

**AS POSSÍVEIS RESPOSTAS DA TEORIA DO FATO JURÍDICO AOS
LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS CONCEDIDOS EM UNIDADES DE
CONSERVAÇÃO DE USO SUSTENTÁVEL QUE NÃO POSSUEM PLANO DE
MANEJO**

**THE POSSIBLE ANSWER FROM THE THEORY OF JURIDICAL FACT TO
ENVIRONMENTAL LICENSING IN PROTECTED AREAS WITHOUT
MANAGEMENT PLANS**

Alanna Maria Lima da Silva¹

RESUMO: A Teoria do Fato Jurídico possui aplicabilidade para além das fronteiras do Direito Civil, pois é, na verdade, uma Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, analisam-se as respostas da aplicação da teoria do fato jurídico na seara ambiental, especialmente com o objetivo de resolver a problemática dos licenciamentos ambientais concedidos em unidades de conservação de uso sustentável que não possuem plano de manejo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Fato Jurídico. Plano de manejo. Unidades de conservação.

ABSTRACT: The Theory of Juridical Fact has applicability beyond the boundaries of Civil Law as it is, in fact, a General Theory of Law. Thus, this paper will be analyzed the answers of the application of the Theory of Juridical Fact in the environmental field, especially in order to solve the problem of environmental licenses granted in sustainable use protected areas that do not have a management plan.

KEYWORDS: Theory of Juridical Fact. Management plan. Protected áreas.

INTRODUÇÃO

Ao se falar da Teoria do Fato Jurídico, originada do pensamento de Pontes de Miranda, deve-se ter em mente a existência de dois mundos distintos, quais sejam: dos fatos e do direito. Entre as possíveis ocorrências no mundo dos fatos, o direito realiza uma filtragem daqueles que lhe sejam caros através da determinação de um suporte fático que, se

¹ Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. E-mail: alannamarialima@gmail.com.

configurado em sua totalidade, acarreta a incidência da norma jurídica e o transporte desse fato para o mundo jurídico (MELLO, 2013, *passim*).

Embora o fato jurídico seja frequentemente estudado no âmbito do Direito Civil, é tema que se espraia pelos mais diversos ramos do Direito. Aqui, parte-se da premissa defendida por Marcos Bernardes de Mello acerca da aplicabilidade da Teoria do Fato Jurídico aos mais diversos ramos do Direito, para analisar o possível tratamento teórico a ser dado à problemática dos licenciamentos ambientais concedidos em unidades de conservação cujo plano de manejo ainda não foi elaborado. Trata-se de uma alternativa teórica que pode ser utilizada pela instância decisória, a título de reforço argumentativo, ao se deparar com casos concretos, ao questionar a regularidade de licenciamentos ambientais, uma vez que a legislação de regência não prevê de forma expressa a invalidade dos licenciamentos ambientais concedidos nesse contexto.

O plano de manejo, ato administrativo, surge como um dos principais mecanismos voltados a regulamentar a utilização do espaço territorial das unidades de conservação através do zoneamento da unidade, tendo especial relevância em se tratando das unidades de conservação de uso sustentável, notadamente as áreas de proteção ambiental (APAs), pois nestas a propriedade privada não é vedada. A incidência das normas relativas ao dever de elaboração do referido plano ocorre assim que seu suporte fático se satisfaz, porquanto decorrem da criação da unidade de conservação pelo Poder Público.

A ausência do plano de manejo, por si só, denota inobservância dos preceitos constitucionais voltados à proteção do direito fundamental transgeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e atenta contra a efetividade do dever de criação e implementação de espaços especialmente protegidos, consagrados no art. 225 da CF/88. Já o licenciamento de empreendimentos em unidades de conservação que não possuem plano de manejo reforça a incongruência com o sistema jurídico brasileiro.

O cenário esboçado serve de objeto a ser analisado à luz da Teoria do Fato Jurídico, a fim de que se construa uma alternativa teórica à problemática que se revela ao Direito: a legalidade e ofensa à Constituição Federal de 1988 pelos atos de deferimento dos licenciamentos ambientais.

1 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DA CRIAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Antes de adentrar na análise da Teoria do Fato Jurídico e sua aplicabilidade no âmbito das unidades de conservação, é preciso assentar algumas noções básicas acerca das normas referentes ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC.

A tutela jurídico-constitucional ao meio ambiente reside expressamente no art. 225, nos incisos do § 1º, onde se acham: a determinação de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais; a promoção do manejo ecológico de ecossistemas; o dever de criação de espaços protegidos.

A lei do SNUC regulamentou o dispositivo constitucional e reuniu em dois grupos as categorias de unidades de conservação, a saber: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável. Entre os espaços integrantes da primeira categoria estão (art. 8º) a Estação Ecológica, a Reserva Biológica, o Parque Nacional, o Monumento Natural e o Refúgio de Vida Silvestre. No grupo das unidades de uso sustentável estão presentes as seguintes categorias (art. 14): Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Ambos os grupos objetivam a preservação/conservação da natureza. A diferenciação mais marcante entre eles refere-se à intensidade da restrição que recai sobre a área: nas unidades de uso sustentável, admite-se o uso direto de parte dos recursos naturais nos moldes da sustentabilidade; nas unidades de proteção integral, aceita-se somente a utilização indireta.

No rol das semelhanças, a título de exemplificação, destacam-se: (i) a necessidade da criação de uma unidade de conservação por intermédio de ato do Poder Público (Executivo – decreto, portaria, etc.; Legislativo – lei); (ii) a elaboração do plano de manejo no prazo de cinco anos;² (iii) a modificação ou supressão da unidade de conservação de ambos os grupos demanda lei (BETRÃO, 2008, p. 5-8). Com o fito de subsidiar os argumentos presentes no item 3, relativos ao licenciamento ambiental nas unidades de conservação que não possuem plano de manejo, bem como à alternativa teórica obtida através da Teoria do Fato Jurídico, é necessário tecer algumas considerações sobre o plano.

² A lei que criou o SNUC possui natureza mista, isto é, trata da tutela aos bens ambientais e de organização administrativa. Neste âmbito, em virtude da lógica inerente ao sistema federativo brasileiro, dificilmente será aplicada para além da administração pública federal. Portanto, o referido diploma legislativo não deve ser entendido como uma norma nacional, e sim, federal. (Nesse sentido, ANTUNES, 2011, p. 44).

O plano de manejo é uma documentação técnica elaborada a partir dos objetivos gerais da unidade de conservação com o objetivo de zoneá-la e fixar as normas que devem regular tanto o uso da área quanto o manejo dos recursos naturais, além de ser responsável por regulamentar a instalação de estruturas físicas necessárias à realização da gestão da unidade (art. 2º, XVII, da Lei Federal nº 9.985/2000). Em virtude de ser possível a utilização direta de parcela dos recursos naturais existentes no território das unidades de conservação de uso sustentável, o plano de manejo indicará em quais áreas poderá ser realizada tal utilização (BETRÃO, 2008, p. 8).

Ademais, a regulação da propriedade privada será feita por meio do plano de manejo nas unidades de conservação que a admitem, como ocorre nas Áreas de Proteção Ambiental. Indo além, é possível afirmar que o plano de manejo é responsável, ao lado de todas as normas relativas à proteção do meio ambiente, por dar forma ao conceito jurídico indeterminado, de índole constitucional, relativo à função social da propriedade privada, estabelecendo-a com base na realidade da unidade de conservação, e, por conseguinte, estabelecendo o próprio conteúdo do direito de propriedade.³

Feitas essas considerações, conclui-se que o plano de manejo desempenhará relevante papel no licenciamento ambiental de empreendimentos em unidades de conservação. O deferimento de licenciamentos ambientais em unidades cujo plano de manejo não foi elaborado será analisado no tópico 3, buscando-se encontrar as respostas que a Teoria do Fato Jurídico apresenta a essas situações.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO FATO JURÍDICO E SUA APLICAÇÃO NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

O suporte fático pode ser definido como algo que poderá vir a acontecer no mundo dos fatos cuja relevância é reconhecida pelo direito, veiculando aquele mediante uma norma jurídica. A ocorrência no mundo dos fatos de todos os elementos constituintes do suporte fático faz com que a norma jurídica sobre ele incida, transpondo-o para o mundo jurídico através da juridicização, dando espaço para o surgimento do fato jurídico (MELLO, 2013, p. 73). A relevância jurídica dos fatos é um dos elementos constituidores do suporte fático; a

³ Aqui, parte-se da premissa de que a função social da propriedade é parte integrante do próprio conceito de propriedade privada. (Nesse sentido, ver GUILHERMINO, 2012, p. 87-88.)

comunidade jurídica, ao delinear as normas dessa natureza, valora-os em virtude de sua maior ou menor importância para a vida humana (MELLO, p. 75-76).

Nessa senda, no mundo moderno, as normas ambientais passam a ter incontestável importância, dado o cenário atual de insustentabilidade ecológica. Na modernidade tardia de Beck, não mais é possível falar em autonomia da sociedade, bem como de seus respectivos subsistemas (econômico, político, cultural, familiar), em relação à natureza. Ademais, os problemas ambientais não mais são vistos como problemas da natureza, e sim como problemas de ordem social, próprios “do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política”, tanto na origem como nas consequências geradas (BECK, 2011, p. 99).

Como visto, as questões ambientais têm importância manifesta e estão fortemente conectadas à subsistência da espécie humana. A relevância da temática não foi ignorada pelo Direito, sendo tal assertiva corroborada por uma rápida análise do ordenamento jurídico brasileiro, no qual é possível encontrar inúmeras normas, provenientes dos três âmbitos federativos, cujos suportes fáticos foram definidos pelo legislador e relacionam-se à proteção dos recursos naturais e à utilização racional dos recursos naturais.

Asa normas jurídicas ambientais veiculam suportes fáticos que, com a incidência do preceito, fazem surgir o fato jurídico. O fato jurídico é, segundo Pontes de Miranda:

O que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico (...). No suporte fático se contém, por vezes, o fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato que dimana agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade. (MIRANDA, 1972, p. 153).

Marcos Mello, por sua vez, compreende o fato jurídico como “elemento fundamental de toda a juridicidade, pois se constitui na fonte imediata do mundo jurídico, sendo a norma, enquanto apenas norma, e o fato, enquanto apenas fato, suas fontes mediatas” (MELLO, 2013, p. 27).

Dada a indispensabilidade do fato jurídico, conclui-se que a Teoria do Fato Jurídico situa-se no âmbito da Teoria Geral do Direito, sendo possível falar, por exemplo, em fato jurídico nos seguintes casos: (a) no direito penal, quando na ocorrência do crime; (b) no direito administrativo, quando ocorre a nomeação pelo chefe do Executivo de um funcionário público (MELLO, 2013, p. 27-28); (c) no direito ambiental, quando da criação pelo Estado de uma unidade de conservação. Contudo, cada fato jurídico corresponde a uma espécie

diferente, o que demanda o estudo de suas particularidades individualmente, como ocorre no direito penal, em que o crime é um “fato jurídico ilícito” (MELLO, 2013, p. 28).

A criação de uma unidade de conservação pelo Poder Público carrega em si o dever de elaboração do plano de manejo respectivo (art. 27, Lei 9.985/2000); assim, a criação de uma unidade de conservação é, por si só, fato jurídico que funciona como suporte fático sobre o qual incidirá a norma acima citada, relativa à feitura do plano de manejo.

Saliente-se que, embora seja mais recorrente a possibilidade de efeitos jurídicos (deveres, direitos, relações jurídicas, entre outros) funcionarem como suporte fático, de acordo com Marcos Mello, os fatos jurídicos podem exercer a mesma função (MELLO, 2013, p. 79). Nesse sentido, afirma o jurista:

[...] Pode parecer incoerente essa afirmativa quando considerada diante daquela outra de que o suporte fático é conceito pré-jurídico, do mundo dos fatos, e não do mundo do direito. Como considerar *fático* o que é *jurídico*? Esclarecemos. O fato jurídico e o efeito jurídico estão no mundo jurídico, mas nem por isso deixam de integrar, com essa característica de jurídico o mundo em geral, dito mundo dos fatos. O mundo jurídico é, apenas, parte do mundo geral, portanto compõe o todo. O fato jurídico, como os efeitos jurídicos, quando entram na composição de um suporte fático, são tomados como fato jurídico ou como efeito jurídico, tal qual são. Não voltam a ser *fático desqualificado de jurídico*, mas continuam a ser *fático adjetivado de jurídico*. A distinção entre mundo dos fatos (geral) e mundo do direito é puramente lógica, nunca fática. (grifos no original) (MELLO, 2013, p. 80).

Importa, conforme Pontes de Miranda e Enneccerus-Nipperdey (*apud* MELLO, 2013, p. 80), que exista o fato jurídico ou o efeito jurídico a fim de que possa funcionar como suporte fático de outro fato jurídico, isto é: “se a norma jurídica tem como pressuposto de sua incidência (= suporte fático) fato já juridicizado por outra norma jurídica (= fato jurídico), somente se comporá se o suporte fático daquele fato já existir juridicizado” (MELLO, 2013, p. 80). Portanto, é possível afirmar que a existência do fato jurídico relativo à criação de uma unidade de conservação é suporte fático para a incidência da norma relativa ao dever de elaboração dos planos de manejo.

Pontes de Miranda entendia que “os catálogos de direitos fundamentais são as partes mais importantes das constituições contemporâneas” (MIRANDA *apud* SARMENTO, 2008, p. 69). Para o jurista, “a finalidade do direito consiste na realização da maior soma possível de utilidade para o corpo coletivo” (MIRANDA *apud* SARMENTO, 2008, p. 67). A CF/88 consagrou que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental, além de ter erigido a tutela ambiental entre os principais objetivos do Estado brasileiro. Trata-se de um direito fundamental de terceira dimensão cujos fundamentos residem no princípio constitucional da solidariedade e em sua natureza transindividual (FENSTERSEIFER, 2008, p. 29).

A titularidade difusa e transgeracional, elemento subjetivo do suporte fático, do direito fundamental em pauta reside no art. 225 da CF/88. A partir da análise do dispositivo, observa-se ainda que o objeto de direito é qualificado, isto é, há o direito à “qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade se converteu em bem jurídico” (SILVA, 2011, p. 85).

Além de ser um bem de uso comum do povo, o meio ambiente é necessário à sadia qualidade de vida. Por conseguinte, a utilização desse bem jurídico deverá ocorrer em benefício da coletividade; mesmo quando integrar a propriedade particular, não poderá o proprietário dele se apropriar e utilizá-lo da forma que lhe for mais aprazível (SILVA, 2011, p. 84-86).

3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO QUE NÃO POSSUEM PLANO DE MANEJO À LUZ DA TEORIA PONTEANA

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PLANOS JURÍDICOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Um dos aspectos mais relevantes da teoria de Pontes de Miranda foi a divisão do mundo jurídico em três planos: existência, validade e eficácia.

O ingresso no plano da existência ocorre quando a parte relevante do suporte fático sofre incidência de uma norma jurídica, juridicizando-a. Apenas importa avaliar a ocorrência (ou não) da incidência, razão pela qual não se cogitam questões de (in)validade ou (in)eficácia relativas ao fato jurídico. O plano da existência é a porta de entrada no mundo do direito pelos fatos jurídicos, sejam eles ilícitos ou lícitos (MELLO, 2013, p. 140-141).

No plano da validade, apenas ingressam os atos jurídicos classificados como *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Neles, a vontade humana é elemento nuclear do suporte fático; o direito, então, realizará uma análise daqueles que são perfeitos, reputando-os válidos, e os imperfeitos, por sua vez, inválidos (MELLO, 2013, p. 142, 146). Os fatos jurídicos *stricto sensu*, por razões lógicas, não podem ser tidos como inválidos, uma vez que se referem à juridicização de fatos naturais. Os atos-fatos, fenômenos físicos originados ou não da ação humana, igualmente, por incongruência lógica, não poderiam receber a punição jurídica da invalidade (MELLO, 2013, p. 143). Os fatos jurídicos lícitos, nos quais a vontade não é elemento do suporte fático, e os fatos ilícitos *lato sensu*, em virtude de não poderem ser reputados nulos ou anuláveis, destarte, não caminham pelo plano da validade.

Aduz Marcos Mello:

A nulidade ou anulabilidade – que são graus da invalidade – prendem-se à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico. A invalidade, no entanto, pressupõe como essencial a suficiência do suporte fático, portanto, a existência do fato jurídico. (MELLO, 2013, p. 142).

Por sua vez, o plano da eficácia não pressupõe o ingresso do fato jurídico no plano da validade. Os fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos ilícitos *lato sensu* (à exceção da *lex specialis*) precisam somente existir para ingressarem diretamente no plano da eficácia. Os atos anuláveis, de pronto, adentram no plano da eficácia e irradiam efeitos *intermisticamente*, isto é, de forma provisória, mas que pode vir a ser definitiva “pela sanção da anulabilidade, inclusive pela decadência da pretensão anulatória” (MELLO, 2013, p. 143-145). Os atos nulos, via de regra, não irradiam a eficácia plena. Por quase sempre coincidirem os atos nulos e ineficazes, há uma confusão entre as espécies, apesar de existirem raras situações em que o ato jurídico nulo produz, de forma plena e definitiva, efeitos jurídicos (MELLO, 2013, p. 145).

Em razão disso, adverte-se que as questões relativas à nulidade e eficácia dos fatos jurídicos serão solucionadas a partir daquilo que foi estabelecido pelo ordenamento jurídico. Ademais, perante problemas relacionados à validade ou eficácia, é indispensável a presença de “princípios que norteiam o sistema jurídico a que se referem, para que as soluções sejam alcançadas com a maior dose de coerência e veracidade possíveis” (MELLO, 2013, p. 145).

3.2 A CLASSIFICAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA TEORIA DO FATO JURÍDICO E O LICENCIAMENTO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE USO SUSTENTÁVEL

É por meio do processo decisório ambiental que o órgão ambiental autoriza ou nega determinado empreendimento ou atividade que ponha em risco o meio ambiente. A decisão é dada depois de avaliada a dimensão do impacto ambiental, nos aspectos positivos e negativos, bem como a relevância do empreendimento ou atividade (BIM, 2014, p. 7).

O licenciamento ambiental e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras são instrumentos previstos na Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, inc. IV, da Lei nº 6.938/1981). De acordo com o art. 10 da lei mencionada, com redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011, o licenciamento ambiental será prévio e condição para que se construa, instale, amplie e para que haja o funcionamento de estabelecimentos, bem como de

atividades “utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

Tendo em vista que o art. 17-A da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente preceitua que a competência para o licenciamento ambiental é dos órgãos que fazem parte do Sistema Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento é classificado como ato administrativo. Marcos Mello afirma que os atos de direito público costumam estar enquadrados nas categorias de ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, isto é, frequentemente são tidos como atos mistos. Como cada ramo do direito público possui suas peculiaridades próprias, é mais adequado nomeá-los, “genericamente, de atos jurídicos de direito público” ou “atos jurídicos administrativos” (MELLO, 2013, p. 202-203).

A competência para licenciamento dentro de unidades de conservação foi tratada pela Lei complementar nº 140/2011. Como regra geral, estabeleceu-se a “prevalência do critério do ente federativo instituidor da unidade de conservação” (SILVA, 2012, p. 69); já no caso das Áreas de Proteção Ambiental, objeto de análise do presente trabalho, a competência será estabelecida conforme o alcance do impacto ambiental direto gerado pela atividade (SILVA, 2012, p. 69-70).

Em relação ao licenciamento ambiental em unidades de conservação de uso sustentável, a Lei do SNUC prevê:

Art. 28. São proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos. (grifos nossos)

Parágrafo único. Até que seja elaborado o Plano de Manejo, todas as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem se limitar àquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger, assegurando-se às populações tradicionais porventura residentes na área as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais.

Como visto, o mencionado dispositivo é enfático ao vedar quaisquer atividades e obras nas unidades de proteção integral na ausência do respectivo plano de manejo. Contudo, observa-se que em relação às unidades de uso sustentável, especialmente à área de proteção ambiental, o mesmo rigor deve ser alcançado, uma vez que o *caput* estabelece a necessidade de compatibilidade das alterações, atividades ou modalidades de utilização não apenas com

objetivos das unidades de conservação, como também com o plano de manejo (e seus respectivos regulamentos).⁴

De acordo com a tipologia criada por Pontes de Miranda, o suporte fático da norma jurídica são os fatos nela descritos e o preceito contém as consequências, isto é, os efeitos jurídicos. Logo, caso o suporte fático se concretize no mundo, tornando-se concreto, a norma respectiva incidirá e o transformará em fato jurídico (MELLO, 2010, p. 142-143). Na norma jurídica do *caput* do art. 28, tem-se a seguinte configuração: o suporte fático é composto pela existência jurídica de uma unidade de conservação de uso sustentável; caso o suporte fático se realize no mundo dos fatos, haverá incidência da norma e, por conseguinte, os efeitos recairão sobre ela, ou seja, a proibição de atividades, alterações ou modalidades de uso que estejam em desacordo com os objetivos da unidade, seu plano de manejo e respectivos regulamentos.

Portanto, além das normas regulares para que o Poder Público possa licenciar atividades e empreendimentos, em relação às unidades de conservação de uso sustentável, vigora regra adicional: a compatibilidade com os objetivos da unidade, com o plano de manejo e seus respectivos regulamentos. São requisitos cumulativos, tendo em vista a utilização pela norma do vocábulo *e*. Acrescente-se ainda que a norma jurídica do *caput* do art. 28 enquadra-se, conforme a Teoria do Fato Jurídico, na categoria de normas cogentes proibitivas (MELLO, 2010, p. 144), ou seja, é norma cuja incidência é incondicional, e veda que seja alcançado o seguinte resultado: deferimento de licenciamentos ambientais incompatíveis com os objetivos e o plano de manejo da unidade de uso sustentável.

A ausência do plano de manejo não deve significar carta em branco para o licenciamento de empreendimentos potencialmente lesivos ao meio ambiente em APAs, analisando-os apenas em relação aos objetivos da unidade. Ainda que se entenda pela inocorrência da concreção do suporte fático, já que não há plano de manejo para completar o sentido da norma jurídica do *caput* do art. 28, e, por conseguinte, para se concluir pela não incidência da norma proibitiva, haverá a incidência dos princípios constitucionais ambientais da precaução e da prevenção, no sentido de obstar o licenciamento de atividades e empreendimentos potencialmente poluidores que possam causar danos irreversíveis à unidade.

⁴ Advirta-se que o presente artigo tem como objeto o licenciamento em unidades de conservação do tipo sustentável, notadamente as APAs, tendo em vista que em relação às de proteção integral, há vedação expressa pelo parágrafo único de atividades para além daquelas necessárias à proteção dos recursos naturais.

Como será visto adiante, a normatividade dos princípios é reconhecida pela Teoria do Fato Jurídico, mas, antes, são necessárias algumas considerações acerca dos princípios da precaução e prevenção.

O princípio da prevenção, dotado de aplicabilidade direta, determina, no âmbito do Direito Administrativo, que tanto os particulares quanto o Poder Público têm o dever de evitar as atividades em que haja certeza suficiente da ocorrência do dano injusto e, portanto, devem agir preventivamente, desde que o dever de obstá-las esteja inserido entre suas atribuições (FREITAS, 2015, p. 3).

O ponto relevante, nesse caso, é que não se admite inércia do Estado brasileiro (sem falar, aqui, na dimensão universal do tema), sob pena de responsabilização proporcional. A omissão passa – ou deveria passar – a ser entendida como causa jurídica de evento danoso, não mera condição. Com esta importante premissa adotada, na seara administrativa, eis o princípio da prevenção, em seus elementos de fundo: (a) alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo e (c) ônus do Estado de produzir a prova de excludente do nexo de causalidade. (FREITAS, 2015, p. 4).

Igualmente aplicado de forma direta, o princípio constitucional da precaução prevê o dever de o Estado evitar, nos moldes das suas atribuições respectivas e possibilidades orçamentárias, que o evento supostamente danoso ocorra:

em face de (a) fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao (b) risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos da eventual atividade interventiva. No cotejo com o princípio da prevenção, a diferença maior reside no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza ‘versus’ verossimilhança). Nessa medida, o Estado Democrático, para bem resguardar, em sua eminência, o princípio da precaução, age na presunção – menos intensa do que aquela que o obriga a prevenir – de que a interrupção proporcional e provisória do nexo de causalidade consubstancia, no plano concreto, uma atitude mais vantajosa do que a resultante da liberação do liame de causalidade. (FREITAS, 2015, p. 4-5).

Sem o plano de manejo, não é possível que o órgão ambiental saiba se aquela atividade ou empreendimento é, ou não, incompatível e, por conseguinte, se há riscos de a atividade ser, por exemplo, alocada em área que, segundo os estudos do plano de manejo, está sofrendo elevado risco de degradação ou é estratégica, por algum fator biótico, para a conservação do ecossistema protegido através da área de proteção ambiental. Por isso, o caminho mais adequado a ser seguido é a aplicação dos princípios mencionados e vedar o licenciamento, quando não há plano de manejo.

Os princípios são reconhecidos pela Teoria do Fato Jurídico como dotados de caráter normativo e de cogência manifesta. É possível que os princípios estejam especificados em normas explícitas, ou que sejam previstos através de enunciados gerais, ou ainda, que se

achem implícitos no ordenamento jurídico. Independentemente da forma como se façam presentes, funcionam como instrumentos normativos à disposição do Poder Público, com destaque no preenchimento das lacunas porventura existentes no ordenamento positivo. Nas ocasiões em que a legislação não tem as respostas para o deslinde dos casos concretos, as normas reveladas por intermédio do conteúdo dos princípios devem ser utilizadas, pois os princípios também conferem sentido ao sistema jurídico (MELLO, 2010, p. 146).

Uma vez que a Lei do SNUC silencia acerca das consequências jurídicas da falta de plano de manejo no âmbito do licenciamento ambiental em unidades de conservação de uso sustentável, revela-se imperioso o reconhecimento da incidência dos princípios da prevenção e da precaução para obstar licenciamentos de empreendimentos e atividades potencialmente lesivas à unidade de conservação. Caso contrário, as unidades de conservação não terão tratamento jurídico diferenciado, contrastando com a finalidade constitucional de criação de espaços territoriais e respectivos componentes a serem especialmente protegidos, existente no art. 225, § 1º, inc. III, que veda expressamente qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Nesse sentido, tem-se que a elevação do meio ambiente à categoria de direito fundamental conduz ao princípio da primariedade do meio ambiente (BENJAMIN, 2008, p. 59-60), cuja aplicação recai de forma substancial em casos relativos às unidades de conservação em que o poder econômico digladia com a proteção da natureza. Desta forma, não pode o meio ambiente ser tido como valor subsidiário, irrelevante ou desprezível por nenhum agente público ou privado (BENJAMIN, 2008, p. 59-60).

Nesse sentido,

Adverte Pontes de Miranda que nas Constituições há regras de forma e regras de fundo (Comentários à Constituição de 1967, t. I, São Paulo, Ed. RT. 1967, p. 287). Poderíamos acrescentar, na perspectiva da proteção do meio ambiente, que há regras que estabelecem o conteúdo de direitos e obrigações ambientais e regras que determinam a forma de exercício e tutela desses mesmos direitos e obrigações. (BENJAMIN, 2008, p. 61).

De tais argumentos, decorre que a tutela do meio ambiente pelo ordenamento jurídico brasileiro, associada ao reconhecimento do direito fundamental intergeracional respectivo, deve servir de guia hermenêutico dos magistrados, do Ministério Público e do próprio administrador, no sentido de uma postura mais restritiva aos licenciamentos ambientais em unidades de conservação de uso sustentável, especialmente em relação às APAs.

A tais argumentos, some-se a informação de que, no Brasil, existem 2.355 unidades de conservação; delas, em apenas 430, há plano de manejo. Dasquelas em que a atribuição para

a elaboração recai sobre a Administração,⁵ em apenas 420 de 1.419 o plano se faz presente.⁶ Considere-se ainda que parcela mais expressiva das unidades de conservação integrantes do sistema nacional, correspondente a 52% de todo o SNUC, em termos de extensão territorial é composta por áreas de proteção ambiental, cuja fragilidade na proteção de seus recursos naturais é traço característico (SOUZA, 2014. p. 448), uma vez que a utilização, dita sustentável, dos recursos naturais é admitida, bem como se mostram possíveis os licenciamentos de atividades e empreendimentos.

Somado ao contexto fático em questão, tem-se que a Lei do SNUC, no tocante às unidades de conservação de uso sustentável, proibiu licenciamento de atividades em dissonância com o plano de manejo, mas não previu de forma expressa a invalidade enquanto sanção. Por conseguinte, o Poder Judiciário, ao se deparar com ações questionando os licenciamentos de empreendimentos nos moldes citados, poderá recorrer, a título de reforço argumentativo, à Teoria do Fato Jurídico com vistas a declarar a invalidade dos licenciamentos de empreendimentos em unidades de uso sustentável que não possuem plano de manejo.

3.3 AS RESPOSTAS DA TEORIA DO FATO JURÍDICO AOS LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO QUE NÃO POSSUEM PLANO DE MANEJO

A perfeição do suporte conduz à validade do ato jurídico, a qual acarreta o reconhecimento de que o ato jurídico está em plena conformidade com o ordenamento jurídico. Por sua vez, a invalidade será a sanção aplicada pelo Direito quando, apesar de o suporte fático ter sido concretizado suficientemente, algum elemento nuclear padecer de deficiências ou algum elemento complementar estiver ausente. Por conseguinte, o ato será tido como ilícito (MELLO, 2014, p. 39).

A natureza de sanção da invalidade, tanto em relação à nulidade quanto à anulabilidade, justifica-se pela necessidade de expurgar as violações do sistema jurídico e, portanto, garantir que a vigência do ordenamento se dê de forma íntegra (MELLO, 2014, p. 42). Em virtude de inegável ilogicidade, não é possível que o ato inválido seja considerado

⁵ Nas reservas particulares do patrimônio natural, a elaboração do plano de manejo é de responsabilidade do particular e o Estado pode atuar auxiliando-o (art. 21, § 3º, da Lei do SNUC).

⁶ Os dados foram extraídos a partir de análises dos Relatórios Parametrizados de Unidades de Conservação gerados em 5 de junho de 2019. Disponíveis em: <sistemas.mma.gov.br/cnuc/index.php?ido=relatorioparametrizado.exibeRelatorio>. Acesso em: 5 jun. 19.

inexistente. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello aponta os seguintes argumentos: a ineficácia do ato jurídico putativo, em que se atribuem efeitos jurídicos ao ato nulo; a possibilidade de conversão do ato inválido; e, por fim, a imprescindível desconstituição do ato tido como inválido (MELLO, 2014, p. 45).

A ausência dos elementos nucleares do suporte fático, de cerne e elementos complementantes impede a formação do fato jurídico. Já os elementos complementares referem-se “à perfeição dos elementos nucleares do suporte fático, que não são elementos de suficiência do suporte fático, porém de sua eficiência”. Suas consequências somente se relacionam a questões de validade ou eficácia, jamais em relação à existência, pois configuram “pressupostos de validade e/ou de eficácia” (MELLO, 2014, p. 46-47).

Pelo plano da validade somente passam os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu* (MELLO, 2014, p. 52). O primeiro pressuposto de validade do ato jurídico é a consonância com o direito. A contrariedade ao direito integra o núcleo do suporte fático do ato ilícito *lato sensu*, dado essencial (elemento cerne) para a sua configuração. As invalidades se fazem presentes em todos os âmbitos da Teoria Jurídica, afinal, referem-se à problemática da violação das normas jurídicas (MELLO, 2014, p. 86).

No tocante aos atos administrativos, especialmente os atos jurídicos *stricto sensu* da Administração que violarem norma jurídica cogente, serão nulos. Por integrar a espécie dos atos jurídicos *stricto sensu*, o ato jurídico de direito administrativo e ambiental concessivo/denegatório do licenciamento poderá ser tido como nulo caso contrarie os comandos legais consignados em normas cogentes.

Importa destacar que a sanção da nulidade pode estar, ou não, prevista de forma expressa no ordenamento jurídico, razão pela qual se divide em:

- (a) nulidade textual, expressa ou cominada, quando vem taxativamente declarada na lei (...); nulidade virtual ou não-cominada (...), que resulta da violação de norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, que, sendo silente quanto à sanção da nulidade, não define outra espécie de sanção para o caso de ser transgredida (=sanção inespecífica). (MELLO, 2010, p. 153).

Maiores problemas se fazem presentes quando há nulidade virtual. Desde logo é preciso destacar que nem sempre a violação da norma jurídica cogente implicará a nulidade como sanção; tudo irá depender da maneira que a norma jurídica prevê a punição, em virtude de ter sido violada. Apenas diante da omissão da norma jurídica quanto à previsão de penalidade específica é que será aplicada a sanção da nulidade (MELLO, 2010, p. 153).

A regra geral, referente à fundamentação jurídica para a aplicação da sanção de nulidade de licenciamentos ambientais de empreendimentos/atividades potencialmente

atentatórios à higidez ambiental em unidades de conservação, pode ser obtida através da interpretação do art. 5º, LXXIII, referente à legitimidade para a propositura da ação popular voltada a “anular **ato lesivo** ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural” (grifos nossos).

Da análise dos arts. 27 e *caput* do art. 28 da Lei nº 9.985/00 c/c o *caput* do art. 225, § 1º, incs. I e III, decorrem as seguintes constatações: (i) a existência do ato jurídico criador da unidade de conservação é suporte fático suficiente para a incidência da norma relativa ao dever de elaborar plano de manejo; assim, a ausência do plano de manejo implica necessariamente a violação das respectivas normas cogentes; (ii) o plano de manejo, documento técnico elaborado a partir de estudos da unidade, é imprescindível para determinar as modalidades de utilização das unidades de conservação que podem comprometer a integridade dos atributos ensejadores da proteção da área pelo Poder Público; (iii) o fato de a unidade de uso sustentável não possuir plano de manejo conduz à incidência obrigatória dos princípios da prevenção e precaução e, portanto, os licenciamentos devem ser obstados na unidade; (iv) a ausência do plano de manejo, quando concedido o licenciamento ambiental de empreendimento/atividade em unidade de conservação de uso sustentável, funciona como ilicitude originária do ato jurídico concessivo, afeta a validade do ato e demanda seu desfazimento.

Por conseguinte, considerando a existência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a existência de considerável número de unidades de conservação de uso sustentável sem plano de manejo, denotando a precariedade do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, é dever do magistrado, ao aplicar o direito, dar-lhe contornos de efetividade, pois,

quando existe um direito assegurado na Constituição e na lei infraconstitucional, que regulamente o campo de escolha do administrador, este está de tal forma reduzido que a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 133).

Nesse contexto, ao se deparar com licenciamentos incompatíveis com os objetivos de criação das unidades de conservação de uso sustentável e concedidos naquelas unidades em que não há plano de manejo, especialmente áreas de proteção ambiental, o magistrado deve declará-los inválidos.

Como visto, o art. 28 da Lei do SNUC proíbe o licenciamento de empreendimentos em desacordo com os objetivos da unidade e com o plano de manejo, mas não previu de forma

expressa a proibição de licenciar nas UCs de uso sustentável sem plano de manejo. Por conseguinte, caso o magistrado se depare com demandas dessa natureza, mesmo diante de uma lacuna normativa, tem o dever de decidir. Ao utilizar a Teoria do Fato Jurídico para fins de tornar inválidos os licenciamentos concedidos, isso não significa que possui uma postura no sentido do “ativismo judicial”, e sim que busca concretizar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

CONCLUSÕES

Conforme a Teoria do Fato Jurídico, a incidência da norma é infalível, uma vez concretizado de forma suficiente o suporte fático presente nas normas jurídicas. A existência de ato jurídico criador da unidade de conservação funciona como suporte fático relativo à incidência das normas jurídicas referentes ao dever de elaboração do plano de manejo, bem como da necessidade de observância dos objetivos da unidade, do plano de manejo e seus regulamentos a fim de se concluir pela proibição, ou não, de determinada atividade, empreendimento ou utilização da unidade de conservação de uso sustentável.

O dever de elaborar o plano de manejo decorre de norma cogente impositiva. A ausência do plano implica, necessariamente, a incidência dos princípios da prevenção e da precaução, cuja normatividade é igualmente reconhecida pela Teoria do Fato Jurídico, tendo em vista que os princípios revelam, assim como as demais normas, as bases do ordenamento jurídico nacional.

O deferimento de licenciamentos ambientais de empreendimentos, atividades e usos da unidade de conservação potencialmente poluidores, através dos atos jurídicos *stricto sensu* administrativos e em contradição com as normas acima expostas, implicará a ilicitude do ato jurídico proferido pela Administração. A norma jurídica implícita, extraída do art. 5º, inc. LXXIII, da CF/88, veicula a possibilidade de anulação dos atos lesivos ao meio ambiente, quando praticados pelo próprio Poder Público.

Por tais razões, reforça-se o entendimento doutrinário defendido por Marcos Bernardes de Mello no tocante à aplicabilidade da Teoria do Fato Jurídico em ramos para além do cível, em virtude da Teoria Geral do Direito. Os argumentos levantados no presente artigo conduzem à conclusão de que a teoria desenvolvida por Pontes de Miranda permanece atual e pode ser utilizada com vistas à tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas protegidas e propriedade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 99.

BETRÃO, Antonio F. G. Unidades de uso sustentável e de proteção integral: diferenças, semelhanças e adequação na escolha. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. **Tutela jurídica das áreas protegidas (Lei n. 9.985/2000)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1-12.

BIM, Eduardo Fortunado. **Licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da precaução e o dever estatal de evitar danos juridicamente injustos. **eGov**, 5 de mar. 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505615174218181901.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2015.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. **Propriedade privada funcionalizada**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da fraude à Constituição no sistema jurídico nacional. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 52, p. 137-174, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais e a técnica constitucional – reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. **Revista do Mestrado em Direito – UFAL**, Edufal, p. 49-79, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. Comentários sobre a nova lei de competências em matéria ambiental (LC 140, de 8.12.2011). **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, Ano 16, n. 66, p. 55-76, abr./jun. 2012.

SOUZA, Mara Freire Rodrigues de. **Política pública para unidades de conservação no Brasil**: diagnóstico e propostas para uma revisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.