

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO FRENTE AS OBRIGAÇÕES DE TUTELA DAS ÁREAS AMBIENTAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDAS

LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE DELLO STATO CONTRO GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE DI AREE AMBIENTALE PROTETTE.

André Pinto Donadio¹

Marlus H. Arns de Oliveira²

RESUMO

O dever constitucional de criar e proteger áreas de relevância ecológica é do Estado e dos cidadãos, no entanto depende exclusivamente daquele para que esta obrigação se efetive. Neste sentido o Sistema Nacional de Unidades de Conservação torna-se um instrumento útil para que o Estado atue eficazmente na proteção de áreas de especial relevância ambiental. No cumprimento do mister da conservação das áreas ambientais o Poder Público deve observar diversos critérios, tais como: diagnóstico da área em que se criará a unidade de conservação; a realização de audiência pública; a provisão orçamentária para que se efetive e exteriorize a criação e implantação de uma unidade de conservação. Quando o Estado, no cumprimento de suas obrigações de proteção e conservação de áreas ambientais de grande relevância, atua de maneira ineficaz ou omissa deve responder pelos seus atos, causadores de danos ao meio ambiente, a coletividade e as futuras gerações. A responsabilização Estatal será realizada por intermédio das teorias da responsabilidade subjetiva e objetiva, tanto por ato comissivo ou omissivo, e por conseguinte, o fim socioambiental a que tem obrigação poderá ser alcançado.

Palavras-Chave: responsabilidade civil do Estado; criação de áreas de relevância ecológica; obrigação constitucional para delimitação de unidades de conservação; Sistema Nacional de Unidades de Conservação; obrigação do Estado na proteção do meio ambiente.

SOMMARIO

IL dovere costituzionale di creare e proteggere le zone di importanza ecologica è responsabilità dello stato e degli cittadini, tuttavia dipende dell'iniziativa dello stato per l'obbligo sia raggiunto. In questo senso il sistema nazionale delle unità di conservazione diventa un utile strumento per il quale lo Stato può agire efficacemente per la protezione delle aree di particolare rilevanza ambientale. In conformità con il *mister* della conservazione delle aree ambientali il potere pubblico deve rispettare criteri diversi, quali: diagnosi della zona in cui si potrà creare l'unità di conservazione; completamento della audizione pubblica; la disposizione in materia di bilancio e esteriorizzare la creazione e l'attuazione di una unità di conservazione. Quando lo Stato, nell'adempimento dei loro obblighi di protezione e conservazione delle aree ambientali di grande rilevanza, opera senza efficacia o se omette, devono rispondere, perché vari danni ambientali si succederranno in ragione de sue prestazioni o omissione. IL rendiconto sarà effettuata per mezzo di teorie di responsabilità soggettiva e oggettiva, sia dalla legge comissivo o omissivo, e quindi, la fine di ecologico che ha l'obbligo può essere raggiunto.

Parole chiave: la responsabilità civile dello Stato; creazione di importanza aree di riequilibrio ecológico; obbligo costituzionale per la delimitazione delle unità di conservazione; Sistema Nazionale di conservazione; l'obbligo dello Stato di proteggere l'ambiente.

¹ Advogado em Curitiba. Especialista em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

² Advogado em Curitiba. Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa Brasil de 1988 positivou em seu artigo 225 a proteção do meio ambiente, fazendo-o de forma inédita no direito brasileiro. Com isso, uma obrigação já prevista em legislação infraconstitucional, constitucionalizou o dever do Estado em definir e criar áreas protegidas.

Uma década após a promulgação do texto constitucional, no ano de 2000, foi sancionada a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Referida legislação trouxe para o Poder Público e também para toda coletividade um eficaz meio de aplicabilidade dos preceitos constitucionais.

Mesmo diante da obrigação constitucional de se definir espaços especiais de reserva ambiental em todas as unidades da Federação, resta um limite claro para sua concretização efetiva: a de que tal demarcação somente será dada por decorrente manifestação e interesse do Poder Público.

Em razão da criação de áreas protegidas necessitar de efetivos gastos públicos, além de confrontar garantias individuais constitucionalmente protegidas, é necessário que a escolha estatal e seus métodos de implantação sejam meticulosamente estudados.

Desta forma, mostra-se relevante o estudo das obrigações inerentes ao Estado Brasileiro quanto ao cumprimento do artigo 225, em especial, quanto a definição e criação das áreas especialmente protegidas, bem como sobre os reflexos decorrentes do não cumprimento desses deveres ou cumprimento parcial e mesmo irregular dos mesmos.

Através desta análise será possível verificar as espécies de responsabilização previstas na legislação pátria, bem como, de que forma a Administração Pública responderá por danos causados a terceiros, seja por ação ou omissão de seus agentes.

Portanto, no que diz respeito a criação de unidades de conservação é plenamente possível verificar a aplicação das teorias clássicas de responsabilidade Estatal, sendo que o não cumprimento dos deveres constitucionais elencados no artigo 225 e na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza traz efetividade, ainda que indireta, aos próprios preceitos citados, além de realçar a cultura e a consciência pelo respeito e proteção ao meio ambiente.

2. Formação e evolução dos espaços de tutela ambiental

2.1 Histórico da legislação ambiental

Visando melhor elucidar o tema deste trabalho é adequado que se faça sucinto histórico da legislação ambiental pátria, desde o período do Brasil Colônia até a promulgação

da Constituição da República de 1988. Evidente, pois, que foi esta evolução histórica que impôs ao Poder Público e aos cidadãos brasileiros a relação de uso, dever e gozo do meio ambiente.

Os primeiros vestígios normativos que tutelaram os aspectos ambientais no Brasil surgiram já na época colonial, notadamente com as sucessivas compilações de direito régio nas denominadas *Ordenações Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*. Sob estas últimas, vindicou-se mais abrangência e especificidade a um corpo de questões sobre o que podemos denominar hoje de preocupações *pré-ambientalistas*, entre elas, o incentivo a plantação de árvores em terrenos baldios, a punição pecuniária a caça não-autorizada de animais situados em domínios pertencentes a desembargadores da Coroa, a proibição relativa ao corte de árvores de fruto e tipificação criminal, e, por fim, a proibição de práticas de caça de espécies de animais usando instrumentos que infligissem dor e sofrimento durante a morte dos animais (BROLLO, 2006 p. 21-28). Entretanto, restava o interesse patrimonial como principal valor salvaguardado.

Em 12 de dezembro de 1965, surge a primeira lei protecionista florestal destinada ao Brasil, sob o nome de “Regimento sobre o Pau-Brasil”, destacando-se: (i) a proibição do corte de pau-brasil sem expressa licença real ou do provedor-mor da fazenda da capitania; e (ii) a proibição da extração das raízes dos troncos de pau-brasil utilizadas para a criação de roças; sendo que em ambos casos, eram estabelecidas sanções *in pecuniae* àqueles que excedessem a quantia permitida de exploração do pau-brasil (WAINER, 1999, p.19-20).

De maneira compatível com a mentalidade protecionista dos estatutos da época colonial, foram inúmeras as legislações que versaram sobre questões de garantia e uso de recursos naturais, preponderando sempre o interesse econômico na formalização dos conteúdos jurídicos.

Paulatinamente, foram vagarosamente implementados valores autenticamente ambientais. Ressalte-se o Decreto-Lei nº 25/37, também conhecido como “Lei de Tombamento”, que mesmo ainda visando a proteção das riquezas advindas da natureza apontou o atual caminho de controle do direito público quanto a uma liberdade ilimitada do privado sobre o *ambiente*. Sua inclusão no ordenamento jurídico destaca-se como “a primeira a impor restrições ao exercício do direito de propriedade”. (SANTILLI, 2005, p.27)

Em 1965 o campo jurídico brasileiro “ganha” um novo Código Florestal³. A Lei nº 4.771, que revogou o Decreto-Lei nº 23.793 de 1934, apresentou ao direito pátrio inovações marcantes, com as quais se incluiria uma definição que, doravante, seria elementar, a do

³ Sofreu alterações com o advento da Lei 7.803 de 18.7.1989 e da MP 2.166-67/2001.

“meio ambiente como bem e uso comum do povo” (MACHADO, 2007, p.697), emergindo daqui a idéia de direito difuso que mais tarde seria positivada.

Abriu-se um novo horizonte, que não mais visava a proteção de um elemento natural isolado e sim de toda uma biota. Com a denominação de floresta de reserva legal objetivou-se proteger “os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas” (MACHADO, *Ibidem*, p. 698) e não somente as árvores em si. Foi através do artigo 5º do Código Florestal⁴ que o poder público instituiu os espaços ambientais protegidos: Parques Nacionais, Estaduais e Municipais; Reservas Biológicas e Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais.

Outra inovação legislativa na seara ambiental, ainda de maior importância, surgiu somente 16 anos mais tarde, com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – ainda em vigor – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, instituindo à época o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SIRVINSKA, 2003, p.53).

É uma legislação que, de imediato, conferiu um tratamento sistemático à matéria sobre o meio ambiente, ao contrário das leis anteriores que “tratavam os bens ambientais de forma isolada e desarticulada – águas, florestas, fauna: cada recurso ambiental era regulado em um instrumento jurídico separado” (SANTILLI, *op. cit.*, p. 28). Também foi inovadora ao instituir obrigatoriedade da avaliação de impacto ambiental e do licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Foi com a Política Nacional de Meio Ambiente que o Ministério Público obteve legitimidade para perseguir a responsabilidade civil e criminal por danos ambientais. No entanto, somente quatro anos mais tarde, com a edição da Lei nº 347 de 1985 – que instituiu a ação civil pública – obteve-se um meio processual eficaz para responsabilizar os causadores de dano ambiental.

A inovação de maior importância da Lei nº 6.938 de 1981 (conquanto sua maior parte tenha sido modificada pelo SNUC⁵) foi versar expressamente sobre a necessidade da criação de espaços especialmente protegidos. Nota-se a manifesta exigência do artigo 2º quando dispôs a respeito da criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental. Essa posição já refletia a preocupação quanto a conservação de espaços de relevância para o ecossistema.

⁴ Revogado pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000.

⁵ SNUC: Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

A referida lei, e suas consequências para a esfera ambiental nacional, foi diretamente influenciada, ainda que de maneira atemporal, pela Conferência de Meio Ambiente das Nações Unidas, realizada em Estocolmo (1972).

A Conferência de Estocolmo foi a primeira de uma série de três conferências ambientais realizadas pela ONU congregando os representantes de 113 países e de 250 organizações não-governamentais. Por meio de suas primeiras tratativas, fixou-se “entre outros princípios, a benefício das gerações atuais e futuras, a preservação dos recursos naturais da terra, incluindo, o ar, a água, o solo, a fauna e a flora” (WAINER, *op. cit.*, p. 75-76.).

Foi certamente com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial com o artigo 225, que a instituição se consagraria. Através desse novo marco constitucional se introduziu no ordenamento pátrio um mecanismo eficaz na proteção do meio ambiente como garantia fundamental, superando assim os instrumentos indicados pelas legislações progressas⁶. Segundo José Affonso da Silva (2003, p. 812), este marco de tutela ambiental inova e supera avanços já consignados por outras cartas constitucionais, como a da Espanha ou Bulgária. Com o advento da Carta da República o meio ambiente adentrou ao rol supremo de amparo jurídico e se solidificou no cenário jurídico brasileiro a importância do meio ambiente e sua incontestável relevância para o desenvolvimento social.

2.2 A Constituição e o dever de proteção estatal

Através do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 o amparo ambiental passou a ser analisado não mais como um único bem mas seu conceito foi introduzido na categoria dos interesses difusos e se estenderia a uma coletividade indeterminada – embora, como já citamos, sua posição tenha sido antecipada pelo Código Florestal quando não existia tal abordagem.

Assertiva esta que se encontra amparada e reafirmada ao analisarmos o meio ambiente sob a ótica de objeto de proteção da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. O termo utilizado no dispositivo referido, “*qualquer cidadão*”, nos leva a interpretação de se estar pleiteando um amparo judicial não somente a um indivíduo e sim em favor de um agrupamento indefinível. Neste sentido, Paulo Afonso Leme MACHADO (*op. cit.*, p. 118):

⁶ “Esta ação judicial, antiga no Brasil, que já data da Constituição do Império, passa a proteger constitucionalmente o ‘meio ambiente’ na Constituição de 1988.” MACHADO, *op. cit.*, p. 117.

Vejo a cidadania como ação participativa onde há interesse público ou interesse social. Ser *cidadão* é sair de sua vida meramente privada e interessar-se pela sociedade de que faz parte e ter direitos e deveres para nela influenciar e decidir. No caso da *cidadania ecológica* participa-se em defesa de um interesse difuso, tratando-se de “exigir cuidado público da vida”. Por isso, a Constituição de 1988 é chamado de “Constituição-cidadã”.

Adveio, portanto, um novo objetivo ao Poder Público. Passou a ser necessário buscar a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia – populações, comunidades, ecossistemas e a biosfera para o bem da coletividade (EUGENE, *apud* MACHADO, *op. cit.*, p. 111.)

Denota-se então que o dever de proteção do ambiente é do cidadão brasileiro, do Poder Público e de todo aquele que lhe faz uso e o compõe. Trata-se de um direito e dever sem barreiras e impossível de ser mensurado, obtendo um caráter de direito difuso, e mais, consolidando-se como direito fundamental do indivíduo e da coletividade.

O Poder Constituinte se preocupou em evidenciar a tutela ambiental de forma genérica e também de maneira específica, conforme os artigos 225 e 170 da Carta Magna. Assim o tratamento constitucional do meio ambiente configurou-se, em sua maioria, em proposições enunciativas que implicaram na assertiva de que a defesa e gozo das questões ambientais são princípios constitucionais. Desta forma, toda e qualquer atividade humana deve-lhe obediência, inclusive por atos jurídicos e comportamentos do Poder Público, assim como lhe devem observância as normas jurídicas infraconstitucionais (VITTA, 2008, p.15 - 18)

É inquestionável que o caráter principiológico que o meio ambiente detém implica que vários dos dispositivos constitucionais, em especial o artigo 225, tenham características e classificação de norma constitucional programática.

As normas programáticas, em essência, contém deveres impostos ao Poder Público, em benefício do povo, o qual detém direito subjetivo público no sentido de ter a fruição dos direitos positivados, assim como a garantia de impedimento de que o Poder Público aja de forma contrária a estas normas. No caso do artigo 225 foram estabelecidos deveres de proteção, os quais devem ser observados pelo Poder Público de forma que o administrado possa ter a sua concreta utilidade e fruição.

Das medidas de tutela ambiental atribuídas ao Estado, destacamos: I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas a pesquisa e manipulação de material genético; III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem

especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para vida, a qualidade e o meio ambiente; VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e VII) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Deve-se frisar que o rol dos deveres de proteção ambiental do Estado traçado pelo parágrafo 1º do art. 225 é apenas exemplificativo, estando aberto a outros deveres necessários a uma tutela abrangente e integral do ambiente, especificamente em razão do surgimento permanente de novos riscos e ameaças ao meio ambiente, como é o caso, por exemplo, do aquecimento global. (SARLET, 2011, p. 869)

Especificamente para este estudo, nos interessam os parágrafos primeiro e quarto do artigo 225. Estes determinaram biomas específicos que necessitam de proteção, assim como diretrizes que devem ser tomadas pelo Poder Público para assegurar o direito ao meio ambiente de “todos à todos” e prover ao máximo as benéficas consequências oriundas de sua preservação.

As áreas protegidas necessitam ser delimitadas de acordo com a necessidade da coletividade e do progresso social, sendo que o artigo 225 aponta os principais biomas de preferência.

A delimitação e as características das áreas protegidas devem ser conferidas, via de regra, por atos do Poder Público, seja através de diretrizes gerenciais de governo, seja mediante atos legislativos para suas instituições. Nesta linha, Luis Roberto BARROSO (2011, p.1025):

A determinação do inciso III enseja a atuação tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. A regra, todavia, não deixa de ter um certo conteúdo programático, porque a definição de espaços territoriais a serem protegidos situa-se na competência discricionária dos Poderes envolvidos. A legislação ordinária prevê mecanismos diversos de atuação, que são os instrumentos de política do meio ambiente, como zoneamento ambiental e a criação de áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico, reservas extrativistas, etc. (Lei 6.938/81, art. 9º).

Quanto a delimitação das áreas protegidas o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin destacou a importância e a obrigação do Estado em fazê-lo na ocasião no julgamento do Recurso Especial nº 1.071.741-SP (2008/146043-5):

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

Posteriormente a Lei nº 6.938/81, que instituiu a política nacional de meio ambiente, adveio a Lei nº 9.985/2000, que ao implementar o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, veio cumprir as diretrizes programáticas constitucionais no sentido de estabelecer nortes gerenciais, instrumentos e procedimento para que as áreas protegidas pudessem ser efetivamente instituídas.

2.3 Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC – Instrumento legal de proteção estatal do meio ambiente

A Lei nº 9.985, de 18.07.2000, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) com o objetivo de fixar linhas basilares, mediante normas e critérios que assegurem a criação, implantação e gestão dessas unidades.

O objetivo geral do SNUC – através de criação, implantação e manutenção de unidades de conservação no domínio municipal, estadual e federal – é contribuir para a continuidade dos recursos genéticos e da diversidade biológica em território nacional; recuperar ou restaurar ecossistemas degradados; contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais; proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito nacional e regional; promover a utilização dos princípios e da prática de conservação da natureza no processo de desenvolvimento (*i.e.* desenvolvimento sustentável) a partir de recursos naturais; proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica, características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural, os recursos hídricos e edáficos, além de suas recuperações; e proteger os recursos naturais necessários a subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente; recuperar ou restaurar ecossistemas degradados; valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica; proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; e, finalmente, promover políticas

sobre a educação e a interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico.

Em razão da especificidade de cada tipo de unidade de conservação a lei sistematizou a classificação em dois grandes e principais grupos: as Unidades de Proteção Integral, ou de Uso Indireto, que integra em seu rol de unidades todas aquelas que possibilitem o aproveitamento indireto dos proveitos gerados, impondo restrições, com exceções expressas na lei, para exploração e aproveitamento dos recursos naturais; e as Unidades de Uso Sustentável, ou Uso Direto, que permitem a exploração e o aproveitamento econômico dos benefícios gerados pelos recursos naturais, conquanto haja exploração em modelo programado e regulamentado.

Sob a ótica da definição de conservação e preservação já tratadas, pode-se afirmar que a primeira categoria seria destinada a preservação, enquanto na segunda hipótese se prescrevam medidas de conservação, haja vista a possibilidade de intervenção derivada das formas de sistematização de exploração humana.

Compete e é dever da União, dos Estados e dos municípios brasileiros a criação de unidades de conservação, as quais conjuntamente formam o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985 de 2000, art. 3º *caput*).

O dever e a competência dos três níveis federativos são oriundos da Constituição Federal, principalmente em seu artigo 23, VII, que positiva a competência comum entre as esferas quanto a preservação de faunas, floras e florestas brasileiras, enquanto o artigo 225, § 1º, I, incumbe ao poder público a definição dos espaços territoriais e de seus componentes, e ainda, o caráter de proteção especial vigente em todas as unidades da Federação.

A lei do SNUC determina no artigo 22, §§ 2º e 3º, os procedimentos a serem obedecidos pelo Poder Público para a criação de unidades de conservação. Entre estes destacam-se a precedência dos estudos técnicos e de consulta pública que possibilitem precisar localização e dimensão mais adequada para a unidade escolhida, fornecendo informações claras a população habitante desta área e as demais partes interessadas.

Denota-se que tais procedimentos são de suma importância para que os preceitos constitucionais sejam cumpridos e dependem exclusivamente de atos públicos, pois via de regra será a administração pública que procederá os estudos técnicos e a demarcação dos melhores locais a serem implantados as áreas protegidas.

Portanto, é de salutar importância a delimitação das prioridades ambientais pelo Poder Público pois são estes atos que impulsionarão os estudos socioambientais para se auferir as prioridades a serem conservadas e protegidas.

A Lei nº 9.985 de 2000, através do seu artigo 22, determina ao Poder Público, no momento da criação de uma unidade de conservação, o dever de precedê-la com estudos técnicos e consulta pública para que, então, seja possível ter conhecimento da identificação, localização e dimensão da área selecionada para a criação.

Com o intuito de regulamentar a norma positivada no artigo mencionado, o Decreto nº 4.340 de 2002, em seu artigo 4º, delega competência ao órgão executor da unidade a ser implantada, elaborar os estudos técnicos preliminares. Ressalta-se que a correta e completa realização dos estudos técnicos torna viável ao Poder Público o cumprimento do dever de preservar as áreas especialmente protegidas, para assim garantir os direitos constitucionalmente protegidos - direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos, inclusive gerações futuras.

Paulo Afonso Leme MACHADO (*op. cit.*, p. 762) destaca a necessidade desses estudos para a criação das unidades de conservação, ressaltando que estes devem atender aos princípios da motivação e publicidade, entre outros.

Os estudos técnicos têm relevante importância no processo de criação de uma unidade de conservação, tanto quanto a consulta pública, havendo uma interdependência entre os dois requisitos. O artigo 22 da Lei nº 9.985/2000, explicita, além da necessidade de estudos técnicos, a realização de consultas públicas para que tudo seja informado a população local e aos interessados.

Objetivamente, a legislação visa através da publicidade dos estudos técnicos e dos atos de criação das unidades de conservação subsidiar a definição da localização, da dimensão e dos limites mais adequados para cada unidade, indicando de modo claro e em linguagem acessível, as implicações de sua criação para a população residente no interior e no entorno da unidade proposta.

É apropriado que, desde a elaboração de políticas sócio-ambientais, o envolvimento da sociedade nas decisões públicas represente um avanço na democracia participativa, imprescindível na esfera do Estado Democrático de Direito.

Frise-se a importância do Princípio de Participação Comunitária (Princípio nº 10 da Declaração do Rio de 1992 – “*O melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente*”) na instituição das consultas públicas para a criação de unidades de conservação.

Na mesma linha acrescenta Paulo Afonso Leme MACHADO (*op. cit.*, p. 81): “O Direito Ambiental faz os cidadãos saírem de um estatuto passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira”.

Uma vez que diversos dos tipos das unidades de conservação são incompatíveis com a propriedade privada é necessário que haja programação institucional quanto a previsão para desapropriação, que, se ocorrer, deverá ser feita previamente a instituição da unidade e indenizada.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação determina para as categorias de domínio público que as áreas de propriedade privada que se encontrem incluídas nos limites de suas criações deverão ser desapropriadas. Também para as categorias que possibilitam o domínio privado mas encontram incompatibilidade das atividades exercidas pelos proprietários com o objetivo da unidade.

A desapropriação nas situações elencadas é efetuada com o intuito de garantir os preceitos constitucionalmente garantidos no artigo 225, *caput*. Assim, explica-o Paulo Afonso Leme MACHADO (*Idem*, p. 778): “Não há dúvidas que o Poder Público, através do Plano de Manejo, possa restringir o uso da propriedade pública, tendo como limite principal a noção de que o meio ambiente é bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*, da CF)”

Atente-se que a desapropriação gera profundos reflexos pois trata de iniciativa do poder público como gestor das questões ambientais. É possível afirmar que o poder público tem o dever de satisfazer as necessidades da coletividade e para tanto dispõe de instrumentos infralegais, entre eles, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

O Poder Público deve agir de forma de que os preceitos constitucionais de proteção do meio ambiente sejam plenamente eficazes e para que haja a efetividade dos atos públicos atinentes às áreas protegidas.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial nº 1.071.741-SP (2008/0146043-5), destacou a importância do compromisso estatal na criação das unidades de conservação:

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada à insustentável e veloz destruição de habitat natural –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita.

O não cumprimento dos preceitos fundamentais constitucionais, ou das condutas e procedimentos infraconstitucionais, deve ser responsabilizado, pois o cumprimento ineficaz, a ineficiência da ação, ou mesmo a omissão do Poder Pública implica ofensa a direito fundamental da coletividade.

3. A responsabilização extracontratual do Estado

3.1 Limites da responsabilização originária do Poder Público

Se hoje contamos com instrumentos jurídicos que tornam possível um avanço na interpretação da responsabilização extracontratual do Estado sobre danos causados ao meio ambiente, este avanço precisa ser compreendido em seus termos originários.

É esse percurso desbravado tanto pela construção doutrinal, quanto pouco a pouco estribado pela jurisprudência brasileira, que permitiu a materialização de hipóteses mais claras sobre o dever de reparação estatal junto ao âmbito ambiental.

Na medida em que o Estado se completa como realidade fática de poder político para a maioria das realidades nacionais do mundo ocidental, seus dispositivos de ação e sua finalidade são teorizados como simples fenômenos oriundos do racionalismo jurídico.

Ora, para um sistema de valores que pretendia alcançar a plenitude da neutralidade lógica de um corpo de normas que não se ligava aos voluntarismos de uma monarquia, ou aos valores de algum fundamentalismo obscurantista, era conclusão simples e natural considerar que as atividades desse Estado fossem inculpáveis de qualquer *erro* grave ou mesmo passíveis de reparação.

Entretanto, o que parecia ser uma demonstração de maturidade no funcionamento de suas bases, foi-se revelando um obstáculo para a objetivação do próprio ente estatal. Ainda faltava determinado critério capaz de mensurar os atos administrativos do Poder Público afastados da noção de infalibilidade – manifestamente mais próxima da excrecência absolutista que de uma inovação republicana. Assim, as principais constituições liberais do século XIX deram um passo adiante ao supor determinadas limitações sobre seu campo de ação, o que ajudou a definir melhor a abstração jurídica do Estado como pessoa jurídica de direito público (HESPANHA, 2009, p.33-35).

Com efeito, para situar a origem das formas de responsabilização é preciso retroceder ao momento em que foi elaborada a abstração sobre a *individualidade* do Estado, entendendo os atos por ele cometidos (*i.e.* aqueles decorrentes da própria administração) como espécies análogas de “atos de vontade”. Uma interpretação que ganha força com a extensão do próprio sujeito estatal. Justamente assim, BANDEIRA DE MELLO (2006, p.970) o faz precisar:

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evoluiu de uma responsabilidade *subjetiva*, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade *objetiva*, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso.

Vemos então que na medida em que ganha terreno uma interpretação extensiva das competências do Estado aprofunda-se também o lastro de suas responsabilidades, encampando assim uma maior necessidade de proteção jurídica junto ao seu âmbito de tutela originária⁷.

Desta evolução, vem marcada a superação de uma primeira idéia de individualização do ente estatal, chegando-se a compreender que o largo uso de suas competências implicará em mais de uma dimensão, como é o caso dos “contratos administrativos”. Por conseqüência, o aspecto extracontratual, demonstrado apenas mais tarde, será relevante: é por ele que se restringe e se identifica uma modalidade de responsabilidade que não pode mais ser vinculada a de pura espécie contratual, em que o Estado figura como parte de um acordo regido por princípios próprios decorrentes de uma adequada matéria normativa.

Identificado este detalhe, temos que há capacidade originada do Estado e somente dele, de tal maneira que a *responsabilidade* deve ser buscada sobre a mesma sede de emanção. Motivo que torna inadequada, segundo Maria Zanella DI PIETRO, a frequente postulação que implica na responsabilização da Administração Pública por atos ou omissões considerados lesivos, pois esta última é desprovida de personalidade jurídica, e por isso, não seria possível encará-la como titular de direitos. (DI PIETRO, 2003, p 523)

Selecionando os diferentes tratamentos sobre a questão, podemos sintetizar a questão sob o magistério de nossos doutrinadores mais influentes, que a encartam através de três tipos básicos de responsabilidade extracontratual do Estado:

a) Um primeiro tipo, que nega tal incidência ao interpretar a teoria do risco no âmbito das ações do Estado, entendendo que tal incoerência não teria lugar ante a finalidade de se tutelar o bem público – este primeiro tipo é o que alguns pretendem chamar de *teoria da irresponsabilidade* (nome que, por si só, deveria nos levar a fazer objeções quanto a sua inclusão em um dos “tipos de responsabilidade extracontratual”);

⁷ Ponderando dentro do campo de experiências da formação publicista do Estado alemão, E. Forsthoff assevera: “Desde sua instauração, a responsabilidade do Estado ganhou continuamente em extensão. A interpretação extensiva a amplia cada vez mais. Isto nada tem de estranho. O que fomentou a responsabilidade do Estado não foram apenas motivos ideológicos nem, concretamente, a ideologia do Estado de Direito. (...) a necessidade de proteção jurídica é também mais forte (...) como conseqüência necessária de uma situação de fato que se produz todos os dias”. FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**, trad. espanhola de 1958, *apud* BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 965.

b) um segundo aspecto de responsabilidade, ao contrário da situação anterior, auferir uma primeira categoria propriamente dita desta responsabilização, a qual se diz *teoria civilista da culpa* ou, como também é chamada, “responsabilidade subjetiva”;

Nesta situação, o ente estatal pode assumir posição voluntariosa de parte, abrindo uma hipótese que a doutrina francesa designa como “atos de gestão” (*comissivos*: por meio de seus agentes) ao lado de uma residual feição absolutista, em que estariam os chamados “atos de império”, lugar em que a titularidade estatal continuaria a reservar-se autoridade unilateral. Sua base de elaboração decorre de uma analogia da classificação civilista e a uma estreita noção de que a responsabilização se limitará na reparação de prejuízos trazidos a terceiros⁸. Alarga-se então a noção da personalidade jurídica do Estado a partir de um aspecto dessa personalidade: essa ideia vem segura na hipótese de que, agindo através de seus prepostos, a Administração Pública pode assumir posição de particular na sua relação com terceiros, o que justificaria situá-la mediante as modalidades de culpa.

Através da responsabilidade subjetiva consegue-se impor ao Poder Público a obrigação de indenizar em razão de um procedimento ou ato de gestão contrário ao direito. Entretanto, conforme se admitiria mais tarde, o auferimento da culpa não daria conta da totalidade de ocorrências em que o dano das ações do Estado estaria presente. Em parte porque o ente estatal é inadequadamente tomado como pessoa de direito privado, e também porque a divisão que forçava uma dicotomia da onicompentência estatal entre atos de gestão e atos de império impõe uma difícil divisão à personalidade do ente público (DI PIETRO, *op. cit.*, p. 526-527).

c) o terceiro viés abriu-se espaço para considerações mais publicistas. Ganha espaço com a teoria da culpa administrativa, ou culpa do serviço público, que denota o marco inicial de uma transição da doutrina subjetivista para novas teses que permitem abordar uma objetivação da culpa ou risco administrativo em sede de direito público. Com efeito, prescinde-se da culpa pessoal (no caso do agente) para que haja materialização da culpa aborde-se a responsabilidade sobre os danos decorrentes.

A culpa atribuível pela forma da responsabilidade objetiva é em certo sentido “anônima”, posto que despregada de individualização ativa, para remeter-se ao chamado “erro

⁸ Neste sentido, a responsabilidade civil do Estado é adstrita a mera recomposição indenizatória, como situa Marçal Justen Filho: “é o dever de indenizar, por via do pagamento de quantia certa em dinheiro, as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”. JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 227.

de serviço público”⁹. Logo, o elemento caracterizador da culpa dependerá apenas da existência de um nexos causal que vincule Estado e o sujeito lesado. Assim, explica-o BANDEIRA DE MELLO (*op. cit.*, p. 973):

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção, ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.

Entretanto, o confronto destas posições, apresenta um claro impasse quanto ao espectro de reparação do Poder Público, abrindo margem para a denominada “teoria do risco”. De qualquer sorte, atualmente dispõe-se da própria responsabilidade estatal em seu pleno reconhecimento ante as circunstâncias de dano.

3.2 A responsabilidade em danos derivados por ação ou omissão

Aberta a possibilidade de imputar responsabilidade objetiva ao Estado, emergiu também a chamada teoria do risco, que dada a discordância entre os doutrinadores supõe que existam duas linhas de aplicação; uma mais contida, a teoria do risco administrativo, e outra mais radical quanto aos termos de responsabilização, a teoria do risco total.

Falando da primeira, vemos que nela se identificam circunstâncias em que a falta do serviço obrigatório (onde também se incluem as hipóteses de ineficiência ou descumprimento dos atos de gestão) se torna motivo causador do próprio resultado do dano. Nesta hipótese, a culpa é de tipo “presumida”.

Já a teoria do risco integral trata da modalidade onde o risco é encarado de maneira absoluta (porquanto o próprio universo de afetação jurídica é interpretado desta maneira), inculcando o sujeito estatal por todo e qualquer ato de lesão acima das ocorrências normais (privadas) adotadas para a verificação de dano; e por consequência, espera-se obrigar a Administração a indenizar terceiros por todo e qualquer dano dessa hipótese, mesmo que este provenha de casos tradicionalmente excludentes (para o direito civil) como se dá em casos de caso fortuito, força maior ou culpa de terceiros.

Mesmo que se prefira a hipótese de risco administrativo, o que de fato tem orientado uma corrente majoritária, ainda resta a tarefa de “objetivar” essa espécie de culpa atribuída ao

⁹ Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Constituição Federal.

ente estatal. O parâmetro mais básico, verdadeiro ponto de partida para as classificações sobre a matéria de responsabilização extracontratual do Estado, ainda é o que divide os tipos de danos causados por ação ou omissão do Poder Público, foco da ilicitude e portanto termo chave no debate sobre os seus limites.

Uma e outra podem ser incluídas no chamado “dever específico de diligência”, já que tanto a conduta própria do comitente/agente público, quanto a inclusão do ente estatal, geram necessárias competências onde aparece “um dever de previsão acurada, de cautela redobrada” sobre toda atuação emanada pelo Poder Público ou representantes dele (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 233).

Visto nesses termos, o elemento subjetivo não desaparece completamente na valoração do dano, trata-se de identificá-lo a um regime especial de existência, melhor ajustado a natureza jurídica do sujeito estatal.

Atente-se, ainda, além das condutas ativas, aquelas de feição omissiva. Tratam-se das hipóteses de (i) *ilícito omissivo próprio*, onde toma-se o dever de diligência como medida e diz respeito as circunstâncias em que são equiparadas as ações comissivas dos agentes da Administração; (ii) *ilícito omissivo impróprio*, onde a omissão é mais dificilmente caracterizada diante do dever de diligência, tornando mais imprescindível a demarcação de um caso concreto – circunstância bastante ligada à realidade das situações de dano ambiental (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 232 -233).

Ainda, é possível responsabilizar o Estado ativamente segundo seus “atos legislativos”, uma condição que demonstra o teor de reserva constitucional refletida pela potestatividade e soberania do Poder Público.

4. O Estado e a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente

O Poder Público exerce, portanto, grande responsabilidade na concretização das diretrizes constitucionais referentes ao meio ambiente, ainda mais nas áreas especialmente protegidas, tendo o dever de satisfazer as necessidades da coletividade, e dispondo para tanto de instrumentos infralegais, como o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

O não cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais, ou das condutas e procedimentos infraconstitucionais, deve ser responsabilizado pois implica em ofensa a direito fundamental da coletividade.

4.1 DO dano ambiental

O regime jurídico da responsabilidade administrativa, como visto, se manifesta em diversos institutos, sendo inclusive aplicáveis aos direitos fundamentais de proteção e uso do meio ambiente equilibrado.

O dano é um elemento essencial a pretensão indenizatória gerada pela responsabilização, pois sem este elemento não há como articular uma obrigação de reparação. Evidente, portanto, que o dano assume o lugar de pressuposto necessário da obrigação de reparar e, por consequência, transforma-se em elemento imprescindível para fixação da responsabilidade civil.

No entanto, quando se busca a responsabilização do Estado por danos ambientais é mister que se interprete a apreciação de dano de forma diversa a dos conceitos básicos do direito privado, pois estes o entendem no sentido de prejuízo causado em face de outrem, implicando com isso em uma mera diminuição patrimonial.

O meio ambiente pertence a uma comunidade formada de pessoas indeterminadas e indetermináveis, pela razão própria de ser um direito de categoria transindividual (direito difuso), logo, é de se considerar que o dano causado ao meio ambiente é constituído de diversas facetas, ora referentes a alterações nocivas ao meio ambiente, ora referentes aos efeitos que as alterações venham a provocar na saúde das pessoas e em seus interesses.

Rubens Morato LEITE (2010, p.91) entende que para melhor conceituar e possibilitar a identificação do dano ecológico é necessário que se explique o sentido jurídico da definição de meio ambiente:

a) a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolver a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais; b) o meio ambiente, ecologicamente equilibrado é um macrobem unitário e integrado. Considerando-o macrobem, tem-se que é um bem incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de microbem; c) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Trata-se de um bem jurídico autônomo de interesse público; e d) o meio ambiente é um direito fundamental do homem, considerado de quarta geração, necessitando, para a sua consecução, da participação e responsabilidade partilhada do Estado e da coletividade. Trata-se, de fato, de um direito fundamental intergerencial, intercomunitário, incluindo a adoção de uma política de solidariedade

Ainda, em razão da amplitude que o conceito meio ambiente gera, o dano ambiental pode ser classificado como puro, *lato sensu* e individual ambiente ou reflexo (*Ibidem*, p. 93):

1. Dano ecológico puro. Conforme já salientado, o meio ambiente pode ser uma conceituação restrita, ou seja, relacionada aos componentes naturais do ecossistema e não ao patrimônio cultural ou artificial. Nesta amplitude, o dano ambiental significaria dano ecológico puro e sua proteção estaria sendo feita em relação a alguns componentes essenciais do ecossistema. Trata-se, segundo a doutrina, de danos que atingem, de forma intensa, bens próprios da natureza em sentido estrito. 2. Em maior amplitude, o dano ambiental, *lato sensu*, ou seja, concernente aos interesses difusos da coletividade, abrangeria todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural. Assim, estaria sendo protegidos o meio ambiente e todos os seus componentes, em uma concepção unitária. 3. Dano individual ambiental ou reflexo, conectado ao meio ambiente, que é, de fato, um dano individual, pois

o objetivo primordial não é a tutela dos valores ambientais, mas sim dos interesses próprios do lesado, relativo ao bem ambiental. O bem ambiental de interesse coletivo estaria, desta forma, indiretamente ou, de modo reflexo, tutelado, e não haveria uma proteção imediata dos componentes do meio ambiente protegido. Assim, o bem ambiental estaria parcial e limitadamente protegido.

Fica claro, portanto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e, positivado na Constituição e na legislação infraconstitucional – traduz uma matéria incorpórea e insuscetível de avaliação patrimonial.

Por tudo isso, o dano causado ao meio ambiente, diversamente dos conceitos do direito privado, não necessariamente terá repercussão sobre as pessoas e os bens. Ou tal como foi observado doutrinariamente, convém que se perceba o dano ambiental através da “degradação dos elementos naturais”, ou no mesmo “dano causado directamente ao meio ambiente enquanto tal, independentemente das repercussões nas pessoas e nos bens”(VITTA, *op. cit.* p. 81).

Ainda, por ser o meio ambiente um direito das gerações futuras não é necessário que os danos sofridos tenham repercussão imediata e aparente para as atividades humanas: “É o caso de derramamento de óleo em alto-mar, sem que tenha havido, aparentemente, danos a pessoas ou bens. Contudo, a nosso ver, sempre a lesão ao meio ambiente atinge os homens, quando menos a longo prazo (direta ou indiretamente)” (*Ibidem*, p. 82.).

Em decorrência das características elencadas de meio ambiente, a causalidade do dano ambiental, diversamente do dano tradicional, é tormentosa, pois nem sempre é possível a identificação do causador ou a determinação da parcela de responsabilidade de cada um dos causadores. Ainda, em razão de suas peculiaridades e diferentemente do tradicional instituto de lesão, os danos são incertos já que muitas vezes é de difícil constatação e visibilidade.

Após esta breve explanação será possível entendermos como os danos ambientais podem ser gerados no tocante as unidades de conservação.

4.2 Áreas protegidas: Danos ambientais e responsabilidade do Estado

O comprometimento crescente acerca dos recursos naturais impõe uma responsabilidade correspondente, em especial, frente as medidas de preservação cuja efetividade depende de delimitações sobre o ordenamento de áreas de proteção.

Como demonstrado, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação viabiliza tais medidas, sendo o instrumento de política ambiental e de gestão territorial que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe para regulamentar o acesso e o uso de recursos naturais, bem como para assegurar a conservação do seu patrimônio natural nacional.

São as Unidades de Conservação que possibilitarão o cumprimento de parte dos preceitos constitucionais previstos no artigo 225 da Constituição Federal e que garantirão o direito difuso ao meio ambiente.

Dessa forma a não instituição das áreas protegidas, ou mesmo a instituição de unidades de conservação que sejam eficazes, configurará dano ao meio ambiente em toda sua amplitude conceitual, afinal, estaremos frente a perda de diversidade biológica: a degradação e fragmentação das espécies e seus habitats; perda da segurança ao equilíbrio ecológico; perda do uso dos recursos naturais; desequilíbrio ao ecossistema social ou natural e conseqüentemente a sadia qualidade de vida dos cidadãos e das futuras gerações.

Denota-se que os citados danos terão as características clássicas dos danos ambientais, pois não será possível precisar objetivamente a dimensão do dano nem sua extensão, assim como as suas repercussões nas pessoas e nos bens, além do fato de que o dano pode restar perpetuado no tempo.

É possível afirmar que a responsabilidade dos danos causados em decorrência da criação de unidades de conservação ineficazes, ou mesma devido a falta de sua criação, será do Poder Público. Neste sentido, J.J. Gomes CANOTILHO (*apud* LEITE, *op. cit.*, p. 196), que faz dispor de casos característicos sobre a responsabilidade do Estado::

Incumprimento ou falta de execução de preceitos relativos à proteção do ambiente por parte dos agente da administração; 2. Emanação de normas regulamentares em clara violação das normas legais protetoras dos bens constitutivos do ambiente; e 3. Não cumprimento, parte do legislador, das imposições constitucionais referentes à proteção ambiental.

Ressalte-se que o cumprimento dos preceitos constitucionais de proteção e conservação do meio ambiente poderá gera conflito de direitos fundamentais, como por exemplo, no caso de criação de unidades de conservação por meio de desapropriação, quando se ferirá do direito a propriedade em prol do cumprimento dos preceitos de defesa do meio ambiente.

Vladimir Passos de FREITAS (2005, p.132) entende que as limitações ao direito de propriedade quando tratados assuntos ambientais não é tarefa simples, pois há certa dificuldade em discriminar as barreiras, sendo duas as formas principais de superá-las: a desapropriação e o tombamento, sendo a primeira de maior importância no presente momento. Hely Lopes MEIRELLES (*apud op. cit.* in FREITAS, p. 132) define desapropriação da seguinte forma:

desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (Constituição da República, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não

edificada, subutilizada ou não utilizada (Constituição da República, art. 182,§4º,III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária por interesse social (Constituição da República, art. 184)

Ressalta-se que a Constituição, embora positive sobre a intervenção da propriedade por desapropriação, deixa à lei que determine as hipóteses cabíveis – dentre elas, o Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, no artigo 5º, *k e l*.

As Unidades de Conservação, a depender de sua categoria, devem ser desapropriadas para que seus domínios se integrem aos da União, dos Estados ou Municípios, quedando-se sob a gestão do Poder Público e atendendo ao cumprimento dos interesses coletivos.

Infelizmente, ao fazer prevalecer a proteção ao bem comum sobre o direito individual a Administração Pública revela suas falhas ao tardar nas indenizações recompensatórias e ao criar delimitações pouco claras sobre quais serão as áreas passivas de limitações. Tende o Poder Público a ser omissivo no cumprimento dos seus deveres legais de instituição e criação, pois a delimitação eficaz é originária de estudo detalhado o qual inclusive determinará o *quantum* necessário para que se tornem efetivas as desapropriações.

Nota-se que a omissão do Poder Público em uma delimitação minuciosa das propriedades privadas impõe a seus proprietários um transtorno maior do que o previsível em casos de afronta do direito individual, em benefício de um direito indivisível, indeterminado e para todos.

José Eduardo Ramos RODRIGUES (2005, p.143) relata o cabimento da indenização prévia nos casos da criação de unidades de proteção integral:

Se na Unidade houver a previsão de proteção integral da natureza, com impossibilidade de qualquer tipo de utilização econômica, há total incompatibilidade com o regime privado, sendo, portanto, indispensável para sua instituição prévia indenização (...). Esta indenização deve ser em dinheiro, pois o pagamento em títulos de dívida agrária somente é possível nas desapropriações para reforma agrária (art. 5º, XXIV c/c o art. 184 da CF)

Versa, ainda, quanto a situação brasileira na criação das unidades, que mesmo materializando um dever constitucional na gestão de direitos difusos, acaba recebendo um tratamento legal impreciso e incompleto; usualmente, suas vias normativas seguem majoritariamente dependentes da expedição de decretos em datas festivas, e abandonadas mais tarde à mercê da sorte. Ora, o quadro resultante desse descaso não chega a surpreender: “Temos então Unidades sem vigilância, sem mínima infra-estrutura para funcionamento, sem disponibilidade orçamentária, sem localização precisa, entregues ao domínio de particulares”. (*Ibidem*, p. 142).

Quando os bens pertencentes a área de implantação não são apossados diretamente pela Administração Pública, mas impõe-se ao proprietário o não exercício efetivo do seu domínio, vê-se a incidência de outro reflexo negativo para o Estado, culminando em ação judicial de desapropriação indireta, também com futura indenização por danos.

Estas ações judiciais geram déficit aos cofres públicos, visto que o Poder Judiciário acabar por “mal olhar” a parte ré – Estado – que se manteve inerte no momento oportuno da correta indenização, ou seja, a prévia indenização.

“O magistrado, sem levar em conta a necessária distinção entre o administrador de plantão e o Estado, ao buscar punir o primeiro, termina por atingir toda a sociedade, que pagará a conta, ao sujeitar o Poder Público a condenações muitas vezes pesadas e injustas”¹⁰.

Vladimir Passos de Freitas, em sua obra *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais* e também Guilherme Purvin FIGUEIREDO (2008, p. 259) enfrentam o tema:

O custo financeiro para a defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações não pode superar os limites da razoabilidade num país sabiamente pobre. No entanto, por conta de uma interpretação fragmentária dos textos que normatizam o direito de propriedade, os Estados do Paraná e de São Paulo vêm sendo condenado judicialmente a pagar quantias vultuosas aos proprietários de imóveis situados nas áreas protegidas. Esse valores superaram absurdamente os valores de mercado imobiliário, em ações judiciais denominadas de desapropriação de aspectos legais que integram o próprio direito de propriedade.

Mesmo com a forma atual utilizada para a implantação das unidades de conservação, com limitações administrativas e efetividade discutível de alguns de seus instrumentos, é preciso ponderar sobre a ordem dos danos que sua inexistência significaria sobre as medidas de controle ambiental. Assim, importante questionar até que ponto a completa ausência de atividade estatal na atual competência de delimitação e criação de áreas protegidas não traria maiores prejuízos a coletividade, ocasionando infração ainda mais grave ao direito fundamental difuso do meio ambiente.

Exemplificativamente, se não houver por parte do Estado, a iniciativa de elaboração de estudo eficaz não se terá o dever de cumprimento constitucional efetivado (LEVADA, 2010, p.533):

À administração sempre se impõe um dever de eficiência, de modo tal que a sua atuação efetivamente evite o dano ambiental; não se trata de mero dever formal, mas de verdadeira obrigação qualificada

¹⁰ Conclui o raciocínio, o mesmo autor: “Além disso, tal atitude acaba por estimular os proprietários imbuídos de má-fé a criar o que vulgarmente se denomina de “indústria da desapropriação”. A partir de perícias fraudulentas, juros excessivos e cálculos incorretos, proprietários de imóveis adquiridos originalmente por preço vil, com títulos dominiais imprecisos, que pela própria geografia do terreno e qualidade do solo nunca se prestaram à atividade econômica, que não tinha quaisquer benfeitorias, às vezes nem acesso pro terra, terminam por receber indenizações indevidas de grande vulto. Tão grandes chegam a ser tais indenizações que dificuldades para efetuar os seus pagamento já colocaram até mesmo o Estado de São Paulo sob risco de intervenção da União.” RODRIGUES, *op. cit.*, p. 143-144.

por um resultado constitucionalmente esperado – a manutenção de um meio ambiente saudável, para os presentes e futuros, indistintamente.

Desta feita é inquestionável que o Estado no cumprimento do artigo 225 e Lei da SNUC elabore, sob o viés de gestão ambiental, pesquisas para que se delimite eficazmente, áreas ecologicamente relevantes para a manutenção do meio ambiente saudável com todas as suas derivações.

O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 24.184-5/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie já proferiu decisão no sentido de que a criação e ampliação das unidades de conservação devem ser precedidas de estudos técnicos e consulta pública sob pena de nulidade do ato legislativo que cria ou expande a unidade pretendida.

Importante ressaltar que a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da APELREEX 5000798-54.2011.404.7205 (TRF4, APELREEX 5000798-54.2011.404.7205, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Jorge Antonio Maurique, D.E. 15/08/2012), recentemente também decidiu no sentido da importância do cumprimento da participação democrática – consulta pública - no processo de criação das unidades de conservação.

Partindo da premissa que aos danos ambientais se aplica a responsabilidade civil objetiva, conforme se extrai da Lei 6938/1981, o estudo prévio ineficaz por parte do Estado ou a ausência de participação popular efetiva, gera ônus ao Poder Público. Pode-se afirmar que o Estado é responsável pelo diagnóstico ineficiente de áreas que efetivamente deveriam ser protegidas, ainda mais se tal ato imperfeito gerar a extinção de um bioma ou de uma espécie.

Mesmo que não se entenda que para a demarcação de áreas a serem protegidas não deva ser aplicada a responsabilidade objetiva, o Estado ainda será responsável pelos danos causados ao meio ambiente, ocasião em que se aplicará a teoria da responsabilidade por omissão (LEVADA, *op. cit.*, p. 538):

Como se viu, a questão de responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente deverá ser tratada sob mais uma perspectiva: na ação, haverá responsabilidade do Estado independentemente da existência de culpa administrativa, isto é, quer tenha ou não tenha funcionando a contento o aparato da Administração; na omissão, o interprete deverá se questionar acerca da culpa administrativa, ou seja, se poderia ou não, no caso concreto, exigir a fiscalização do Estado sobre a conduta danosa.

A criação das unidades de conservação, em sua maioria, necessita não só do estudo prévio e demarcação mas também da edição de ato legislativo que a institua. De nada adiantaria o estudo e a indicação da área a ser conservada se a União, o Estado ou o

Município forem omissos quanto a edição do ato legislativo que efetive e materialize a criação.

É de reconhecer que o Estado também responde pelo exercício da função jurisdicional e pela omissão legislativa, ainda mais quando se esta a falar de unidades de conservação que necessitam do ato legislativo para sua criação ou extinção.

No Brasil, a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a possibilidade de responsabilização do Estado por atos do legislador, porquanto agentes públicos – na dicção dos textos constitucionais brasileiros, atual art. 37 § 6º – existem no âmbito dos três Poderes.

A tese mereceu acolhida do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 153.464, de relatoria do Min. Celso de Mello, declinando que (FERRAZ, 2006, p. 219):

(...) o Estado responde civilmente por danos causados aos participantes pelo desempenho inconstitucional da função de legislar.

O exercício da função de legislar, que dá ensejo à responsabilização do Estado, pode advir de condutas ativas – quando o legislador edita lei –, ou de condutas passivas – quando se verifica a inércia do Estado-legislador, redundando na ineficácia de direitos constitucionalmente tutelados. De toda sorte, tem-se exigido a declaração de inconstitucionalidade da lei ou da omissão pelo Poder Público.

Denota-se que o ato legislativo de criação da unidade de conservação é a exteriorização, em tese, dos atos administrativo que a precedem, sendo o decreto de criação que dará início ao efetivo cumprimento dos preceitos de conservação. Sendo assim, mesmo que existentes os estudos prévios e o diagnóstico as áreas de relevância é necessário que o ente federal competente legisle para que a norma constitucional programática tenha efetividade, sob pena de haver responsabilização por omissão.

5. Conclusão

Nota-se a preocupação mundial com a degradação ambiental através das diversas medidas (convenções internacionais, leis e diretrizes governamentais) que têm sido adotadas nas últimas décadas. O Brasil, a par do que vem ocorrendo no cenário mundial, tem melhorado sua política de proteção ao meio ambiente, permitindo que surjam dessa “evolução ambiental” importantes dispositivos legais para a sua tutela, ressaltando entre eles a própria guardada dada em sede constitucional e a consequente implantação do nosso Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 é o primeiro diploma constitucional brasileiro em que a expressão “meio ambiente” é mencionada, havendo então a chamada “constitucionalização” do meio ambiente.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, conceituou o direito ao meio ambiente e expôs a obrigação àqueles que deveriam tutelá-lo, afirmando que é “(...) um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstâncias essas que justificam a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”.

Destas afirmações e definições nasce a obrigação que cabe a todos, de maneira indistinta e permanente, a preservação e a conservação do meio ambiente.

O foco tratado nestas breves linhas restringiu-se a um análise do dever estatal e sua atual instrumentalização por meio de novos institutos de direito, chegando afinal a criação de áreas especialmente protegidas.

Nesta linha, abordou-se a responsabilidade do Poder Público no cumprimento das diretrizes constitucionais e na implementação e aplicação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, concluindo-se que diversos são os danos possíveis quando o Poder Público não exerce suas funções de gestão ambiental, podendo estes serem reflexos e difusos, alcançando tanto o direito privado, o meio ambiente propriamente dito ou a coletividade.

Ao final, resta claro que a legislação pátria torna possível que normas programáticas constitucionais atinentes ao meio ambiente e aos direitos fundamentais sejam resguardados e tutelados. No entanto, enquanto não houver uma aplicação do espectro de seguridade destes direitos por atos ineficazes do Estado, ou mesmo por sua omissão, dever-se-á insistir nas formas de responsabilização, a fim de que a plena garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado seja assegurada as presentes e futuras gerações.

6. BIBLIOGRAFIA

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileira. In: FREITAS, Juarez (org). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 293-333.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. In: MILARÉ, Édís; MACHADO Paulo Affonso Leme (orgs.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1001-1037.

BENJAMIN, Antônio Herman. O regime brasileiro de unidades de conservação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, jan/mar, v.1, p. 36-44, 2001.

BRITTEZ, Ricardo Miranda de; CASTELLA, Paulo Roberto. **A floresta com Araucária no Paraná** – conservação e diagnóstico dos remanescentes florestais. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.

BROLLO, Silvia Reina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural**: proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais e materiais. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

CÉSAR, Alexandre Luís *et al.* Proposta de um procedimento para a criação de Unidades de Conservação. IN: LITTLE, Paul Elliott (org.). **Políticas Ambientais no Brasil**: análises, instrumentos e experiências. São Paulo/Brasília: Petrópolis/Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2003, p. 133-165.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Ativa. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009.

IBAMA, Ministério do Meio Ambiente, Governo Federal, GT Araucárias Sul. **Proteção e Recuperação das Florestas com Araucárias**: proposta de criação de novas unidades de conservação federais no Paraná e em Santa Catarina. Material utilizado como subsídio para as consultas públicas, 2005, 16 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226-248.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado**: Responsabilidade Civil, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 533-539.

LIBERATO, Ana Paula Gularte. **Reforma Agrária**: Direito Humano Fundamental. Curitiba: Juruá, 2004

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDEIROS, J.D *et al.* **Floresta com Araucárias**: um símbolo da Mata Atlântica a ser salvo da extinção. Rio Grande do Sul: Apremavi, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justina de Oliveira. A Responsabilidade Civil do Estado: Reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado**:

- Responsabilidade Civil, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 203-215.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Petrópolis, 2005.
- SANTOS, Saint'Clair Honorato. **Direito ambiental: unidades de conservação**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In. MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (orgs). **Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 863-904.
- SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. Malheiros: São Paulo, 2003.
- _____, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SIRVINSKA, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- URBAN, Teresa. **Saudade do matão: relembando a história da conservação da natureza do Brasil**. Curitiba: Editora da UFPR, 1998.
- VITTA, Heraldo Garcia. **Responsabilidade Civil e Administrativa por Dano Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2008.