

I

DIREITO, PAISAGEM E BIODIVERSIDADE¹ LAW, LANDSCAPE AND BIODIVERSITY

David Cassuto

Professor de Direito e Diretor do Brazil-American Institute for Law and Environment (BAILE). PhD pela Universidade de Indiana. Juiz de Direito no estado de New York. E-mail: dcassuto@law.pace.edu.

RESUMO: Os Estados Unidos surgiram como uma nação rica em biodiversidade. Hoje, como a maior parte do mundo, enfrenta uma crise de biodiversidade, que é real e piora a cada dia. Espécies e ecossistemas são ameaçados de extinção em meio a um clima político hostil à intervenção reguladora e um sistema de retalhos de leis que dispersa as responsabilidades entre várias agências federais ao alocar autoridade do uso da terra sobre a terra não-federal para os estados individuais. Este artigo analisa a estrutura cultural e legal a partir da qual as leis da biodiversidade nos Estados Unidos evoluiu. Em seguida, examina a matriz legislativa e regulamentar da qual proteções devem agora surgir. Por fim, discute por que o atual sistema de leis não pode e não fornece uma proteção duradoura aos ecossistemas, apresentando algumas sugestões de como podemos oferecer proteção à biodiversidade no quadro nacional federalista.

Palavras-chave: Biodiversidade. Paisagem. Direito Ambiental. Habitat. Ecossistema

ABSTRACT: The United States began as a nation rich in biodiversity. Today, like much of the rest of the world, it faces a biodiversity crisis that is very real and worsening. Species and ecosystems face extinction amidst a political climate hostile to regulatory intervention and a patchwork system of laws that disperses responsibility among various federal agencies while allocating land use authority over non-federal land to the individual states. This paper looks at the cultural and legal framework from which biodiversity laws in the United States evolved. It next surveys the legislative and regulatory matrix from which protections must now emerge. It then discusses why the current system of laws cannot and will not provide lasting ecosystemic protections and offers some suggestions as to how we might weave biodiversity protections into the national federalist framework.

Keywords: Biodiversity. Landscape. Environmental law. Habitat. Ecosystem

¹ Tradução de Nicole Pereira Batista, mestranda em Animal Law and Society da Universidade Autônoma de Barcelona e Ana Luiza Brito Silva, estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia .

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Os Mitos Fundadores - 3. Os obstáculos jurídicos às leis de proteção ambiental - 4. Seminais leis federais de Biodiversidade - 5. A Estrutura Federal de Regulamentação - O Governo tanto como regulador e Entidade Regulada - 2. Os Mitos Fundadores - 3. Os obstáculos jurídicos às leis de proteção ambiental - 4. Seminais leis federais de Biodiversidade - 5. A Estrutura Federal de Regulamentação - O Governo tanto como regulador e Entidade Regulada - 6. Biodiversidade Presente e o Futuro nos Estados Unidos - 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos começaram como uma nação rica em biodiversidade. Hoje, como grande parte do resto do mundo, enfrentam uma crise da biodiversidade que é muito real e piora a cada dia. Espécies e ecossistemas estão em risco de extinção em meio a um clima político hostil à intervenção reguladora e um sistema jurídico retalhado que divide a responsabilidade entre várias agências federais ao mesmo tempo em que aloca a autoridade sobre o uso das terras não-federais aos Estados.

Este artigo analisa o quadro cultural e jurídico da evolução das leis de biodiversidade nos Estados Unidos. Em seguida, ele examina a matriz legislativa e regulamentar da qual essas proteções devem emergir a partir de agora. Em seguida, discute por que o atual sistema jurídico não pode e não irá fornecer uma duradoura proteção ecossistêmica no âmbito federalista nacional.

De um modo geral, a biodiversidade refere-se à rica variedade de vida na Terra, às diferenças genéticas entre as várias formas de vida, suas comunidades e ecossistemas, e às maneiras em que eles interagem para criar e sustentar a vida no planeta.² A ameaça mais abrangente para biodiversidade nos Estados Unidos é a destruição dos habitats.³ Esta destruição é oriunda da conversão de terras para usos ostensivamente "produtivos", em particular a agricultura, silvicultura, mineração e extração de combustível fóssil, e desenvolvimento urbano.⁴

² Ver "Saving Biodiversity: A Status Report in State Laws, Policies and Programs." Disponível em <http://www.defenders.org/pb-bstes.html>. Acesso em 26/04/2005.

³ STEIN, Bruce A.; KUTNER, Lynn S.; ADAMS, Jonathan S. *The Status of Biodiversity in the United States* (2000), p. 242.

⁴ Ver Bradley C. Karkkainen, "Biodiversidade e Terra", 83, Cornell L. Ver 1, 7 (1997)

Poucos contestariam que a maximização da biodiversidade é benéfica para a nação e para o planeta. No entanto, a elaboração e implementação de um regime para nutrir a biodiversidade é repleta de desafios jurídicos, culturais e normativos. Alguns desses desafios traçam suas origens até os mitos fundacionais da nação, enquanto outros se relacionam com os desafios espaciais e temporais inerentes à lei de proteção ambiental. Outros ainda são produto da estrutura de governo americano, onde o Poder Executivo federal deve servir tanto como organismo regulador quanto regulado e o poder do uso da terra é um direito fortemente contestado entre os governos federal e estadual.

2. OS MITOS FUNDADORES

Os Estados Unidos foram fundados por imigrantes que procuravam um novo mundo no qual pudessem se reinventar. A concepção popular dos bandeirantes americanos de esculpir um novo Éden no deserto foi, e continua sendo, uma parte importante da identidade nacional.⁵ Com esta auto-imagem veio um sentimento de direito próprio. Se as terras áridas do oeste não imediatamente lembravam o Éden, elas seriam refeitas. Esta visão do destino americano não permitia realidades ecológicas concorrentes (ou os direitos territoriais dos povos indígenas). O deserto e seus habitantes deviam ser conquistados e o novo Jardim revelado.⁶ Durante os séculos XVIII e XIX, o deserto no perímetro ocidental dos Estados Unidos, inexoravelmente, deu lugar a assentamentos.

As realidades ecológicas deste deserto recém-conquistado levaram a uma extraordinária campanha para remodelar a paisagem e adequá-la ao ideal mítico/edênico. Em meados do século XIX, muitos acreditavam que "a chuva iria seguir o arado". De acordo com essa premissa, os americanos só precisavam mudar-se para o oeste e ocupar a terra. Como consequência de suas ações, a chuva iria cair em proporção direta às suas necessidades. A fidelidade a essa ideia durou até a década de 1880 e

⁵ O historiador Frederick Jackson Turner, em sua obra muito citada, *The Frontier in American History* (1920), argumenta que a fronteira americana foi a única e maior influência sobre o caráter da sociedade americana.

⁶ Henry Nash Smith chama esta mentalidade de o "Mito do Jardim". Ver "Virgin Land: The American west as symboland and myth" (1950)

milhares de colonos partiram para o oeste, atraídos pelas promessas de um novo paraíso “para o pequeno proprietário rural”⁷.

Houve muitas outras iscas também. Os políticos que mantinham visões opostas sobre a questão da escravidão freneticamente procuravam atrair colonos da mesma opinião para a região e, assim, obter maioria para seu ponto de vista. Um senador, na esperança de atrair os proprietários de escravos para a região sul do Kansas (uma região com média inferior a 20 centímetros de chuva por ano), a descreveu como "rica como o Egito e tentadora como o Egito seria se elevada acima do dilúvio viscoso, acenando em suaves ondulações e variegada com bosques, prados e polvilhada com córregos".⁸ Da mesma forma, os políticos do Norte abolicionista, na esperança de atrair seus irmãos ideológicos, proclamavam que a paisagem do Kansas continha "muitas cenas que dificilmente podem ser lembrados sem lágrimas. A alma se derrete na presença da obra maravilhosa de Deus."⁹ As estradas de ferro, que eram beneficiárias de enormes concessões de terras federais, também necessitavam de colonos, a fim de tornar o transporte ferroviário do oeste viável. A literatura destacava que "a lama, no sentido usual... era quase totalmente desconhecida no Nebraska".¹⁰ Outras histórias e reivindicações exaltando as maravilhas e/ou rigidez da região abundam. Os temas recorrentes mais comuns envolviam tanto os graves riscos como as recompensas generosas.

Formar uma estratégia para o uso da terra a partir destes concorrentes e conflitantes mitos geográficos colocou desafios significativos. Por um lado, os americanos abraçaram a ideia de esculpir um jardim de um deserto duro e implacável no perímetro. Por outro, muitos acreditavam na visão de um paraíso já existente aguardando americanos como seu destino. Embora díspares, as duas visões precisavam de uma vasta e instável fronteira ocidental. A desconexão entre esses mitos, bem como entre estes mitos e as realidades dominantes ecológicas e sociais, levaram a noções conflitantes sobre o uso da terra.

Quando a fronteira foi fechada, resultou em mais dissonância cognitiva. Onde o ilimitado uma vez reinou, agora estavam fronteiras fechadas e feudos zelosamente

⁷ Ver CASSUTO, David N., "Dripping Dry: Literature, Politics and Water in the Desert Southwest (2001).

⁸ BENTON, Thomas Hart. *Discourse of Mr. Benton of Missouri before the Boston Mercantile Library Association on the Physical Geography of the Country between the States of Missouri and California*. 20 de dezembro de 1857. Ver também Cassuto, 12.

⁹ BOYNTON, Charles; MASON, T. B. in EMMONS, David M.. *Garden in the grasslands: boomer literature of the central great plains* (1972). Ver também Cassuto na 14 (já citado).

¹⁰ Citado em BALTENSBERGER, Bradley H. *Nebraska: a geography* (1958), p. 58; ver também Cassuto na 14 (já citado).

guardados¹¹. Realidades ecológicas - principalmente a falta de água disponível - levaram a enormes barragens patrocinadas pelo Estado e projetos de desvio com o objetivo de remodelar a terra prometida na paisagem edênica. Grande parte da geografia contemporânea do oeste americano, incluindo cidades e a agricultura intensiva de água no deserto deve-se a este "ethos" nacional de direito ecológico. Esse senso de direito, quando combinado com um regime regulamentar laborioso e fraturado, contribui para um pobre terreno fértil para a proteção da biodiversidade. Isto é particularmente verdade em função da inerente desconexão espacial e temporal entre os encargos e benefícios das leis de proteção ambiental.

3. OS OBSTÁCULOS JURÍDICOS ÀS LEIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Como o impacto ambiental de uma determinada ação é difícil de quantificar e muitas vezes se manifesta durante longos períodos de tempo, leis destinadas à proteção ambiental visavam unicamente aos obstáculos espaciais e temporais. Como observa Richard Lazarus, o escopo da mudança é ao mesmo tempo muito pequeno e muito grande. Impacto ecológico é muitas vezes mais grave nos níveis molecular ou subatômico, onde a medida exata de forças é extremamente difícil. No entanto, eles também ocorrem simultaneamente em áreas enormes e distâncias. Isso significa um aumento exponencial no número de potenciais fatores que contribuem para esse impacto.

Lázaro oferece o exemplo da diminuição da camada de ozônio. Apesar das emissões de aerossóis nos Estados Unidos terem afetado prejudicialmente a composição química do ozônio atmosférico, muitos outros produtos químicos de diferentes atividades e nações distintas de todo o mundo também contribuíram para o problema. Além disso, o ozônio atmosférico cobre o mundo inteiro, e fazer qualquer avaliação do alcance e da natureza do problema é muito difícil. Juntas, essas duas características causam isolamento e tornam o efeito mais um Graal (algo inalcançável) do que um objetivo.¹²

¹¹ Wallace Stegner, escritor e historiador do Oeste Americano, observa em "A idéia do Deserto" que "parece ... significativo que a crise na nossa literatura de esperança ocorreu quase no momento preciso em que a fronteira oficialmente chegou ao fim em 1890. " Wilderness: America's Living Heritage 99-100 (David Brower, ed. 1961).

¹² Ver LAZARUS, Richard. *The making of environmental law*, 2004, p. 20.

As enormes dimensões temporais da lesão ecológica criam problemas semelhantes. Lesão ecológica não tem duração definida. Às vezes leva gerações antes de todo o escopo de uma lesão poder ser medido com precisão. Consequentemente, o potencial para causas intervenientes (incêndios, inundações, secas, a atividade humana, etc) é muito grande e a medição da causa e efeito ao longo do tempo torna-se altamente problemática.¹³

Por estas razões, entre outros,¹⁴ proteção da biodiversidade não é fácil de adequar às prioridades locais de uso da terra. Isto é especialmente verdadeiro porque a distribuição dos benefícios e ônus de tais proteções muitas vezes deixa os proprietários de terras locais tendo a maioria dos encargos, enquanto desfrutam pouco dos benefícios (que muitas vezes são espalhados em espaço e tempo). Agir para preservar a biodiversidade pode, portanto, desafiar a análise custo-benefício padrão. Por exemplo, Colin Clark, um matemático aplicado, publicou um artigo na década de 1970 argumentando que para os japoneses (que eram os caçadores de baleias azuis primários na época), fazia mais sentido econômico caçar a baleia azul até sua extinção e investir os lucros em indústrias de crescimento, do que deixar a espécie se recuperar para onde um rendimento sustentável tornou-se possível. Clark não estava sugerindo tal curso de ação; ele estava apenas apontando os problemas inerentes em depender de argumentos econômicos para a proteção ambiental¹⁵. Dada esta falta de incentivo econômico e que as recompensas não-econômicas, tipicamente, se espalham amplamente no espaço e no tempo, faz pouco sentido esperar que as partes interessadas locais ajam unilateralmente e contra o seu interesse próprio. A lógica, portanto, parece ditar que a proteção da biodiversidade assumiu a forma de iniciativas federais.

O problema com essa estratégia é que tanto o texto da Constituição dos Estados Unidos e a estrutura do governo fazem da promulgação da proteção da biodiversidade Federal algo muito desafiador. A Décima Emenda da Constituição dos Estados Unidos reserva para os Estados todos mas aqueles poderes enumerados especificamente ao

¹³ Id. Ver também KEITER, Robert B.. *Ecological concepts, legal Standards, and Public Land Law: na analysis and assesment*. 44. Nat. Resources J. 943, 968 (2005) (descrevendo os enormes desafios espaciais e temporais inerentes a proteção da biodiversidade)

¹⁴ Outra razão muito importante é que a lei de uso do solo nos Estados Unidos é tradicionalmente de competência de governos estaduais e municipais. Foi habitualmente regido pelas doutrinas de direito costumeiro de perturbação da ordem pública e privada e, mais recentemente, foi também regulamentada por diretrizes estatutárias e portarias de zoneamento. Ver Karkkainen na 70-71.

¹⁵ David Ehrenfeld citou este estudo em “Hard Times for Diversity” em *The Fatal Harvest Reader* (Andrew Kimbrell, ed.), 2002, p. 81.

governo federal.¹⁶ Dos poderes federais enumerados na Constituição, os mais relevantes para fins da biodiversidade são: a Cláusula de Propriedade (art. IV, § 3, Cl 2), que concede ao Congresso o poder de gerir a propriedade que possui; a Cláusula de Gastos (art. I, § 8, cl 1), que dá ao Congresso o poder para estabelecer e cobrar impostos e gastar o dinheiro em nome do bem-estar geral dos Estados Unidos; e a Cláusula de Comércio (art. I, § 8, cl 3), que dá ao Congresso o poder de regular o comércio interestadual.

Todos estes poderes são moderados pela Cláusula de Tomadas da Quinta Emenda, que proíbe o governo federal de tomar a propriedade privada para uso público sem compensação.¹⁷ O alcance da cláusula de Tomadas tem sido e continua a ser o foco do debate feroz, com implicações importantes para lei da biodiversidade. Se as cláusulas são lidas de forma tão ampla como alguns defensores dos direitos de propriedade afirmam, o governo teria que indenizar os proprietários privados para qualquer ação federal que diminui o valor de uma exploração privada. Uma vez que a proteção da biodiversidade quase sempre envolve limitações no uso da terra e desenvolvimento, tal esquema de compensação, juntamente com proteções rigorosas da biodiversidade, efetivamente drenariam o Tesouro Nacional.

Não obstante a Cláusula de Propriedade da Constituição têm implicações importantes para a biodiversidade terrestre federal, seu alcance não se estende à propriedade privada e, portanto, menos do que ideal para exercer a autoridade federal sobre terras que não são federais. A Cláusula de Gastos é geralmente lida como mais preocupada com o poder de gastar e não com o poder de legislar contra o comportamento prejudicial. Isso deixa a Cláusula de Comércio como a fonte primária de autoridade federal expansiva através da qual legislar para a proteção ambiental. Como resultado, a grande maioria da legislação ambiental federal retira a sua autoridade a partir da Cláusula de Comércio. Esta autoridade é baseada em uma moderna (pós-1930) leitura da natureza do comércio interestadual para abranger praticamente qualquer coisa que possa cair no âmbito regulatório federal.¹⁸

As coisas mudaram em 1995, quando a Suprema Corte adotou uma leitura muito mais estreita da Cláusula de Comércio, em um caso histórico, intitulado *United States v*

¹⁶ Ver Constituição Americana art. X; ver também *Marbury X Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) ("Os poderes do parlamento são definidos e limitados, e essa limitação não pode ser confundido ou se esquecida, a constituição escreveu.")

¹⁷ Constituição Americana, art. V.

¹⁸ Ver, *e.g.*, *Wickard X Filburn*, 317 US 111 (1942) (sustentando que o cultivo de trigo em terras particulares para consumo pessoal, no entanto, no "comércio" é sujeito à regulamentação federal)

*Lopez*¹⁹. Lopez derrubou uma lei federal que proíbe posse de armas perto de escolas, porque ele encontrou uma relação inadequada entre a lei de objetivo e comércio interestadual. Enquanto Lopez admite que ostensivamente atividades não-comerciais sejam regulamentadas a nível federal, se seu efeito sobre o comércio interestadual é "substancial", esta norma pode representar sérios obstáculos para a proteção da biodiversidade (entre outras leis ambientais), à luz das distâncias espaciais e temporais discutidos acima. De fato, na esteira de Lopez, a constitucionalidade de grande parte da arquitetura da lei ambiental Estados Unidos tornou-se objeto de debate feroz.

Até agora, o Supremo Tribunal Federal não atingiu a quaisquer dispositivos legais ambientais. No entanto, a potencial incongruência entre um limitado poder comercial federal e proteção ambiental federal é exacerbado pelo fato de que o Congresso não previu uma redução do poder do comércio para a redação de muitas leis ambientais seminais do país. Consequentemente, estes estatutos não fazem a relação explícita a um requisito substancial com o comércio e são vulneráveis a essa revisão.²⁰ Isto levou, por exemplo, em 2001, o Tribunal a estreitamente interpretar o uso do termo "águas navegáveis" da Lei da Água Limpa, para excluir os pantanais isolados nos estados de sua competência.²¹ Se o braço do governo federal não se estende aos corpos de água intra-estaduais sob a Lei de Ar Limpo, então o mesmo raciocínio poderia tornar a autoridade federal para regular localidades intra-estaduais para proteção da biodiversidade suspeita também.

4. LEIS FEDERAIS DE BIODIVERSIDADE SEMINAIS

Com a questionável autoridade federal para aprovar leis de biodiversidade como pano de fundo, examinaremos dois exemplos de estatutos federais cruciais para a proteção da biodiversidade e do aparato regulatório que impõe eles.

a. Lei da Política Nacional de Meio Ambiente de 1969 ("NEPA")²²

¹⁹ 514 U.S. 549 (1995)

²⁰ Ver ADLER, Jonathan H., *Judicial federalism and the future of environmental regulation*. 90 Iowa L. rev. 377, 2005, p. 403-404 ("Muitas leis ambientais regulam as atividades intra-estaduais, independentemente da sua natureza econômica ou impacto sobre o comércio interestadual. Poucas leis ambientais contêm elementos jurisdicionais ou outras disposições para manter a sua jurisdição nos limites constitucionais".)

²¹ Ver *Solid Waste Agency of Northern Cook Country X United States Army Corp og Engineers*, 531 U.S. 159 (2001)

²² 42 U.S.C., §4321

A NEPA requer administradores de terras federais para preparar declarações de impacto ambiental ("EIS"), para acompanhar todas as "propostas de legislação e outras importantes ações federais que afetem significativamente a qualidade do ambiente humano." Biodiversidade se enquadra claramente no âmbito da NEPA, conforme demonstrado nos regulamentos promulgados pelo Conselho do Presidente sobre Qualidade Ambiental ("CEQ"), dirigindo as agências federais para informar os potenciais impactos de suas ações propostas sobre os ecossistemas, incluindo "efeitos sobre os recursos naturais e sobre os componentes, estruturas e funcionamento dos ecossistemas afetados."²³

NEPA é estritamente um estatuto processual. Gestores federais devem gerar e disseminar informações sobre a sua ação proposta, mas não precisam mudar suas intenções, independentemente do potencial impacto ambiental. Isto levou muitos a criticarem o NEPA como um tigre de papel sem o instrumento para afastar a destruição ambiental. No entanto, essa visão ignora o poder considerável da informação para moldar a política. Uma vez que os potenciais efeitos de uma ação são revelados, muitas vezes levam à contestação pública, o que pode se tornar difícil para os gestores de ignorar.²⁴

Além disso, os EIS podem servir como uma importante ferramenta pedagógica para os gestores. Revelados os impactos ambientais adversos, a maioria dos gerentes de agência vai procurar de boa fé mitigá-los. Naturalmente, as decisões gerenciais estão sujeitos às vicissitudes da arena política. Portanto, dependendo da natureza do projeto federal contemplado, um EIS adverso pode ter pouco ou nenhum efeito sobre o processo de decisão.²⁵

b. Lei das Espécies Ameaçadas ("ESA")²⁶

A Lei das Espécies Ameaçadas visa proteger a biodiversidade através da prevenção da extinção de espécies. Seu alcance é tanto processual quanto substantiva. A lei exige que o Secretário do Interior liste espécies determinadas como "ameaçadas" ou "em perigo", designar habitats críticos para as espécies, e preparar e implementar planos de recuperação para elas.²⁷ Estando uma espécie na lista, as agências federais não

²³ 40 C.F.R. §1508 6

²⁴ Ver Lazarus no 85.

²⁵ Idem.

²⁶ 16 U.S.C. § 1531

²⁷ Ver 16 U.S.C. §1533

podem tomar qualquer ação que "é susceptível de comprometer a existência (da espécie) ou resultar na destruição ou alteração adversa do (seu) habitat..."²⁸

A ESA tem um amplo alcance e sua aplicação, por vezes, teve consequências de longo alcance. Em 1978, a Suprema Corte decidiu que a ESA foi devidamente invocada para impedir a construção da barragem de Tellico no Tennessee para proteger o ameaçado *Percina tanasi*, um pequeno peixe de pouco ou nenhum valor econômico. A barragem foi interrompida, apesar da sua conclusão e custos irrecuperáveis perto de 80 milhões de dólares.²⁹ Esta decisão, mais tarde contornada através de legislação, levou o Congresso a alterar a ESA para criar uma "Tropa de Deus", com a capacidade de conceder isenções para o "não disposição de risco", quando se constata que não há alternativa razoável, os benefícios superam os custos, e que a agência está a tomar medidas para mitigar quaisquer consequências adversas.³⁰

Em geral, os requisitos da ESA raramente cancelam ou adiam projetos federais.³¹ Mesmo na marca de Lopez, no entanto, a ESA tem continuado a ter um impacto significativo sobre os projetos em terrenos privados.³² No entanto, a ESA oferece menos proteção à biodiversidade do que poderia porque ela só pode ser invocada uma vez uma espécie atinge o limiar da extinção. Nesse ponto, a recuperação de qualquer espécie ou o ecossistema é geralmente praticamente impossível e/ou extremamente caro. Outra limitação da ESA é que ela tradicionalmente é invocada para proteger os "carismáticos da megafauna", ou seja, aquelas espécies que apelam para os sentimentos do público e da imaginação. Assim, animais como a águia, o lobo vermelho, e o falcão peregrino receberão uma parcela desproporcional de recursos da agência e atenção, apesar do perigo iminente frente à muitas plantas e espécies de animais menos carismáticas.

5. A ESTRUTURA FEDERAL DE REGULAMENTAÇÃO - O GOVERNO TANTO COMO REGULADOR E ENTIDADE REGULADA

Apenas uma agência federal tem um papel inequívoco no que diz respeito às leis de proteção ambiental. A Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos ("EPA")

²⁸ 16 U.S.C. §1536 (a) (2)

²⁹ Ver *T.V.A. X Hill*, 437 U.S. 153 (1978)

³⁰ Ver 16 U.S.C. § 1536 (h) (1)

³¹ Ver Karkkainen em 22.

³² Ver, e.g., *National Ass'n of Home Builders X Babbitt*, 130 F.3d 1041 (D.C. Cir. 1997) (sustentando aplicação da oferta da ESA's para "tomar" a Delhi Sands amorosa flor fly)

foi criada em 1970 para administrar as leis de proteção ambiental aprovadas pelo Congresso. Sua missão é unitária e claramente definida. Nenhuma outra agência ou departamento dentro do governo goza de tanta clareza na sua relação com as leis ambientais. Muitos outros setores do governo, como os departamentos de Interior, Agricultura e Comércio, impõem certas restrições ambientais e estão sujeitas a outros. O Departamento de Justiça tem um papel igualmente bifurcado, que julga ações de execução ambientais, e ao mesmo tempo defende o governo contra cidadãos sob essas mesmas leis ambientais.

A tensão entre os departamentos e agências federais agrava ainda mais a relação esquizofrênica federal com leis de proteção ambiental. O Departamento de Defesa e Energia, por exemplo, é o principal objeto de regulamentação ambiental administrado por sua irmã agência federal, a EPA. Isso pode complicar significativamente o processo regulatório, com algumas divisões do Poder Executivo propondo uma visão ampla e de apoio das leis ambientais, e outras ericadas no processo de regulamentação ao defender uma visão estreita e mais cética.³³

O papel do governo não se limita ao seu papel de regulador e regulado. Também é, de longe, o maior latifundiário do país. O governo federal possui cerca de 650 milhões de hectares de terras nos Estados Unidos, cerca de 30 por cento da área total do país. A maior parte dessa área cultivada reside em onze estados ocidentais e Alaska. Mais de 623 milhões de hectares de terras federais devidos é gerida por quatro órgãos federais: O Escritório de Gerenciamento do Solo é responsável por 267 milhões de hectares, o Serviço Florestal 192 milhões, o Serviço de Pesca e Vida Selvagem por 87 milhões, e do Serviço de Parque Nacional, 77 milhões.³⁴ Cada uma dessas agências tem um mandato diferente e estratégia de gestão e jurisdição sobre vias diferentes, alguns mais biodiversos do que outros. Como discutido abaixo, esta fragmentação gerencial exacerbou a fragmentação e destruição do habitat.

a. Escritório de Gerenciamento do Solo

Os 267 milhões de hectares que a BML administra equivalem a mais de 11% da terra nos Estados Unidos - mais que qualquer outra agência, pessoa ou organização no

³³ Ver Lazarus em 33.

³⁴ Ver Karkkainen em 14-15. O governo tem, aparentemente, acrescentado algumas terras desde o artigo de Karkkainen, como o site do FWS observa, que administra 96 milhões de hectares de terra. Disponível em <http://www.fws.gov/midwest/horicon/documents/wildplaceswildthings.pdf>. /acesso do em 11/05/2005.

país. Ele gerencia a terra sob uma Política Fundiária Federal e Lei de Gestão de 1976³⁵ mandato uso múltiplo que inclui "proteger a qualidade dos valores científicos, paisagísticos, históricos, ecológicos, ambientais ... atmosféricos, dos recursos hídricos, e arqueológicos", ao mesmo tempo "fornecendo alimentos e habitat para ... animais domésticos" e "reconhecendo a necessidade do país de fontes domésticas de minerais, alimentos, madeira e fibra das terras públicas."³⁶ Embora o mandato da BLM o direciona para equilibrar outros usos da terra, entre os quais poderia, teoricamente, numerar a biodiversidade, ele não contém uma disposição explícita de conservação da biodiversidade.

O BLM tem priorizado historicamente pastoreio, mineração, e outros usos que enfatizam a produção econômica, em vez do manejo de ecossistemas. Sua bem documentada simpatia com a produção de mercadorias, muitas vezes, fez com que fosse marcada uma vítima de "captura de agência", em que uma agência de processos decisórios torna-se cooptada por grupos particulares ou interesses especiais.³⁷

b. O Serviço Florestal Nacional

Um pouco menos de 50 milhões de hectares de terra da NFS é gerenciado principalmente para a conservação. Isto inclui áreas selvagens, rios selvagens e paisagens, de monumentos nacionais, áreas de lazer nacionais e reservas de caça nacionais. O resto da terra do Serviço Florestal é gerida ao abrigo de um mandato de "múltiplo rendimento de uso sustentável", que tradicionalmente tem privilegiado a produção de madeira e outras utilizações extrativas, assim como recreação.³⁸ Para a maioria da história do NFS, a biodiversidade não tem sido uma prioridade de gestão, apesar do fato de que a Lei de Gestão Florestal Nacional de 1976 ("NFMA")³⁹ contém uma diretiva explícita da biodiversidade. Ela orienta o Serviço Florestal para "fornecer para a diversidade das comunidades vegetais e animais com base na aptidão e capacidade da área específica para atender objetivos multiusos."⁴⁰ Nos últimos anos, porém, tanto o NFS e os FWS (discutido abaixo), incorporaram princípios de gestão dos

³⁵ 43 U.S.C. §§ 1701-1784. O FLPMA cobre todas as terras federais não reservadas.

³⁶ 43 U.S.C. §1701 (a) (8-12)

³⁷ COGGINS, George C.. *Some Directions for Reform of Public Natural Resources Law*. 3 *Envtl. L.* 67, 72-73, 1988 (descrevendo a BLM como "o próprio modelo do fenômeno de captura de agência")

³⁸ Ver 16 USC §§ 528-31 (The Multiple Use-Sustained Yield Act of 1960), que regula as florestas nacionais que devem "ser utilizadas na combinação que melhor atender às do povo americano", em uma forma que inclui "de alto nível de saída periódica anual ou periódica dos vários recursos renováveis."

³⁹ 16 USC §§ 1604-1617

⁴⁰ Idem no § 1603 (g) (3) (B)

ecossistemas nas suas estratégias de gestão, a fim de proteger e promover a biodiversidade.

Regulamentos lançados em 2000, no final do segundo mandato do presidente Clinton, exigiram que a NFS priorizasse a sustentabilidade ecológica e considerasse grandes e variadas escalas espaciais e temporais como parte do processo de planejamento florestal.⁴¹ Os regulamentos também orientaram o Serviço Florestal a olhar para além de espécies individuais e em vez disso, considerar a diversidade do ecossistema global via a "identificação das condições ecológicas necessárias para manter a viabilidade das espécies ao longo do tempo."⁴²

Novos regulamentos emitidos em 2005 pela Administração Bush representam um retrocesso significativo da metodologia de planejamento em larga escala espacial e temporal adotado em 2000. Os novos regulamentos por sua vez dão autoridade ampla ao NFS para definir a "área de análise" relevante enquanto restringe a área de plano para os limites da Floresta Nacional.⁴³ Assim, a "área de análise" não pode exceder o tamanho da floresta nacional particular em análise nem pode sobrepor-se das terras adjacentes. Considerando que o habitat das espécies não respeita fronteiras de fábrica humano, qualquer plano que autolimita sua visão de planejamento para essas áreas definidas é obrigado a complicar o processo de gestão da biodiversidade.

Como Keiter observa, "os regulamentos de planejamento da administração Bush 2005 representaram uma tentativa determinada para minimizar as obrigações legais do Serviço Florestal e, portanto, a oportunidade (para os cidadãos) para impugnar as decisões de planejamento da agência."⁴⁴ Essa mudança de estratégia é talvez o mais gritante na medida em que os novos regulamentos explicitamente isentam o processo de obrigações de planejamento florestal do NEPA. Sob essas regras, os gestores florestais não tem que preparar declarações de impacto ambiental. Eles, em vez, têm de cumprir uma vagamente definida auditoria própria de processos, conhecida como Sistemas de Gestão Ambiental.⁴⁵ Embora estas regras sejam muito novas para saber do seu impacto sobre as metas de biodiversidade em favor do múltiplo uso, oferecem pouco motivo para otimismo.

c. Serviço de Pesca e Vida Selvagem

⁴¹ Ver 36 CFR § 219.20 (a)

⁴² Idem no § 219.20 (a) (2) (ii); ver também Keiter em 970.

⁴³ Idem no §219.16 (2005)

⁴⁴ Keiter em 951.

⁴⁵ 36 CFR § 219.5 (2005)

O FWS administra 511 refúgios de vida silvestre nacional em 92 milhões de hectares em todos os cinquenta estados.⁴⁶ O Refúgio Nacional de Vida Selvagem é a terra do governo, cujo principal objetivo de gestão é apenas a biodiversidade. Embora o sistema Refúgio há muito tempo tenha um mandato de biodiversidade, mais refúgios de vida silvestre, especialmente aqueles nos 48 estados mais baixos, muitas vezes funcionavam mais para proteger o habitat para determinadas espécies-alvo - muitas vezes, aves migratórias e aves aquáticas.⁴⁷ Isto tem conduzido às vezes os gerentes de refúgio a alterar o ecossistema existente para beneficiar as espécies-alvo.⁴⁸ Como esclarecido pela Lei Nacional de Melhoria do Sistema de 1997, o FWS deve "garantir que a integridade biológica, diversidade e saúde ambiental do sistema são mantidos para o benefício das gerações presentes e futuras...".⁴⁹ Ao contrário das recentes mudanças políticas da NFS, a política da FWS (que data de 1996) orienta os gestores a situar seus refúgios dentro de limites *ecologicamente* definidas e não nas configurações estabelecidas por seres humanos.⁵⁰

d. Parques nacionais e áreas selvagens

O Serviço de Parque Nacional gerencia mais de 80 milhões de hectares de terras públicas. Embora a designação como um parque nacional protege uma região de utilizações extrativistas e de desenvolvimento, não necessariamente ajuda a biodiversidade. Normalmente, os parques são geridos pelo seu valor histórico, cênico, recreativa, ou cultural. Além disso, muitos parques nacionais são muito utilizados, o que faz com que os recursos sejam desviados para instalações de lazer, em vez de proteção do ecossistema. Possibilitar o acesso de visitantes muitas vezes envolve a construção de estradas, de concessão e instalação de alojamentos, estacionamentos, e outras comodidades, todos os quais degradam habitats.⁵¹

Uso humano pesado pode também perturbar os ecossistemas delicados. Consciente da degradação contínua de habitats em parques nacionais, a diretriz da NPS de política de gestão foi revisto em 2001 para dirigir que a NPS "tente manter todos os

⁴⁶ 76 milhões dos 92 milhões de hectares de refúgios que a FWS administra são no Alasca, no entanto.

⁴⁷ MURPHY, Dennis D.. *Invertebrate Conservation*. In *Balancing on the Brink of Extinction: The Endangered Species Act and Lessons for the Future* 183. Katryn A. Kohm ed., 1993.

⁴⁸ Ver Karkkainen em 35.

⁴⁹ 16 USC § 668dd (a) (4) (B)

⁵⁰ Ver US Fish and Wildlife Serv., US Fish and Wildlife Service Manual, 052 FW1 (1.2 C), disponível em <http://www.fws.gov/policy/052fw1.html>. Acessado em 11/05/2005 (uma abordagem ecossistêmica exige a participação de todos os interessados - interno e externo - e exige que as decisões de gestão sejam baseada em limites ecologicamente definidos).

⁵¹ EDWARDS, Victoria. *Dealing in Diversity*. 1995, p. 99-100.

componentes e processos de evolução natural dos ecossistemas do parque, incluindo ... diversidade e a integridade genética e ecológica dos espécies vegetais e animais nativos para esses ecossistemas."⁵² Embora esta diretiva articula um forte compromisso com a biodiversidade, equilibrar este objetivo com a necessidade de acomodar o aumento do tráfego humano dentro e ao redor dos parques é um verdadeiro desafio para uma agência sem dinheiro.

e. Áreas Selvagens

Áreas selvagens, que podem ser designados a partir de qualquer terra federal pública e, portanto, sob a gestão de diversas agências federais, são geridas de modo a "deixá-los intactos para seu uso futuro e gozo como selvagem." Isso inclui mantê-los em "sua condição de habitat natural."⁵³ Embora esta diretiva não contenha qualquer disposição explícita da biodiversidade, o ditame de preservar a sua "condição natural" parece incluir a preservação dos ecossistemas das áreas e espécies residentes. Mesmo sem uma diretriz explícita da biodiversidade, áreas selvagens parecem bem situadas para tal esforço.

A tarefa é complicada, porém, pelo fato de que áreas selvagens, como parques nacionais, muitas vezes são selecionados mais por suas qualidades cênicas e de lazer do que por seus ecossistemas biodiversos. Além disso, como todas as terras federais, os limites da área da região selvagem pode não coincidir com os limites do ecossistema. Finalmente, como a maioria das terras federais, áreas de vida selvagem estão concentradas no oeste dos Estados Unidos.⁵⁴ No entanto, áreas selvagens são um importante reservatório de biodiversidade nos EUA. Elas protegem grandes áreas de habitat de usos invasivos e onerosos e, como terras públicas e privadas continuam a ser desenvolvidas, áreas selvagens poderiam servir um papel ainda mais crucial na preservação da biodiversidade no futuro.

6. BIODIVERSIDADE PRESENTE E O FUTURO NOS ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos cresceu a partir dos conflitantes mitos culturais que impulsionaram americanos a ao mesmo tempo, conquistar e comemorar o selvagem. Isso gerou uma relação esquizofrênica com a terra e uma presunção embutida de que

⁵² Nat'l Park Ser., US Dep't of the Interior, 2001 Management Policies § 4.1. disponível em <http://www.nps.gov/policy/mp/chapter4.html>. Acesso em 12/05/2005.

⁵³ 16 USC § 1131(a)

⁵⁴ Ver Karkkainen em 41.

realidades ecológicas poderiam e deveriam ceder à determinação norte-americana. Além disso, o sistema de governo americano espalha autoridade entre os vários ramos e agências do governo federal, bem como os estados e também cede autoridade considerável para os proprietários de terras privadas.

A administração de Bush favorece menos do que mais restrições sobre o desenvolvimento econômico de terras federais, ainda que reservas nacionais de biodiversidade continuam a diminuir. Para complicar ainda mais, o governo abandonou a abordagem de gestão do ecossistema em favor do uso humano de limites definidos para estabelecer os parâmetros de gestão de Florestas Nacionais. Esta decisão parece desprezar a sabedoria científica convencional, que defende precisamente o caminho inverso.

Atualmente, a responsabilidade pela gestão das terras federais está fragmentada entre diversas agências, muitas vezes com a utilização de diretivas concorrentes. Leis não federais exigem o sequestro de terras federais especificamente para fins de biodiversidade (conquanto significativas terras federais incluam biodiversidade entre as suas prioridades de gestão). Tudo isso combinado com os desafios espaciais e temporais inerentes ao direito ambiental e os desafios iminentes constitucionais para muitos estatutos ambientais fazem o objetivo de proteção da biodiversidade crescentes assustadores na melhor das hipóteses.

No entanto, a situação não é desesperadora. Os fundadores da nação intencionaram que a legislação fosse um processo lento e deliberado, pois eles acreditavam que as decisões importantes requerem uma avaliação cuidadosa e debate. Nos últimos anos, como a proteção da biodiversidade surgiu como uma preocupação urgente em todo o mundo, a máquina do governo começou a responder, embora lentamente. Por exemplo, tanto o Serviço Florestal quanto o Serviço de Pesca e Vida Selvagem incorporaram a linguagem dos princípios de gestão dos ecossistemas em suas políticas de conservação da biodiversidade.⁵⁵ Gestores de muitas empresas privadas também começaram a reconhecer tanto os custos ocultos de políticas anti-ambientais e os riscos de um retrocesso econômico de um público que realmente valoriza a essas

⁵⁵ Ver Keiter em 968.

questões. Mesmo os políticos que no passado foram abertamente hostis às iniciativas ambientais, têm atenuado sua retórica, a fim de evitar ofender o eleitorado.⁵⁶

Enquanto a proteção ambiental nos últimos anos se tornou uma questão política divisora, com os Democratas tendendo a favorecer as leis mais rigorosas e os Republicanos mais propensos a se opor a eles, não foi sempre assim. Grande parte dos marcos de legislação ambiental na história do país foi promulgada com a assinatura de presidentes republicanos e com amplo apoio bipartidário em ambas as casas do Congresso. Os eventos recentes indicam que as falhas políticas que atualmente dividem as partes sobre questões ambientais começaram a se deteriorar. Por exemplo, muitos que se autoidentificavam evangélicos que tradicionalmente adotam políticas conservadoras estão agora se aliando com os progressistas, a fim de agitar para um objetivo comum de proteção ambiental. Estes aliados improváveis poderia ser o prenúncio de uma nova era do bipartidarismo que visa abordar cada vez mais problemas ambientais urgentes, nacionais e internacionais, incluindo a biodiversidade.

Essa cortesia bipartidária não vai resolver o problema da biodiversidade, mas vai facilitar algumas etapas que podem, pelo menos, mitigar a crise. À luz das ações do governo federal de vastas terras, um passo sensato, primeiramente, envolveria uma iniciativa da biodiversidade unificada que identifica regiões biodiversas e atravessa as linhas de agência para protegê-los. Uma vez que os ecossistemas não aderem a limites entre terras privadas e públicas, práticas sólidas de preservação da biodiversidade inevitavelmente envolverão o uso de um terreno privado, bem como terrenos de propriedade dos estados individuais.

Um programa deste tipo pode ser menos inflamatório do que se poderia outrora esperar em um clima político que é cada vez mais simpático aos direitos de propriedade privada e suspeita das iniciativas federais ambientais de cima-para-baixo. Uso sustentável da terra é uma prioridade em todos os níveis de governo e para o setor privado também. Quando todas as partes envolvidas se comunicam e cooperam, as soluções, por vezes, se apresentam. Atualmente todos os estados, exceto Oklahoma, iniciou alguma forma de programa de planejamento cooperativo destinado a promover a cooperação entre os governos federal, estadual e local, bem como proprietários de terras

⁵⁶ Ver Lazarus em 248 (nada que um documento de votação republicana interna dirigida funcionários eleitos e candidatos republicanos para tranquilizar o público que eles procuram preservar e proteger o meio ambiente, mas que "isso pode ser feito de maneira mais inteligente e eficiente")

privadas, a fim de melhorar a gestão da terra.⁵⁷ Nem todos esses programas visam promover a biodiversidade, mas em alguns casos, é um resultado natural e desejado. Por exemplo, no Colorado, o Colorado Ecosystem Partnership ("CEP") é um acordo entre órgãos federais e estaduais projetado para trazer métodos de gestão dos ecossistemas para o planejamento de recursos naturais dentro do Estado.⁵⁸

Outra possível solução poderia envolver intercâmbio da terra federal que é rico em recursos, mas carente de biodiversidade, por terras privadas que tenham sido identificadas como potenciais reservas de biodiversidade. Uma vez que o valor justo fosse oferecido para o terreno privado, a Cláusula de Tomar não seria aplicada. Existem muitas outras soluções possíveis.⁵⁹ Isoladas são uma panacéia, mas, em conjunto, um amplo conjunto de reformas destinadas a proteger a biodiversidade de forma proativa pode levar a uma significativa escala nacional de proteção.

7. CONCLUSÃO

Como mencionado acima, muitas das mais poderosas leis ambientais da nação foram aprovadas, apesar dos significativos obstáculos políticos, espacial e temporal. As reformas sugeridas acima representam apenas algumas maneiras de melhorar a proteção da biodiversidade, são de nenhuma maneira exaustiva nem são o suficiente. Biodiversidade tem emergido como uma das preocupações ambientais mais urgentes do novo milênio. Apesar de inúmeras contradições culturais e um sistema político lento, que muitas vezes parece impedir o processo legislativo, os Estados Unidos, historicamente, enfrentado esses tipos de desafios ambientais e legislaram e agiram em conformidade. Nas próximas décadas cruciais, ele terá de fazê-lo novamente.

⁵⁷ Ver "Saving Biodiversity: A Status Report on State Laws, Policies and Programs, Section Two: Findings Analysis." Disponível em <http://www.defenders.org/pb-bst13html>. Acesso em 26/04/2005. Este site oferece uma análise do estado da biodiversidade de cada estado e as medidas que, respectivamente, cada um vem tomando para protegê-lo.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Para uma discussão de várias abordagens, ver BLOCH, Julie B.. *Preserving Biological Diversity in the United States: The case for moving to an ecosystems approach to protect the nation's biological wealth*. 10 Pace Envtl L. Rev. 175, 1992.