrapartida: o dano público, independente e distinto do dano individual.

José Afonso da Silva, o magnífico jurista da Universidade de São Paulo, já sublinhou que a qualidade do meio ambiente, como condicionante da própria qualidade da vida, transforma-se, nos tempos modernos, “num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornara num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento”.<sup>134</sup>

O bem ambiental, portanto, é público porque está à disposição de todos os cidadãos — daí ser bem de uso comum — e porque corresponde a uma *finalidade pública*. Em conseqüência, sua tutela tem um caráter também público e pertence não só ao Estado mas à coletividade também. Além disso, o bem ambiental é patrimonial porque suscetível de avaliação econômica.<sup>135</sup> Finalmente, lhe são de todo alheios os conceitos tradicionais de propriedade (apropriação privada ou mesmo pública, em sentido objetivo) e de materialidade.<sup>136</sup>

Mas seria possível realmente identificar-se o meio ambiente como um bem com *unidade e identidade* próprias, ou seja, como *nova res* distinta dos incontáveis elementos que compõem sua litosfera, atmosfera, hidrosfera, biosfera e antroposfera?

A natureza do bem ambiental, *pública*<sup>137</sup> — enquanto realiza um fim público ao fornecer utilidade à toda a coletividade — e *fundamental* — enquanto essencial à sobrevivência do homem — é uma extensão do

134. Ob. cit., p. 436.

135. É certo que, em certos casos, especialmente em sede de recursos naturais, é muito difícil a avaliação concreta do bem ambiental. Em conseqüência, não é fácil quantificar o valor real de eventual dano ambiental. Mas o reconhecimento dessa dificuldade de avaliação ou quantificação econômica do bem ambiental não implica dizer que não possua ele valor econômico.

136. Carlo D’Orta, ob. cit., pp. 71 e 75.

137. O vocábulo “público” aqui utilizado o é na acepção própria do Direito Administrativo, referindo-se mais ao conceito de *bem* do que propriamente ao de *interesse*. Público em oposição àquilo que é privado, isto é, possível de apropriação individual. Público porque orientado a uma finalidade de utilização pública. A ressalva é importante porque largos setores da doutrina mais moderna, especialmente os processualistas, distinguem os interesses em públicos, difusos, coletivos e individuais. A fórmula que permite compatibilizar a nomenclatura das duas disciplinas é a de que *o meio ambiente, como macrobem, é bem público de uso comum, enquanto que o interesse ambiental, como reflexo exterior deste, é difuso*. Assim porque, como muito bem assinala Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, em brilhante estudo, “o objeto do interesse tanto pode ser um *bem* como um *valor*” (Antônio Augusto de Camargo Ferraz, “Interesse Público, Interesse Difuso e Defesa do Consumidor”, in *Iustitia*, 137/50, jan.-mar./1987 — grifo no original).

seu núcleo finalístico principal: a valorização, preservação, recuperação, e desenvolvimento da fruição coletiva do meio ambiente, suporte da vida humana. Em síntese, o zelo, como conceito integral, pela *qualidade do meio ambiente*. É sobre este conceito básico de “qualidade ambiental” que se funda o reconhecimento de uma noção unitária e macro de meio ambiente (identidade esta desvinculada das suas manifestações materiais) e a aceitação de uma tutela ambiental igualmente unitária sob o prisma jurídico.

Logo, o meio ambiente, embora como interesse (visto pelo prisma da legitimação para agir) seja uma categoria *difusa*, como macrobem jurídico é de natureza pública. Como bem — enxergado como verdadeira *universitas corporalis* — é *imaterial*,<sup>138</sup> não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental.<sup>139</sup>

Assim, o meio ambiente é bem, mas bem como *entidade* que se destaca dos vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o *valor* relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa.<sup>140</sup> Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos:<sup>141</sup> é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável.

Há uma tendência — equivocada — a se enxergar o bem ambiental como pertencente a uma das pessoas jurídicas de Direito Público interno, seja ela a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios. Segundo tal tese, o bem ambiental seria público em sentido subjetivo, ou seja, propriedade de um dos entes estatais.

O bem ambiental, todavia, portador de identidade própria e enxergado como macrobem, não se aferra a nenhum destes sujeitos públicos. Como já dito, é bem público, só que em sentido objetivo, isto é, como patrimônio de toda a coletividade. Tanto isso é verdade que qualquer indenização proveniente de dano ao meio ambiente, como macrobem, não se destina aos cofres públicos, sendo, ao revés, posta à disposição do Fundo mencionado pela Lei 7.347/85 (art. 13). De qualquer modo, esta não é uma solução que destoa de outros sistemas jurídicos alienígenas, mesmo os mais apegados a uma visão individualista de propriedade.<sup>142</sup>

138. Paolo Maddalena, ob. cit., p. 76.

139. Carlo D’Orta, ob. cit., pp. 90-91 e 111.

140. e 141. Idem, ob. cit., pp. 76-77 e 92.

142. Mesmo no direito norte-americano, profundamente influenciado pelo conceito de propriedade individual, a recentíssima doutrina do *natural resource damage* permite indenizações por danos causados à “terra, peixes, vida silvestre, biota, ar, água, lençol freático, suprimentos de água potável, e outros recursos que pertençam,

Pensar diversamente é enxergar o bem ambiental de forma distorcida, muitas vezes fundada, é certo, até na norma constitucional.<sup>143</sup> Mas a determinação constitucional de uma dominialidade estatal para certos elementos que compõem o meio ambiente não afeta o nosso raciocínio. Como já salientado, o bem ambiental — como qualidade ambiental e como macroconcepção — não se confunde com seu suporte material, seja ele o mar, um lago, um rio, um sítio histórico etc.

Dizer-se que o meio ambiente é um bem público de uso comum não implica desconhecer que os elementos que o compõem, quando perquiridos isoladamente, se filiam a regimes jurídicos múltiplos, ora como —

sejam administrados, mantidos em confiança, concernente ou de qualquer outro modo controlado pelos Estados Unidos ..., qualquer dos Estados ... qualquer governo estrangeiro ... ou qualquer tribo indígena" (Lei Cercla, *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*). Note-se que o Estado pode, com base em tal doutrina, buscar reparação por danos sofridos em algo que supera a órbita de seu domínio. A base para tal doutrina — embora não afirmado no direito norte-americano — estaria assentada nas mesmas premissas da nossa concepção de meio ambiente como macrobem. De se ressaltar, ainda, que só o governo federal ou os governos estaduais têm legitimidade para buscar tal reparação, sendo que os valores auferidos são destinados a um fundo específico, o chamado *superfund*. Veja-se que o conceito de "recursos naturais" no sistema americano diz respeito "a tudo que não é obra do homem" ("anything not man-made"). Neste sentido, é mais restrito do que aquele que pretendemos para "meio ambiente", conforme definição da Lei 6.938/81 (art. 3.º, I). Como já referido, as dificuldades de avaliação dos danos aos recursos naturais são imensas. Não se pode, entretanto, confundir dificuldade de avaliação dos prejuízos com carência de dano. Para uma melhor compreensão do sistema norte-americano nesta matéria, veja-se, entre outros, os seguintes trabalhos: Barry Breen, "Cercla's Natural Resource Damage Provisions. What Do We Know So Far?" in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XIV, n. 8, pp. 10.304-10.310; Edward J. Yang, "Valuing Natural Resource Damages: Economics for Cercla Lawyers", in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XIV, n. 8, pp. 10.311-10.317; Howard Kenison, Carolyn L. Buchholtz e Shawn P. Mulligan, "State Actions for Natural Resource Damages: Enforcement of the Public Trust", in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XVII, n. II, pp. 10.434-10.440; Erik D. Olson, "Natural Resource Damages in the Wake of the Ohio and Colorado Decisions: Where Do we Go From Here?" in *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, v. XIX, n. 12, pp. 10.551-10.557.

143. Veja-se, por exemplo, que o art. 20 da Constituição Federal de 1988, lido sem esta cautela, pode levar à conclusão de que boa parte dos bens ambientais são de propriedade da União, já que diz serem bens desta "III — os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV — as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II; V — os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI — o mar territorial; VII — os terrenos de marinha e seus acrescidos; X — as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos."

na acepção do Código Civil — bens de propriedade pública,<sup>144</sup> ora como bens privados de interesse público, ora como meros bens privados.

Já vimos acima, todavia, que o traço público de uso comum *contamina* os elementos que compõem o meio ambiente (como macrobem), contaminação esta que ocorre *apenas* em relação ao valor ou *interface* ambiental do bem. Por exemplo, uma peça arqueológica ou artística integrante do patrimônio privado de uma pessoa, uma vez reconhecida sua aptidão como bem ambiental, seja por sua beleza excepcional, seja por sua raridade, passa, pelo enfoque meramente ambiental — sem qualquer alteração do vínculo de domínio — a ser considerada parte de um todo (meio ambiente em seu sentido macro) que é tido por bem público de uso comum. Aí está a *contaminação*, operação esta que, muitas vezes, sequer cria um direito para os cidadãos de “tocar”, “ver” ou mesmo “desfrutar diretamente” do bem. Em alguns desses casos, a natureza pública de uso comum se satisfaz com a simples afirmação da *preservação* do bem para as gerações futuras.

É verdade que autores de renome preferem caracterizar o bem ambiental como sendo de *interesse público*<sup>145</sup> e não, como pregamos,<sup>146</sup> de uso comum do povo. Tal categoria leva em consideração a impregnação do bem com uma *finalidade de interesse público*.<sup>147</sup>

De qualquer modo, no confronto com o Direito Ambiental mais recente, a concepção original de bens de interesse público permanece doutrinariamente válida, especialmente no que tange ao enfoque *subjetivo*, ou dominical, da questão. Com ela se evita discussões difíceis acerca da ‘utilização coletiva’ de certos bens eminentemente privados. É que a teoria do “uso público” aplica-se tanto aos bens pertencentes ao Estado (os rios, por exemplo), como aos bens pertencentes aos particulares (uma paisagem, por exemplo).<sup>148</sup>

144. Bens públicos em sentido subjetivo como, por exemplo, os elencados no art. 20, da Constituição Federal.

145. É o caso do mestre José Afonso da Silva — nos passos do ensinamento de Salvatore Pugliatti (Salvatore Pugliatti, *Beni...* cit., p. 57) — cuja lição exemplar afirma que “a doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens: os *bens de interesse público*, na qual se inserem tanto os bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público ... ficam eles subordinados a um peculiar regime relativamente ao seu gozo e disponibilidade (vínculos de destinação, de imodificabilidade, etc.; direito de prelação da administração, etc.), e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Essa disciplina pública dos bens privados condiciona a atividade e os negócios a ele relativos, sob várias modalidades, com dois objetivos: *controlar-lhes a circulação jurídica* ou *controlar-lhes o uso*, de onde surgem as duas categorias de bens privados de interesse público: os *de circulação controlada* e os *de uso controlado*” (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 439).

146. Até por força de mandamento constitucional (art. 225, *caput*).

147. Salvatore Pugliatti, *Beni...* cit., p. 57.

148. Paolo Maddalena, ob. cit., p. 66.

No caso brasileiro, tendo a Constituição de 1988 e a legislação ambiental a ela anterior *individualizado e publicizado* o bem jurídico meio ambiente, passa ele, então, a ser, *objetivamente* falando, bem público de uso comum. A Lei 6.938/81 não deixa qualquer dúvida a este respeito: considera, expressamente, “o meio ambiente como um *patrimônio público*”.<sup>149</sup>

Em sentido subjetivo, porém — analisando-se a titularidade dos *elementos proteiformes* (coisas ou valores) que compõem o meio ambiente — podem ser eles públicos (de propriedade das entidades públicas) ou privados (de propriedade dos particulares). Assim, com base neste último enfoque, quando se diz que o meio ambiente é bem de interesse público, o que em verdade se pretende afirmar é que seus *elementos componentes* — visualizados anatomicamente, como mar, rio, floresta, ar, monumento histórico, gleba com cobertura florestal — mesmo quando pertencentes a particulares, submetem-se a um regime especial: o do interesse público.<sup>150</sup>

Em suma, o regime de propriedade da coisa que compõe o complexo do bem ambiental é o mais variado. Tal não influi, contudo, no regime jurídico e na titularidade do bem ambiental, visto em sentido macro.<sup>151</sup> Em sua macrorealidade abstrata, o meio ambiente é sempre bem público de uso comum. Diversamente, em sua micropercepção, o meio ambiente é visto como um conglomerado de elementos proteiformes submetidos, em uma análise simplificada, a dois regimes básicos de titularidade domínial: o público (no sentido de propriedade do Estado) e o privado. Este último gravado com a qualidade de interesse público.

No Brasil, a Constituição, ao disciplinar o meio ambiente, “bem de uso comum do povo”, não faz qualquer distinção, pelo prisma subjetivo da titularidade do domínio, entre as diversas categorias de propriedade dos seus elementos.

Em sentido inverso, a natureza pública do bem ambiental traz enormes reflexos no regime interno da coisa individual que o compõe. Tanto assim é que, ainda no caso do Brasil, a ordem econômica e financeira limita-se pelo princípio da “defesa do meio ambiente”.<sup>152</sup> Esta e tantas outras limitações atuam sobre a coisa de interesse ambiental. É que, ao lado da funcionalização social da propriedade, com o novo texto constitucional deu-se também sua *funcionalização ambiental* (“função” aqui em sentido diverso daquele utilizado no decorrer deste trabalho).

De qualquer modo, antes de toda a reforma ambiental que se processou nos países industrializados e no Brasil a partir da Lei 6.803/80 (Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição), não era

149. Art. 2.º, I (grifo nosso).

150. É assim que deve ser entendida a manifestação do Prof. José Afonso da Silva.

151. Carlo D’Orta, ob. cit., p. 93.

152. Art. 170, VI.

possível a individualização de um bem jurídico ambiental *tout court*. Tanto assim que, no plano processual, o Ministério Público, representante por excelência do interesse público, não tinha legitimidade para defendê-lo. Não se negava que o meio ambiente fosse *bem da vida*, objeto de interesse individual ou coletivo. Recusava-se a ele, todavia, a qualidade de bem dotado de juridicidade própria.<sup>153</sup>

No Direito Brasileiro, sendo os bens “os valores materiaes ou immateriaes, que servem de objecto a uma relação jurídica”,<sup>154</sup> recusando-se ao meio ambiente a condição de bem jurídico, impedia-se a formação de relação jurídica apta a pleitear tutela. Com isso, a devastação ecológica não encontrou, por muitos séculos, qualquer óbice.

## 28. Conseqüências da natureza pública do bem ambiental

A principal conseqüência da adoção de uma qualidade pública de uso comum para o bem ambiental é a sua *indisponibilidade*. O Estado e o particular não podem dispor do bem ambiental, em seu sentido macro e visto como qualidade ambiental, ou, nos termos da Constituição de 1988, como “meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Tal tem implicações profundas no processo civil no que tange à transação nas ações ambientais. Aquilo que Lúcia Valle Figueiredo disse acerca do interesse público em geral aplica-se inteiramente ao bem ambiental: o princípio da indisponibilidade é corolário lógico do princípio da supremacia do interesse público.<sup>155</sup> Poderíamos, então, afirmar que o princípio da indisponibilidade do bem ambiental é decorrência natural do princípio de sua supremacia na ordem jurídica.

Em complementação à indisponibilidade, o bem ambiental também é inalienável, pelo menos no novo regime constitucional. A ninguém é lícito, em tal raciocínio, vender, por exemplo, “permissões” para poluir, já que isto, indiretamente, significaria alienação do próprio bem ambiental.

Portanto, o Poder Público só pode licenciar atividade poluidora quando, mesmo com “a melhor tecnologia existente”, ainda assim a atividade não consegue eliminar totalmente sua lesividade ao meio ambiente. Do contrário, o Poder Público, ao licenciar, estaria, pela via transversa, dispondo, para não dizer alienando, parcela daquilo que, constitucionalmente, não está na sua órbita de disposição: a qualidade ambiental.

Como conseqüência da inalienabilidade, o bem ambiental é também impenhorável e imprescritível. Assim, por exemplo, a ninguém é lícito “adquirir” o direito de poluir sob o fundamento de que já o faz ininterruptamente há anos sem que o Estado o importune.

153. Carlo D’Orta, ob. cit., p. 85.

154. Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1984, p. 269.

155. Lúcia Valle Figueiredo, *Empresas...* cit., p. 22.

## PARTE II — A IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL — O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO AMBIENTAL

### 29. Introdução: os conflitos humanos, a regulamentação legal e a implementação

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

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

Os conflitos surgem em todas as áreas de convivência como decorrência da competição por alimentos, por saúde, por transportes, por educação, por habitação e também... por recursos naturais. A constatação decorre “de um fenômeno corrente, segundo o qual os homens, para satisfação de suas múltiplas necessidades, que são *ilimitadas*, disputam os bens da natureza, por definição *limitados*. E é este fenômeno tão simples quanto importante que está na raiz de grande parte dos conflitos que se estabelecem no seio da comunidade”.<sup>156</sup>

Para conter os conflitos — individuais ou supra-individuais — o Estado faz enorme uso de um instrumento que nos interessa de perto: a *regulamentação legal*<sup>157</sup> dos fenômenos humanos.<sup>158</sup>

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

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

156. Edis Milaré, *Curadoria do Meio-Ambiente*, S. Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1988, p. 17 (grifo no original).

157. Noção que não se confunde com aquela tratada pelo nosso Direito Administrativo, como produto de um chamado poder — embora assim não seja regulamentar.

158. Denominada *regulation* pelos juristas norte-americanos.

Não é nosso intuito aqui analisar a regulamentação em profundidade. Tudo porque nossa atenção estará voltada para o “outro lado da moeda”. Realmente, no mesmo nível do debate acadêmico que cerca a idéia de *regulamentação*, impõe-se também o estudo de uma outra noção: a de *implementação da lei*,<sup>159</sup> matéria esta completamente ignorada pela doutrina brasileira.

A relação entre regulamentação e implementação parece evidente. Sinteticamente, a regulamentação consiste na criação de um aparato legal,<sup>160</sup> enquanto que a implementação se apresenta como a aplicação, no caso a caso, deste mesmo aparato. Ou seja, a regulamentação mostra-se como um ente mais abstrato ou distante, enquanto que a implementação ganha vida no dia a dia, como um ente concreto mais preocupado com fatos do que com hipóteses.

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

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

### 30. O Ministério Público e a implementação do Direito

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

Ora, parece portanto um contra-senso que o Ministério Público possa cumprir adequadamente suas atribuições sem bem assimilar a idéia de implementação que, em última análise, determina seu domínio, suas responsabilidades, seus instrumentos e até seus fracassos. É na implementação, não há dúvida, que o Ministério Público se afirma, já que a regulamentação é basicamente exercício de outra função estatal, isto é, ocorre como produto de função legislativa<sup>161</sup> (embora o Poder Executivo — e até o Ministério Público — também tenha o condão de emitir regulamentação).

159. Ou, novamente na expressão dos norte-americanos, *enforcement*.

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

161. Ou, mais tecnicamente, função normativa.

### 31. O Meio Ambiente e sua proteção jurídica

O meio ambiente, como qualquer outro bem jurídico, provoca conflitos em torno de si que, necessariamente, exigem tratamento, ora preventivo, ora reparatório, ora repressivo. O Direito se propõe a dar esse tratamento através da lei. Só que, como já mencionamos, a legislação ambiental, do mesmo modo que toda e qualquer modalidade de legislação, nada significa sem que existam mecanismos eficientes de implementação.

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

Os ataques ao meio ambiente em nosso País, continuados e impunes, não obstante o esforço que se faz para evitá-los e reprimi-los, força-nos a uma reflexão sobre os porquês e o que fazer. Parece que não mais se trata de carência absoluta de legislação. Realmente, "desde 1973, o Brasil vem desenvolvendo um sistema substantivo de leis e regulamentos de controle da poluição, similar, em muitos aspectos, aquele dos Estados Unidos".<sup>162</sup>

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

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

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

Cabe, então, indagar o que o Ministério Público, como uma dessas instituições encarregadas da tutela ambiental, como titular de função ambiental, está fazendo e se propõe a fazer para bem cumprir seu *munus*:

162. Roger W. Findley, "Pollution control in Brazil", in *Ecology Law Quarterly*, v. 15, n. 1, p. 64.

para mudar a forma como o meio ambiente é tratado em nosso País e, se necessário, para mudar a si mesmo, com vista a uma atuação mais eficiente no seu dever-poder de implementar a legislação ambiental.

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

### 32. A busca de um modelo eficiente de proteção ambiental — Formas de exercício de função ambiental

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

O esforço protetório é duplo: crescente regulamentação e melhores mecanismos de implementação. Os últimos anos vêm assistindo a introdução de diversos mecanismos novos de tutela ambiental. São concepções inovadoras de cunho material ou meramente *formal*. Não custa lembrar que de há muito tempo o ordenamento incorporou *meios repressivos* de proteção ao meio ambiente, os mais importantes deles vindo a ser a sanção penal e a sanção administrativa. Não bastou.

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

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

Por isso mesmo, ao lado das medidas cautelares tradicionais, o Direito recentemente incorporou certos recursos de tutela ambiental que, ao contrário dos repressivos e reparatórios já citados, caracterizam-se pela sua qualidade de *prevenção* ao dano ecológico. Entre eles podemos destacar o zoneamento ambiental<sup>163</sup> e o estudo de impacto ambiental.<sup>164</sup>

É de todo evidente que, dentre todos os instrumentos de proteção ambiental, os preventivos mostram-se como os únicos capazes de garantir, diretamente, a *preservação* do meio ambiente, posto que a reparação e a

163. Confira-se Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 1989, pp. 77-115.

164. Veja-se Paulo Affonso Leme Machado, in ob. cit., pp. 116-156; Édís Milaré, *Curadoria*... cit., pp. 23-28; Antônio Herman Vasconcellos Benjamin, "Estudo de Impacto Ambiental e Ministério Público", in *Anais do VII Congresso Nacional do Ministério Público*, B. Horizonte, 1987; Herman V. Benjamin, "Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental e o controle da discricionariedade administrativa", in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, ed. especial, n. 27, 1992.

repressão pressupõem dano manifestado, vale dizer, ataque ao equilíbrio ecológico já ocorrido. Os primeiros têm os olhos voltados para o futuro. Já os outros dois alimentam-se do passado que, não raras vezes, não mais pode ser reconstituído.<sup>165</sup>

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

### 33. Conceito de implementação legal

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

Em um conceito restritivo, a idéia de implementação diria respeito apenas ao que fazer *após* a violação da norma. Ou seja, como reprimir e reparar o comportamento desconforme. O extremo desta visão seria confundir a implementação com a simples atuação da polícia nos casos em que a lei deixou de ser cumprida. É ver a implementação como nada mais que repressão aos atentados à ordem estabelecida. Em tal sentido tímido, “a implementação é definida como a aplicação de um conjunto de instrumentos legais, tanto informais como formais, que se propõem a impor sanções legais (por exemplo, uma penalidade) com o objetivo de assegurar que um grupo de exigências seja respeitado”.<sup>166</sup>

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

Enquanto no primeiro modelo, estreito e tradicional, o objetivo primordial é o *sancionamento*<sup>167</sup> no segundo a razão chave é o *cumprimento*<sup>168</sup>

165. Como bem assinala Paulo Affonso Leme Machado, o primogênito do Direito Ambiental brasileiro, “a reparação do dano não pode minimizar a prevenção do dano. É importante salientar esse aspecto. Há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar “poluo, mas pago”. Ora, o princípio “poluidor-pagador” que está sendo introduzido em direito internacional não visa coonestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação” (Paulo Affonso Leme Machado, ob. cit., p. 193).

166. Cheryl E. Wasserman, “An overview of compliance and enforcement in the United States: philosophy, strategies and management tools”, in *International Enforcement Workshop, Proceedings*, Utrecht, U.S. EPA e Netherlands Ministry of Housing, Physical Planning and Environment, 1990, p. 9.

167. Ou *sancioning*.

168. Ou *compliance*.

da lei. Central na estratégia sancionadora é a punição pelo desrespeito à lei, enquanto que no cumprimento é a sua prevenção.<sup>169</sup>

Mais concretamente, pelo prisma ambiental, e em acordo com o conceito amplo exposto, a implementação "deve ser compreendida como abrangendo todos os meios através dos quais poluidores podem ser compelidos a respeitar a lei".<sup>170</sup> Compelidos sim, e não meramente reprimidos.

Logo, a preocupação maior deve ser com o cumprimento da lei e não tão-somente com a repressão ou reparação dos comportamentos desconformes. Não esperar que o dano ocorra, mas, ao revés, a ele se antecipar.

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

#### 34. Por que devemos nos preocupar com a implementação legal?

Quando nos propomos a analisar o fenômeno da implementação legal não nos impulsiona apenas um espírito acadêmico. Algumas razões fazem com que a implementação assuma importância fundamental na sociedade moderna, mais ainda quando a nossa preocupação está voltada para a proteção do meio ambiente em que vivemos.<sup>171</sup>

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

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

169. Keith Hawkins, *Environment and Enforcement — Regulation and the Social Definition of Pollution*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 4.

170. William H. Rodgers, *Environmental Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1977, p. 336.

171. A análise que fazemos neste ponto baseia-se em Cheryl E. Wasserman, artigo cit., p. 9.

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

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

Finalmente, e este parece ser o objetivo mais importante da implementação, sobressai o elemento do *desestímulo*<sup>172</sup> de novas violações da regulamentação. A teoria do desestímulo, em poucas palavras, “significa que os obrigados são desencorajados a violarem aquilo que é exigido”.<sup>173</sup> Identifica-se quatro ingredientes na teoria do desestímulo: uma probabilidade crível de detecção, uma resposta certa e rápida, uma sanção apropriada e a percepção por parte dos sujeitos dos outros três ingredientes.<sup>174</sup>

É o elemento do desestímulo que fornece à implementação seu caráter multiplicador. “Já que nenhum programa de implementação tem condições de se mostrar presente em todos os momentos, para todas as violações, cada programa tem que dispor e desenvolver uma maioria de respeitadores e focalizar seus esforços nos remanescentes que não se insurgem contra a regulamentação. A magnitude do efeito de desestímulo de cada ação de implementação, ao induzir outros a não violarem a lei, depende da força de cada um desses quatro fatores”.<sup>175</sup>

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

### 35. Elementos de uma estratégia de implementação ambiental

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

Alguns elementos devem sempre estar presentes: a identificação dos sujeitos obrigados ou atingidos pela regulamentação, o estabelecimento de prioridades, a promoção e o monitoramento do cumprimento da lei, a implementação sancionatória em caso de violação, a clarificação dos papéis dos órgãos federais, estaduais e municipais, a criação de um sistema de gerenciamento e avaliação dos resultados alcançados.<sup>176</sup>

172. Ou *deterrence*.

173. Cheryl E. Wasserman, artigo cit., p. 10.

174. a 176. Cheryl E. Wasserman, artigo cit., pp. 10 e 11.

## 36. Classificação dos modos de implementação

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

### 36.1 Quanto à qualidade de quem provoca a implementação

Aqui o que importa é quem é o ator principal. A implementação por este prisma pode ser *pública* ou *privada*.

A implementação pública é exercida fundamentalmente por dois dos poderes estatais, isto é, o Executivo (implementação administrativa) e o Judiciário (implementação judicial).

A implementação judicial pode ser civil (ação civil pública) ou criminal (ação penal).

A implementação privada, diversamente, é produto da atuação de organismos privados, manifestando-se ora através de formas de auto-regulamentação traçadas pelos próprios infratores potenciais,<sup>177</sup> ora mediante ação, coletiva ou individual, das vítimas potenciais das condutas (assim quando propõem uma ação civil pública).<sup>178</sup>

Sob essa ótica, a implementação pelo Ministério Público é *híbrida*; durante o inquérito civil, há pura implementação administrativa; mas uma vez proposta a ação civil pública ou a ação penal, caracterizada está a implementação judicial.

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

Com base na perspectiva em que enxerga o dano ambiental, identificamos a implementação preventiva,<sup>179</sup> a implementação reparatória<sup>180</sup> e a implementação repressiva.<sup>181</sup>

A implementação pelo Ministério Público pode ser, conforme o caso, preventiva, reparatória ou repressiva. Mas é sempre pública, judicial (ação penal e civil) ou administrativa (inquérito civil).

177. As empresas poluidoras, por exemplo, criam métodos alternativos de solução de conflitos ambientais.

178. Vale notar que, no caso da ação civil pública e da ação popular ambientais, apenas a provocação ou iniciativa é privada, já que o exercício final da implementação é público e judicial.

179. Estudo de impacto ambiental, zoneamento ambiental e padrões de emissão.

180. Reconstituição do bem lesado ou indenização.

181. Crimes, contravenções e ilícitos administrativos.

### 37. Dificuldades na implementação ambiental

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

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

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

Realmente, a lei pode ser implementada por *coação* ou por *conclinação*. Naquele caso há *compulsão*, neste, *compromisso*. Em áreas como a ambiental, mais e mais a implementação é feita através de compromissos. Conseqüentemente, não são poucas as queixas de que a lei, para tais casos, não é cumprida. É que estamos ainda subjugados a uma concepção tradicional segundo a qual só a implementação através de coação é verdadeira implementação.<sup>182</sup>

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

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

### 38. O papel do Ministério Público na implementação ambiental

É sempre bom lembrar o papel fundamental que o Ministério Público brasileiro — ao contrário de seus similares europeus — tem na proteção do meio ambiente. O Ministério Público atua em todas as formas de implementação: na preventiva e administrativa — ao fiscalizar estudos de impacto ambiental e ao instaurar inquérito civil preventivo<sup>183</sup> — na

182. Keith Hawkins, ob. cit., p. 3.

183. e 184. Veja-se Edis Milaré, *Curadoria...* cit., pp. 22-28 e 46.

judicial, reparatória ou repressiva — ao propor ação civil pública ou ação penal.<sup>184</sup>

Donde se pode dizer, sem qualquer exagero, que, no Brasil, onde houver implementação ambiental estará (ou deverá estar) o Ministério Público. Traga-se em suporte da afirmação o fato de que a grande maioria das ações civis públicas ambientais propostas tem no Ministério Público o seu autor; mesmo naquelas em que tal não ocorre, ainda assim a instituição atua, necessariamente, como fiscal da lei.<sup>185</sup>

### 38.1 A origem e o desenvolvimento da implementação ambiental pelo Ministério Público

O Ministério Público, já de muito tempo, exercia a *persecutio criminis* em matéria de criminalidade ambiental, seja no Código Penal<sup>186</sup> ou na Lei das Contravenções Penais,<sup>187</sup> seja na Legislação Especial.<sup>188</sup> Entretanto, como é do conhecimento de todos, a implementação dessas leis pelo Ministério Público — de cunho eminentemente repressivo — praticamente inexistiu.

Posteriormente, a Lei 6.938/81 estabeleceu que “O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente”.<sup>189</sup>

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

Em seguida, a Lei 7.347/85 ao prever a legitimidade do Ministério Público para propor “as ações por danos causados ao meio ambiente”<sup>190</sup> e para “instaurar, sob sua presidência, inquérito civil”,<sup>191</sup> aprimorou o sistema já delineado pela Lei 6.938/81.

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

185. Lei 7.347/85, art. 5.º, § 1.º.

186. Arts. 270 e 271, p. ex.

187. Arts. 38 e 42, exemplificativamente.

188. Particularmente no Código Florestal (Lei 4.771/65) e na Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/67, alterada pela Lei 7.653/88).

189. Art. 14, § 1.º.

190. Art. 1.º, inc. I.

191. Art. 8.º, § 1.º.

Segundo o Texto Constitucional, entre as funções institucionais do Ministério Público está “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.<sup>192</sup>

Finalmente, o Código de Defesa do Consumidor,<sup>193</sup> deu a outros interesses difusos e coletivos o regramento conferido aos interesses ou direitos dos consumidores; ademais, estendeu a criação e tratamento da *class action* ou, na sua nomenclatura, “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos”,<sup>194</sup> também para a proteção do meio ambiente.

### 38.2 Natureza da intervenção

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

Embora a atuação do Ministério Público na proteção ambiental seja recente, muito já se fez e a instituição brasileira tem recebido aplausos até mesmo a nível internacional. Em recente artigo sobre o Direito Ambiental brasileiro, o grande ambientalista e “brasilianista” norte-americano Roger W. Findley destacou que “está claro que o Ministério Público — um grupo de Advogados de carreira, relativamente bem dotado de recursos e apolítico, com poderes de investigação substanciais e um forte comprometimento com o interesse público — pode aumentar substancialmente o peso na luta contra a poluição”.<sup>195</sup>

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

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

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

192. Art. 129, inc. III (grifo nosso).

193. Lei 8.078/90, nas suas Disposições Finais (art. 117).

194. Arts. 91 a 100.

195. Roger W. Findley, artigo cit., p. 66.

### 38.3 Os desafios do Ministério Público

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

Mais: deve o Ministério Público dispersar suas atenções (e recursos limitados) em todas as direções, perdendo-se nas milhares de violações individuais, ou, diversamente, deve concentrar-se fundamentalmente em fontes poluidoras de grande dimensão? Quais os mecanismos que devem ser priorizados, os judiciais ou os administrativos? O trabalho do Ministério Público deve estar preocupado apenas com a implementação repressiva e reparatória ou, ao revés, deve igualmente ser sensível a uma política de resultados?

E, finalmente: como os recursos advindos de condenação decorrente de ações civis públicas estão sendo utilizados e como podem melhor ser empregados? É adequado o sistema atual em que o Ministério Público dificilmente pode negociar uma solução para um conflito ambiental? Como está sendo feita a formação dos profissionais do Ministério Público encarregados da implementação da legislação ambiental (se é que se pode, realmente, falar-se em treinamento)? Qual o papel do Ministério Público Federal e qual aquele outro reservado aos Ministérios Públicos Estaduais?

Muitas indagações, poucas respostas. É hora, portanto, de começar a meditar sobre elas e, se possível, em futuro próximo, respondê-las, para nós mesmos e para a sociedade como um todo.

### 38.4 As cinco "questões" básicas e o aperfeiçoamento da implementação ambiental pelo Ministério Público

Não seria neste curto trabalho que esgotaríamos a análise das alternativas para o aperfeiçoamento do Ministério Público em matéria de implementação ambiental. Cabe-nos apenas apontar alguns rumos preliminares. Para tanto utilizaremos cinco "questões" fundamentais que devem ser resolvidas, a curto prazo, pelo Ministério Público.

#### 38.4.1 A questão da especialização:

Em primeiro lugar, impende que os Promotores de Justiça Ambientais sejam especializados.

Não mais se admite que, quase dez anos após a promulgação da Lei 6.938/81, ainda existam Ministérios Públicos estaduais que desconhecem, de fato, a figura do Promotor de Justiça encarregado de tutelar o meio ambiente.

A questão da especialização tem duas faces: serve para facilitar a identificação, pelos cidadãos e pelos poluidores, do agente titular do dever-poder de implementação ambiental ministerial; presta-se também para criar, no próprio Promotor de Justiça, uma adequação psicológica à matéria.

#### 38.4.2 A questão da independência:

Ao lado da questão da especialização coloca-se uma outra igualmente importante: não basta que Promotores de Justiça sejam *designados* para atuarem como agentes implementadores da legislação ambiental.

A função ambiental, mais que qualquer outra, exige independência e esta, por sua vez, requer a previsão de cargo fixo para o titular do dever-poder de implementação.

#### 38.4.3 A questão da formação:

Mas tampouco é suficiente concretizar a função (questão da especialização) e proteger seu titular de pressões (questão da independência). Essas duas exigências pouco significam sem que os Promotores de Justiça sejam submetidos a rigoroso e contínuo treinamento, tanto em questões jurídicas ambientais, como também em outras áreas da Ciência Ambiental. Um Promotor de Justiça Ambiental que desconhece os rudimentos de Ecologia, de Geografia Humana, de Economia, é alguém incapaz de retirar o máximo proveito do seu esforço de implementação.

#### 38.4.4 A questão das prioridades:

Todo o trabalho de implementação dirige-se a um fim específico que é garantir o cumprimento da lei. Todavia, violações há aos milhares, a cada minuto e a cada quilômetro, e os recursos do Ministério Público são finitos. Logo, prioridades e programas deverão, inadiavelmente, ser traçados para que se consiga de cada cruzeiro investido o máximo de eficiência.

A questão das prioridades também traz à baila duas subquestões: a da *coordenação* e a da *prevenção*. Os programas e as prioridades são traçados de maneira coordenada. O Promotor de Justiça Ambiental não é um indivíduo isolado, até porque a problemática ambiental não se apresenta desta forma no cenário social. Além disso, a função ministerial ambiental dá prioridade máxima à prevenção das violações. A reparação e a repressão, que não devem ser descuidadas, não propiciam o máximo de eficiência à implementação ambiental.

#### 38.4.5 A questão do aparelhamento:

A tutela ambiental, ao contrário do modelo tradicional de implementação da lei, não mais se faz com um Código, com uma caneta, um pedaço

de papel e um agente disposto a exercê-la. O Promotor de Justiça Ambiental é, antes de mais nada, um ser cercado por problemas complexos, das mais diversas origens, tudo se processando com imensa velocidade. Por conseguinte, o trabalho artesanal não se presta à implementação ambiental.

A questão do aparelhamento passa, basicamente, pela concessão de recursos materiais e técnicos mínimos para que o Promotor de Justiça Ambiental possa identificar, analisar e entender as situações com que se defronta.

#### 38.4.6 A questão do acompanhamento:

Se todas as outras “questões” forem cumpridas, ainda ficará faltando uma final, a de acompanhamento. Significa ela que o Promotor de Justiça, em face das características peculiares da problemática ambiental, necessita, continuamente, de um quadro atualizado e geral de seu objeto e de sua atuação.

Do contrário, corre o risco de não conseguir corrigir seus erros a tempo. É importante que o Promotor possa, em cada caso, comparar a energia despendida e os resultados alcançados, fazendo-o inclusive em relação a outros casos seus.

### 39. Conclusão

Em conclusão poderíamos dizer que o Direito, finalmente, dá mostras de interesse pela questão ambiental, interesse esse que passa, necessariamente — através da criação de instrumentos legais e órgãos de atuação — pela intervenção na esfera econômica.

Nada há de novo nessa concepção que enxerga a lei regulamentando o funcionamento da economia e o comportamento dos cidadãos na exploração e utilização de recursos escassos. Em particular, no que tange à problemática ambiental, o nosso sistema constitucional, expressamente, dispõe que a ordem econômica, entre outros princípios, deve observar a defesa do meio ambiente.<sup>196</sup>

Novidade é, contudo, “a criação de burocracias equipadas com sanções legais para regulamentar a vida econômica. Os órgãos estatais, especialmente criados para controlar um segmento particular da atividade econômica, gozam, em geral, de vastos poderes para estabelecer e implementar parâmetros de conduta”.<sup>197</sup> É aí que nasce e se identifica claramente a função ambiental estatal. Novidade é, também, a concessão aos particulares de poderes para imiscuir-se, igualmente, no tratamento que a atividade econômica dê à questão ambiental.

196. Constituição Federal, art. 170, VI.

197. Keith Hawkins, *Environment and Enforcement*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 18.

De qualquer modo, a questão ambiental, embora tenha recebido sede própria (o Direito Ambiental), ainda integra a esfera de preocupações do Direito Administrativo, particularmente face ao reconhecimento desta função ambiental estatal-administrativa.

A chamada função ambiental depassa a órbita do Estado — e do próprio Ministério Público — chamando o cidadão, individual ou coletivamente, para exercer algumas de suas missões. Tal se dá em decorrência da qualidade comunal do bem ambiental e, especificamente no caso brasileiro, como decorrência também do mandamento constitucional.

Vislumbra-se, então, um despertar ecológico no País. Acorda a sociedade, acorda o legislador e, confia-se, acordará o administrador, o Ministério Público e o juiz. Ninguém está excluído e a ninguém é lícito excluir-se do dever-poder de proteger o meio ambiente.

Não há, em matéria ambiental, qualquer imunidade, a não ser a da própria vida — a nossa, a dos nossos semelhantes e a dos seres que nos cercam — assim como a da beleza, conceito abstrato, seja ela dos seres vivos ou não, dos bens corpóreos ou não. Aqui fazemos coro com Édis Milaré no sentido de que todos esperamos “que essa nova mentalidade resulte numa política clara e abrangente, que envolva a atuação conjunta de governo e comunidade e que trate de coibir as agressões inconseqüentes e continuadas ao meio ambiente”.<sup>198</sup>

Em um de seus magníficos estudos, Roger W. Findley escreveu que, no Brasil, de uma maneira geral, “a implementação administrativa de padrões ambientais parece ser frouxa. Tal pode ser atribuído parcialmente a lacunas e incertezas nos parâmetros legais, a escassez de recursos humanos e materiais para a implementação, e às dificuldades inerentes à aplicação de padrões ambientais a múltiplos poluidores. De qualquer modo, o fator principal tem sido a carência de vontade política em exigir despesas de vulto com a redução da poluição a não ser quando a saúde de um grande número de pessoas está clara e urgentemente ameaçada”.<sup>199</sup>

Se é certo que a análise do grande mestre americano dirigia-se mais especificamente à questão da implementação administrativa, aplica-se perfeitamente à implementação judicial, seja ela criminal ou civil.

O Ministério Público Brasileiro, ao contrário do que se diz, ainda não tem um modelo de implementação ambiental e de exercício de função ambiental. É um ser com valor, vontade e meios. Falta-lhe escolher o melhor caminho. E este, como já diz a voz popular, só se encontra tentando e errando.

Avaliando-se o percurso do Ministério Público nos últimos dez anos há motivos, de sobra, para otimismo. Como instituição tem ele reconsiderado sua destinação, seus fundamentos, seus objetivos e seus meios. Busca

198. Édis Milaré, ob. cit., p. 19.

199. Roger W. Findley, artigo cit., p. 30.

se adequar a uma nova realidade socioeconômica de conflitos massificados, alguns diretamente envolvidos com a própria sobrevivência da humanidade. Tem se mostrado, finalmente, como ferramenta de transformação das próprias relações sociais. É, sem dúvida, o percurso para um novo mundo — mais humano e solidário — para a instituição e para aqueles que busca servir.

Realmente, se o homem “quer sobreviver, fatalmente terá de reconsiderar o seu modo de vida e de pensamento, terá de modificar fundamentalmente o seu comportamento para com o nosso ambiente. A era do desperdício, da negligência, da imprevidência, deve suceder a era da economia (no sentido original do termo), da planificação ecológica, enfim e sobretudo... da solidariedade com os nossos contemporâneos e... com as gerações futuras. Sonho, ilusão, utopia, tudo isso... ou antes promessa de sucesso e... de felicidade?”<sup>200</sup>

É a nossa pergunta.

200. Konrad Lorenz, in *Council of Europe — Uma oportunidade para a natureza: a Convenção de Berna*, Estrasburgo, Comissão Européia para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, 1984, p. 7.