

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO ACADÊMICO**

**BRUNO GABRIEL HENZ**

**O DIREITO AO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO:  
CONTEÚDO E TENSÕES CORRELATAS**

**CAXIAS DO SUL**

**2014**

**BRUNO GABRIEL HENZ**

**O DIREITO AO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO:  
CONTEÚDO E TENSÕES CORRELATAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz

**CAXIAS DO SUL**

**2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
UCS - BICE - Processamento Técnico

H528d Henz, Bruno Gabriel

O direito ao ambiente como um direito fundamental completo: conteúdo e tensões correlatas / Bruno Gabriel Henz. - 2014.  
126 f. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2014.

Orientação: Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz

1. Direito Ambiental. 2. Decisão judicial. I. Título.

CDU 2.ed. : 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito Ambiental	349.6.5
2. Decisão judicial	343.151

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária  
Carolina Machado Quadros – CRB 10/2236.



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

**"O Direito ao Ambiente como um Direito Fundamental Completo:  
Conteúdo e Tensões Correlatas"**

**Bruno Gabriel Henz**

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Caxias do Sul, 18 de Março de 2014.

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz  
Universidade de Caxias do Sul

Profa. Dra. Cristiane Derani  
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Caroline Ferri  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Leonardo da Rocha de Souza  
Universidade de Caxias do Sul



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
Sistema de Bibliotecas

**CIDADE UNIVERSITÁRIA**

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

Dedico este trabalho aos meus pais, que me ensinaram a ouvir as vozes da natureza.

## AGRADECIMENTOS

A oportunidade de agradecer é um enorme privilégio. Mais que isso, ter tantas pessoas especiais a quem desejo manifestar minha gratidão emocionada, dá um sentido precioso à jornada que chega ao fim.

Sinto-me tocado pela sorte ao perceber que não poderia aqui enumerar, sem cometer injustiças, todas as pessoas que auxiliaram para a finalização deste trabalho, bem como para a minha formação intelectual e espiritual. A esses guias iluminados na estrada do saber, deixo meu muito obrigado pela dedicação, compreensão e carinho!

Registro meu agradecimento à UCS, por proporcionar a possibilidade de cursar Mestrado em Direito Ambiental e, ainda, contemplar a natureza na exuberante área verde que compõe a Cidade Universitária.

Ao meu orientador, Prof. Wilson Steinmetz, pela dedicação acadêmica, auxílio, confiança e incentivo constante. Além disso, devo a ele o acesso a materiais bibliográficos que tornaram menos íngreme o caminho percorrido para o desenvolvimento das teses sustentadas no trabalho.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, por estimularem os alunos a serem protagonistas do conhecimento, a buscarem os próprios caminhos, a ousarem ideias novas e diversas.

Aos amigos que conheci durante esta jornada, com quem compartilhei inquietações, angústias, sonhos e alegria. Tenho certeza que os laços de amizade perdurarão.

À sempre solícita Francielly Pattis e funcionários da UCS.

Por fim, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pelo aporte financeiro que permitiu os estudos e a conclusão da pesquisa.

*Que tal começarmos a exercer o jamais  
proclamado direito de sonhar? Que tal  
delirarmos um pouquinho? Vamos fixar  
o olhar num ponto além da infâmia para  
adivinhar outro mundo possível: o ar  
estará livre de todo veneno que não vier  
dos medos humanos e das humanas  
paixões [...] serão reflorestados os  
desertos do mundo e os desertos da  
alma.*

**Eduardo Galeano**  
*De pernas pro ar: a escola do mundo ao  
avesso*

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo a delimitação dos contornos do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o diagnóstico crítico de tensões jurídicas, políticas e filosóficas que obstaculizam a sua concretização. Parte-se do pressuposto de que, no marco normativo da Constituição Federal brasileira, o direito ao ambiente deve ser visto à luz da perspectiva de direito fundamental completo, é dizer, como um feixe de posições jurídicas fundamentais. Nessa senda, constata-se que essa concepção de análise revela-se uma ferramenta analítica adequada para a densificação do conteúdo do direito ao ambiente, porquanto elucida as suas dimensões defensiva e prestacional, contribui para o reconhecimento de deveres ecológicos e de um direito subjetivo ao ambiente sadio e, ainda, esclarece em que medida os particulares estão vinculados ao direito fundamental em apreço. Para além das fronteiras dogmáticas, acrescentam-se reflexões buscadas em outras áreas do saber, à medida que o desconcerto socioambiental de nosso tempo exige que o direito ao ambiente seja visto como algo vivo, aberto, pulsante e dinâmico, que está em permanente (re)construção para enfrentar a complexidade de causas que engendram o atual cenário de crise ecológica. Nesse contexto, a pesquisa contempla, do ponto de vista das tensões jurídicas, hipóteses de colisão do direito ao ambiente com outros direitos fundamentais e limitações ao processo de decisão majoritária; no plano das tensões políticas, especialmente aspectos relacionados às prioridades orçamentárias do Estado, aos conflitos de atribuições entre os poderes e a paradoxos da democracia decorrentes do reconhecimento da normatividade do direito ao ambiente; e, no âmbito das tensões filosóficas, questões atinentes à ética ambiental e crise de vínculo com a natureza, aos efeitos das monoculturas e conseqüente desperdício de saberes e experiências, todos a envolver o ideal de justiça ambiental. A construção de um direito ao ambiente como um todo é útil para a identificação das referidas tensões e, por conseguinte, fomenta reflexões para que se possa superá-las ou, ao menos, abrandar os seus efeitos.

**Palavras-chave:** Direito ao ambiente. Direito fundamental completo. Tensões.



## ABSTRACT

The present study aims the delimitation of the outlines of the right to an ecologically balanced environment, as well as the critical diagnosis of legal, political and philosophical tensions which impede its materialization. It is assumed that, in the regulatory framework of the Brazilian Federal Constitution, the right to environment shall be seen in the light of the perspective of the full fundamental right, it is similar to say, as a bundle of fundamental legal positions. In this respect, it is noticed that such analysis conception is revealed as an adequate analytical tool for the densification of the content concerning right to environment, because it elucidates the defensive and provisional dimensions, contributes for the acknowledgment of ecological duties and a right subjective to the healthy environment and, also, it clarifies inasmuch as the people are connected to the right in this instance. Beyond the dogmatic borders, reflections sought in other knowledge fields are added, as the social environment bewilderment o four time demands that the right to environment is seen as something alive, open pulsing and dynamic, which is in permanent (re)construction to face the complexity of causes that engender the present scenario of an ecological crisis. In this context, the research contemplates, from a point of view of legal tensions, collision hypothesis of the right to environment with other fundamental rights and limitations to the process of majority decision; concerning political tensions, specially aspects related to the State budget priorities, the attribution conflicts between the powers and the democracy paradoxes resulting from the acknowledgment of the normativity of the right to environment; and, in the scope of philosophical tensions, issues concerning the environmental ethics and the crises of a bond with nature, to the effects of the monocultures and consequent waste of knowledge and experiences, all involving the ideal of environmental justice. The construction of a right to environment as a whole is useful to identify the so-mentioned tensions and, therefore, foster reflections so that these tensions can be overcome or their outcomes can be softened.

**Key words:** Right to environment. Full fundamental right. Tensions.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
<b>1 O DIREITO AO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO ..</b>	<b>11</b>
1.1 A DIMENSÃO NEGATIVA DO DIREITO AO AMBIENTE .....	11
1.2 A FEIÇÃO PRESTACIONAL DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO .....	16
<b>1.2.1 O direito ao ambiente como direito à proteção .....</b>	<b>17</b>
<b>1.2.2 O direito ao ambiente e os direitos à organização e ao procedimento .....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.3 O direito ao ambiente na perspectiva de um direito a prestações em sentido estrito .....</b>	<b>32</b>
1.3 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO AO AMBIENTE COMO UM TODO NO QUADRO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	39
<b>2 TENSÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS E FILOSÓFICAS QUE DESAFIAM A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO .....</b>	<b>42</b>
2.1 TENSÕES JURÍDICAS .....	42
<b>2.1.1 Direito ao ambiente: Colisões, limites e esfera do inegociável.....</b>	<b>42</b>
2.2 TENSÕES POLÍTICAS .....	54
<b>2.2.1 Estado guardião e amigo do ambiente e prioridades orçamentárias.....</b>	<b>54</b>
<b>2.2.2 Políticas públicas ambientais, conflitos de atribuições entre os poderes e paradoxos da democracia.....</b>	<b>60</b>
2.3 TENSÕES FILOSÓFICAS .....	66
<b>2.3.1 Ética ambiental e crise de vínculo com a natureza .....</b>	<b>66</b>
<b>2.3.2 Monocultura(s) e desperdício de saberes e experiências .....</b>	<b>73</b>
<b>3 A DENSIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO .....</b>	<b>78</b>
3.1 AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO DIREITO AO AMBIENTE E OS DEVERES ECOLÓGICOS .....	79
3.2 A EFICÁCIA DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES .....	93
<b>3.2.1 Um breve panorama sobre o tema.....</b>	<b>93</b>
<b>3.2.2 Dimensões defensiva e prestacional do direito ao ambiente e eficácia entre particulares.....</b>	<b>102</b>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS .....	118

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto averiguar o conteúdo do direito ao ambiente e tensões jurídicas, políticas e filosóficas que lhe são correlatas. Para esse mister, propõe-se uma abordagem do direito ao ambiente na perspectiva de um direito fundamental completo, o que consiste em analisá-lo como um complexo feixe de posições jurídicas fundamentais. Esse feixe engloba um conjunto de direitos e deveres de cunho ecológico, que vinculam os órgãos estatais e os particulares.

A indagação que norteia o desenvolvimento do estudo é saber em que medida a construção do direito ao ambiente como um todo contribui para a densificação do conteúdo do direito em questão e enfrentamento de tensões que desafiam a sua efetividade, bem como para aprimorar a sua justiciabilidade e elucidar a forma e a extensão de sua eficácia nas relações entre particulares.

Parte-se da hipótese de que a concepção de direito fundamental completo é uma ferramenta analítica adequada para subsidiar respostas a esses questionamentos, os quais se referem a aspectos particularmente tormentosos e ainda pouco debatidos na literatura especializada. O desconcerto socioambiental de nosso tempo e o preocupante quadro de angústia da natureza impõem uma construção sistemática do direito fundamental ao ambiente, que evidencie o seu dinamismo e abertura para a incorporação de noções advindas, sobretudo, das ciências humanas e das ciências naturais.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo é dedicado ao estudo das diferentes dimensões que compõem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Esse direito apresenta uma faceta negativa e outra prestacional, sendo que a sua concretização depende tanto de prestações fáticas quanto de prestações normativas. A análise das distintas feições que conformam o direito ao ambiente é essencial para delimitar o seu conteúdo, porquanto a cada uma delas devem corresponder, *a priori*, posições jurídicas justiciáveis.

O segundo capítulo trata de tensões jurídicas, políticas e filosóficas que desafiam a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Conforme salientado, entende-se salutar que à análise do feixe de direitos e deveres que conforma a construção do direito ao ambiente sejam acrescentadas reflexões advindas de outras áreas do saber, capazes de contribuir para a transformação do cenário de acentuada degradação ecológica. As tensões jurídicas envolvem, sobretudo, hipóteses de colisão com outros direitos fundamentais e a esfera do inegociável ou não-decidível, que representa um limite ao processo de decisão majoritária. As tensões políticas, por sua vez, dizem respeito especialmente às prioridades

orçamentárias do Estado, aos conflitos de atribuições entre os poderes e a alguns paradoxos da democracia que decorrem do reconhecimento da normatividade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Por fim, em relação às tensões filosóficas, foram eleitos aspectos atinentes à ética ambiental e crise de vínculo com a natureza, aos efeitos das monoculturas e ao desperdício de saberes e experiências, todos a envolver o ideal de justiça ambiental.

O terceiro capítulo, corolário dos dois anteriores, tem por escopo fornecer instrumental teórico-argumentativo que subsidie a densificação do conteúdo do direito ao ambiente. Para tanto, analisam-se as dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental em questão, bem como os deveres ecológicos de respeito, proteção e promoção, os quais se destinam ao Estado e, com diferentes matizações, também aos particulares. A seguir, traça-se um breve panorama sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e, no tópico seguinte, examina-se se e em que medida os particulares estão vinculados ao direito ao ambiente nas relações intersubjetivas.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, uma vez que a análise do direito ao ambiente se apoia, sobretudo, em premissas da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ademais, essencial trabalhar com a hermenêutica, pois é por intermédio da interpretação que se pode compreender adequadamente os pressupostos epistemológicos das teorias que guardam relação com o problema da pesquisa. Ainda, uma acurada hermenêutica viabiliza a reconstrução argumentativa racional das teses formuladas, a partir dos paradigmas do investigador que a realiza, as chamadas pré-compreensões<sup>1</sup>. A fim de evitar contradições e por uma maior clareza conceitual, utiliza-se também o método analítico. Já o procedimento instrumental utilizado é, essencialmente, a pesquisa bibliográfica.

O estudo se serve do aporte teórico fornecido pela Teoria dos Direitos Fundamentais, porém não olvida o contexto político-social em que se insere a problemática enfrentada. Desse modo, busca um diálogo entre áreas diversas do conhecimento, o que é inegavelmente necessário para a superação da crise ecológica, a qual não pode ser enfrentada a partir de um viés meramente dogmático, limitado às fronteiras da Ciência do Direito.

Portanto, busca-se uma compreensão precisa e dotada de maior amplitude do conteúdo do direito ao ambiente e das tensões que obstaculizam a força vinculante das normas constitucionais relacionadas à higidez ambiental, a fim de que esse direito fundamental não se transforme em letra morta e possa ser utilizado como peça-chave para aplacar a aceleração do

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. F. P. Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 403-407.

processo de degradação ecológica e para o enfrentamento das circunstâncias que levam ao desconcerto socioambiental contemporâneo.

## 1 O DIREITO AO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO

No panorama jurídico-constitucional brasileiro o percurso metodológico mais adequado para a densificação do conteúdo do direito ao ambiente, erigido à condição de direito fundamental por meio da chamada cláusula de abertura, prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, é a sua análise e compreensão a partir da perspectiva de direito fundamental completo, o que implica reconhecer que se reveste de uma dimensão negativa e de outra positiva, reunindo um complexo conjunto de posições jurídicas e deveres ecológicos que vinculam os órgãos estatais e os particulares.

Nesse contexto, em que pese o fio condutor do trabalho consista em uma construção sistemática do direito fundamental ao ambiente com base em um exercício de dogmática constitucional, não se pode olvidar que a complexidade da problemática relacionada com a poluição ambiental exige a integração de diferentes saberes. Assim, o estudo do direito ao ambiente e das diferentes feições que o compõem deve ser feito não de maneira simplesmente formal e abstrata, o que transforma uma ferramenta analítica útil em um modelo teórico vazio, mas sim como algo vivo, dinâmico e pulsante, de modo a contribuir efetivamente para o enfrentamento das tensões políticas, jurídicas e filosóficas que ameaçam a integridade ambiental.

Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy afirma que o direito ao ambiente insere-se no que denomina de direito fundamental completo ou como um todo, o que significa que ele abrange um complexo feixe de posições jusfundamentais, que podem dizer respeito a direitos definitivos ou *prima facie*<sup>2</sup>, de acordo com o caráter de regra ou princípio da norma. Essa constatação de que o direito ao ambiente se reveste de uma faceta defensiva e outra prestacional importa o fato de que o seu âmbito de tutela pode exigir ações negativas e ações positivas, que podem ser tanto fáticas quanto normativas. Em um primeiro momento, cumpre elucidar a dimensão negativa do direito ao ambiente, já que do ponto de vista metodológico é recomendável iniciar pela parcela menos complexa do raciocínio a ser trilhado.

### 1.1 A DIMENSÃO NEGATIVA DO DIREITO AO AMBIENTE

A dimensão negativa do direito ao ambiente protege a esfera de liberdade do indivíduo e da coletividade contra intervenções indevidas dos Poderes Públicos no campo da

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 443.

integridade ambiental. As posições individuais em face do Estado para que este se abstenha de agir traduzem o que se convencionou chamar de direitos de defesa, em que é suficiente uma ação negativa, um não-agir. Portanto, os direitos de defesa correspondem ao âmbito das liberdades formais, asseguradas desde a consagração dos Estados Liberais clássicos e que estão diretamente ligados à fase inaugural do constitucionalismo ocidental.

A luta pelo reconhecimento dos direitos de defesa contra possíveis ingerências e abusos perpetrados pelo Estado marca as revoluções liberais do final do século XVIII, como uma reação ao poder absolutista. Autores contratualistas como Locke, Rousseau e Kant representam o ápice do iluminismo ocidental. A filosofia jurídica que fundamenta o processo revolucionário burguês é o jusnaturalismo racionalista, acompanhado do contratualismo social, o que leva a um rompimento com a tradição do direito natural antigo e medieval. Na Europa Ocidental do século XVIII, a consolidação do modelo econômico capitalista liberal e a consequente ascensão e posterior hegemonia da classe burguesa é ancorada no ideário cultural do iluminismo: "predomínio da razão contra a tradição, do secularismo contra a religião e do progresso científico contra as especulações metafísicas".<sup>3</sup>

Os pressupostos históricos acima referidos abrem espaço para a justificação racional dos direitos à não intervenção em face do Estado, fornecendo substrato ideológico consistente para a dissolução do mundo feudal e salvaguarda do núcleo central dos direitos individuais, notadamente liberdade, propriedade e segurança. Nessa perspectiva, a cultura iluminista e a ideologia jurídica do liberal-contratualismo viabilizaram a edificação das grandes declarações de direitos e a elaboração do código napoleônico de 1804, cuja influência se estendeu por todo o século XIX e que repercute até os dias atuais.<sup>4</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 pode ser considerada o "atestado de óbito do *Ancien Régime*".<sup>5</sup>

Feito esse breve esboço histórico para facilitar a compreensão do surgimento e consolidação dos direitos às liberdades negativas, impõe-se verificar as peculiaridades e consequências do reconhecimento de uma dimensão negativa do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Pode-se extrair do direito ao ambiente como um direito de defesa: deveres ao Estado no sentido de não embaraçar ou impedir comportamentos direcionados para a preservação ecológica; não eliminar posições jurídicas fundamentais já existentes relacionadas à higidez e

---

<sup>3</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: Da antiguidade clássica à modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 10-11.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 159-162.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 132.

equilíbrio do ambiente; e, por fim, não causar danos ambientais.<sup>6</sup> Trata-se dos três grupos elementares que compõem os direitos a ações negativas: direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas.<sup>7</sup>

Dessa forma, é vedado ao Estado, por exemplo, obstaculizar ações de organizações não-governamentais cujo desiderato seja a preservação ambiental, salvo se delas resultarem atos ilícitos. É igualmente defeso aos Poderes Públicos a adoção de condutas administrativas que de modo positivo ou negativo imponham óbice a atividades de promoção de um ambiente equilibrado e seguro. O direito à não eliminação de posições jurídicas, por seu turno, sustenta o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental. Em uma primeira aproximação, trata-se de um princípio constitucional implícito segundo o qual não se pode admitir retrocessos para aquém do patrimônio jurídico-político consolidado ao longo do percurso civilizatório.<sup>8</sup>

Nesse cenário, às normas constitucionais correspondem direitos subjetivos negativos que permitem sejam impugnadas ações destinadas ao seu esvaziamento. Por conseguinte, as normas relacionadas à tutela ecológica previstas na Constituição exercem uma eficácia negativa que impede a supressão de posições jurídicas já consolidadas e possibilita exigibilidade judicial do direito ao ambiente, independentemente da justiciabilidade e realização de sua dimensão positiva. Isso porque "uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele".<sup>9</sup> Borowski salienta que após a criação de uma posição jurídica infraconstitucional para satisfazer um direito fundamental de prestação, os mesmos argumentos que jogavam a favor de sua criação seguem servindo para evitar a sua derrogação. Assim, uma vez cumprida a obrigação do legislador de expedir a lei, o mandato de atuação se converte no dever de não derogá-la. Nesse sentido, conclui que a consequência jurídica de um direito de prestação passa a ser uma omissão estatal.<sup>10</sup> A supressão da posição jurídica pode ser averiguada tanto pela eliminação do próprio dispositivo que veicula a norma

---

<sup>6</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 196-201.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Orgs.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educ, 2011, p. 15.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

<sup>10</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 115-116.



de direito fundamental quanto pelo afastamento de conteúdos extraídos da disposição de direito fundamental.<sup>11</sup>

Ademais, sustenta-se a existência de um dever geral de progressividade em relação aos direitos fundamentais, ou seja, uma vez implementados não podem mais ter seu núcleo essencial atingido. Essa cláusula de progressividade ganha singular relevância no âmbito do direito ao ambiente, haja vista o legado de destruição ecológica e os frequentes ataques a conquistas obtidas no plano ambiental, notadamente em razão da busca incessante por crescimento econômico. Pontua Molinaro que "o princípio de proibição da retrogradação socioambiental" restringe a liberdade do legislador não apenas no tocante à desconstituição do mínimo, mas também do excedente, desde que este excedente já esteja consolidado.<sup>12</sup>

A proibição de retrocesso em matéria ambiental dirigida contra a ação erosiva do legislador e da Administração Pública é reforçada pelo fato de que as normas constitucionais atinentes à proteção do ambiente estão albergadas pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, tratando-se de limite material intransponível e de uma garantia contramajoritária. Consequentemente, se uma norma esvaziar o conteúdo do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado deverá ser declarada inconstitucional. Portanto, a dimensão negativa do direito ao ambiente, especialmente no que se refere ao direito à não eliminação de posições jurídicas, contempla uma blindagem do bloco normativo constitucional e infraconstitucional relacionado à tutela ecológica, assegurando a manutenção do nível de proteção já alcançado.

Oportuno advertir, no entanto, que a vedação de retrocesso não pode simplesmente afastar a liberdade de conformação do legislador e, tampouco, subtrair demasiadamente as suas atribuições, embora seja inevitável algum grau de tensão entre o parlamento e as cortes e, em última análise, entre os ideais políticos de constitucionalismo e democracia em relação a esse ponto. O que a função defensiva do direito ao ambiente impede são medidas que esvaziem o conteúdo do direito fundamental, até mesmo porque do contrário se estaria legitimando a desvinculação de um Poder Estatal a um dever constitucionalmente estabelecido. A aferição acerca da existência ou não de violação ao direito à não eliminação de posições jusfundamentais depende, sobretudo, da análise do quanto a medida pode comprometer a fruição do direito afetado. O que se entende por núcleo essencial do direito é uma importante baliza nesse processo de averiguação.

---

<sup>11</sup> BUSETTI, Caroline. O princípio da vedação de retrocesso e o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Florianópolis: *Revista de Direito Brasileira*, ano 3, vol. 4, abril/2013, p. 369-370.

<sup>12</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: Proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114.

Conforme referido alhures, a dimensão negativa do direito ao ambiente envolve, ainda, direitos à não-afetação de características e situações, o que se reflete na proibição ao Estado de causar danos ambientais, bem como no dever de não conceder licenças operacionais para atividades poluentes sem atentar ao prévio estudo e relatório de impacto ambiental. Não raro é o próprio Estado o agente causador do dano ambiental, o qual pode atingir a coletividade de uma maneira geral ou mais especificamente a esfera jurídica de determinada pessoa, legitimando reparação pelos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais causados. A responsabilidade civil do Estado por danos ecológicos provocados por seus agentes é objetiva, não sendo necessário perquirir a existência de culpa para a sua configuração. Com efeito, os Estados estão organizados e inseridos de um modo geral na perspectiva hegemônica de desenvolvimento, vocacionada para o crescimento ilimitado da economia. Em razão disso, é frequente que sejam os responsáveis diretos pela poluição ambiental, aspecto que realça a importância da dimensão defensiva do direito ao ambiente.

Por fim, a análise do direito ao ambiente por meio de sua feição negativa fornece um relevante ponto de apoio argumentativo para fundamentar o modo pelo qual se opera a vinculação dos particulares ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e a sua respectiva abrangência. Embora a questão seja objeto do terceiro capítulo do presente trabalho, cabe destacar desde logo que, partindo-se da decodificação do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado em diferentes dimensões, deve ser reconhecida a sua eficácia, ao menos *prima facie*, nas relações horizontais.

Com efeito, o particular tem direito subjetivo a exigir de outros particulares, pessoas físicas e jurídicas, a abstenção de interferência indevida no âmbito do seu direito fundamental ao ambiente com base diretamente em normas extraídas do enunciado do art. 225 da Carta Magna. Veja-se que a CF impõe um dever não só ao Poder Público, mas também à coletividade de defender e preservar o meio ambiente, sob pena de sanções penais e administrativas, sem prejuízo da obrigação de reparar os danos causados. No cenário atual, muitos entes privados gozam de tanto ou mais poderes que as próprias instituições estatais, seja no plano econômico, político ou científico. Dessa forma, estabelecer se e em que medida os particulares estão vinculados ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado afigura-se indispensável para delimitar a sua justiciabilidade, razão pela qual o tema merece ser aprofundado à luz da construção do direito ao ambiente como um todo, caminho que será trilhado no último capítulo.

## 1.2 A FEIÇÃO PRESTACIONAL DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Os direitos de tradição liberal, os quais nasceram marcados por nítida separação entre sociedade e Estado, ostentando as liberdades abstratas e a subjetividade como seus traços mais característicos, mostraram-se incapazes de resolver os problemas sociais criados pelo modo capitalista de produção. Desse modo, os interesses e conflitos das massas populares surgidos durante o período da revolução industrial, impulsionados pelos movimentos revolucionários de 1848, conduziram a mudanças decisivas no panorama jurídico.

A *egalité* preconizada pela Revolução Francesa era apenas formal e o Estado, antes visto sob forte desconfiança e como não mais que um mal necessário, deveria agora exercer papel essencial na busca pela redução das desigualdades sociais e econômicas. No dizer de Tosi: "Estava, assim, aberto o longo e tortuoso caminho que levaria progressivamente à inclusão de uma série de direitos novos e estranhos à tradição liberal: direito à educação, ao trabalho, à segurança social, à saúde, que modificam a relação do indivíduo com o Estado".<sup>13</sup>

Os direitos econômicos, sociais e culturais, não obstante introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, têm até hoje sua juridicidade frequentemente questionada. Consoante Bonavides, referidos direitos foram inicialmente objeto de formulações especulativas em esferas filosóficas e políticas, após enfrentaram um ciclo de baixa normatividade – em virtude da necessidade de prestações materiais e correspondente carência de recursos - caíram na chamada esfera programática, por não contarem com instrumentos processuais adequados para a sua concretização e, atualmente, apresentam uma tendência de se tornarem tão justiciáveis quanto os direitos de liberdade, mormente em razão do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.<sup>14</sup>

A ampliação da tomada de consciência sobre a imprescindibilidade de uma atuação positiva dos entes públicos com o escopo de corrigir o cenário de profunda desigualdade e degradação humana no tocante às condições mínimas de bem-estar abre um importante espaço de legitimação para o cumprimento de uma agenda jurídico-política voltada para a concretização do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente no que se refere à compatibilização da conservação ambiental com a diminuição da pobreza, pressuposto para o bem-viver.

---

<sup>13</sup> TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos direitos humanos*. p. 4. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_hist\\_atualidade\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_hist_atualidade_dh.pdf)> Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 354-255.

Todavia, não se pode olvidar que o Estado e a sociedade precisam lidar com a complexa e desafiadora situação ocasionada pela degradação ecológica provocada pela sociedade industrial sem ainda ter resolvido o problema da miséria e conseqüente falta de acesso a direitos sociais básicos por expressiva parcela populacional. Sobre o tema, Amartya Sen assevera que vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, mas há um contingente enorme de pessoas destituídas de liberdades básicas e que experimentam toda sorte de privações. Assim, ao lado de problemas antigos não resolvidos, tais como a fome e a violação de liberdades políticas, surgem novas emergências a serem resolvidas, incluindo as ameaças perpetradas ao ambiente.<sup>15</sup> Além disso, a concretização dos direitos sociais torna-se inócua se não estiver atrelada à higidez ambiental, condição sem a qual não há sadia qualidade de vida.

Nesse contexto, ganha especial relevo a análise da dimensão prestacional do direito ao ambiente. Para tanto, neste estudo adota-se uma acepção ampla de direito a prestações, englobando todos os direitos a uma ação positiva do Estado.<sup>16</sup> Estão abrangidos nesta categoria, por conseguinte, tanto o direito a prestações fáticas quanto o direito a prestações normativas, o que envolve direito à proteção, direito à organização e procedimento e direito a prestações em sentido estrito. Dessa forma, a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de uma prestação se estende de normas penais e de organização até a entrega de dinheiro e outros bens.<sup>17</sup>

Iniciaremos pelo direito à proteção do ambiente, responsável por legitimar o Estado a tipificar condutas lesivas à integridade ambiental e impor as conseqüentes sanções, sejam elas administrativas ou penais.

### **1.2.1 O direito ao ambiente como direito à proteção**

Os direitos à proteção são aqueles que possui o titular de direitos fundamentais em face do Estado para que este o proteja contra intervenções indevidas de terceiros. Encontram fundamento de validade notadamente no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, que determina seja punida qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

---

<sup>15</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* p. 442. Ver também: BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 144.

<sup>17</sup> TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. in TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 82.

Embora façam parte da categoria dos direitos a prestações em sentido amplo, estão fundamentados em um ideal contratualista, numa perspectiva liberal ortodoxa do campo de eficácia dos direitos fundamentais.<sup>18</sup> A renúncia voluntária ao direito de autotutela, mediante a passagem do estado de natureza hipotético para uma situação estatal, exige o reconhecimento de um direito subjetivo à efetiva proteção. Contudo, a doutrina e a jurisprudência alemãs preferem falar em *dever estatal* de proteção e não em um *direito* conexo a esse dever<sup>19</sup>, o que aparenta ser uma tese incompatível com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O direito à proteção do ambiente, representado por um direito oponível em face do Estado para que este evite intervenções de terceiros lesivas ao equilíbrio ecológico, assume função de extrema importância no enfrentamento da crise ambiental contemporânea, já que a mera abstenção estatal revela-se nitidamente insuficiente para conter o avanço da poluição.

A satisfação do direito à proteção ambiental pode ocorrer por intermédio de variadas formas, como por meio da edição de normas de proteção ou por atos administrativos ou ações fáticas. Poderíamos citar, à guisa de exemplo, a Lei nº 9.605/98, a qual regulamentou o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao ambiente. Assinala Canotilho a existência não apenas de um dever estatal, em formulação objetiva, mas de um autêntico “direito à proteção do ambiente”, que significa a obrigação imposta ao Estado de:

(1) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde); (2) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e à qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares).<sup>20</sup>

O direito à proteção do ambiente envolve, ainda, limitações ao direito de propriedade, destinadas a assegurar o cumprimento de sua função socioambiental. A função socioambiental da propriedade irradia efeitos sobre diversos institutos jurídicos, norteando a proteção constitucional do ambiente, da cultura e, inclusive, dos interesses de minorias étnicas, como o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos quilombolas e indígenas. Gavião Filho aponta que a função ambiental da propriedade deve contemplar, inclusive, deveres de caráter positivo ao proprietário, significando que está adstrito não

---

<sup>18</sup> Em relação à ideia de contrato social, entre outros autores, ver: ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

<sup>19</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 146

apenas a evitar prejuízos à coletividade, como também a adotar medidas fáticas para adequar o exercício de seu direito real às exigências ambientais. Exemplo disso seria a obrigação de recuperação do solo após erosão resultante de atividade agrícola.<sup>21</sup> A situação descrita pode ensejar, em certos casos, hipótese de disputa jurídica entre particulares concernente ao direito a desfrutar de um ambiente sadio, quando o exercício do direito de propriedade acaba por interferir na esfera jurídica de outro particular no que se refere ao direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessas circunstâncias, impõe-se um sopesamento entre os interesses conflitantes para determinar qual deles apresenta maior peso no caso concreto, à medida que abstratamente estão no mesmo nível e nenhum deles goza de precedência absoluta, haja vista o caráter principiológico da norma de direito fundamental. De acordo com a estrutura da ponderação, o primeiro passo consiste em demonstrar o grau de não satisfação ou prejuízo de um dos princípios em jogo. Num segundo momento, deve-se comprovar a relevância do cumprimento do princípio colidente. Por fim, é preciso que a importância do cumprimento de um dos princípios justifique o prejuízo ou não cumprimento do princípio contraposto. Em síntese: "Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro."<sup>22</sup>

De outro lado, nas hipóteses em que o Estado permite a execução de atividade potencialmente causadora de degradação ambiental fica passível de lhe ser atribuída responsabilidade por omissão, justamente em razão do dever de agir correlato ao direito à proteção ou, noutros termos, em virtude da negativa de concretização do direito fundamental à proteção do ambiente.

Nesse quadrante, cumpre enfatizar que direitos a ações positivas de um modo geral, e mais especificamente os direitos a proteção, podem ser violados tanto nas hipóteses nas quais o ente estatal se omite quanto nos casos em que não cumpre de maneira adequada e suficiente os seus deveres de proteção. Por conseguinte, pode-se asseverar que o Estado encontra-se obrigado a agir sob o manto da dupla face do postulado da proporcionalidade, ou seja, entre proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 188.

<sup>21</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66-67

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 111.

<sup>23</sup> Sobre o tema: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Especificamente em relação ao duplo viés da proporcionalidade no âmbito da tutela ambiental, incumbe ao Estado, por força dos deveres de proteção do ambiente insculpidos no art. 225, § 1º e art. 23, VI e VII da Constituição Federal, adotar ações destinadas a dar cumprimento ao imperativo de tutela estabelecido, o que exige medidas administrativas e legislativas de prevenção e repressão da degradação ecológica. Noutras palavras, o Estado encontra-se vinculado, a um só tempo, a não restringir indevidamente a fruição do direito ao ambiente sadio e equilibrado - aqui se está no campo da já abordada dimensão negativa do direito ao ambiente - e a adotar condutas positivas para a proteção desse direito, sendo inclusive responsável por omissão quando lhe é imposto juridicamente agir. Vasco Silva assenta que o legislador possui o dever de "emitir as normas necessárias à realização dos princípios e das disposições constitucionais relativas ao ambiente," implicando a inércia inconstitucionalidade por omissão e o cumprimento deficiente, que viola os parâmetros constitucionais, inconstitucionalidade por omissão parcial.<sup>24</sup>

Nessa linha de raciocínio, Canaris desenvolve a distinção entre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela. O autor defende que o Estado, seja na edição de normas ou no exercício da prestação jurisdicional, tem o dever de se abster de violar os direitos fundamentais, bem como de protegê-los diante da indevida intervenção de terceiros. Desse modo, os poderes estatais estão vinculados negativa e positivamente aos direitos fundamentais, tanto nas relações entre cidadão e poder público quanto nas relações entre particulares. Entretanto, Canaris frisa que a vinculação negativa apresenta mais intensidade que a positiva, já que nesta há diversas possibilidades de variação em aberto no que se refere ao modo como o direito fundamental deve ser especificamente conformado.<sup>25</sup>

Por conseguinte, o elemento discricionariedade apresenta particular relevância no que concerne à justiciabilidade do direito à proteção, porquanto a decisão sobre a forma pela qual a proteção será realizada cabe em grande medida ao legislador. Enquanto no âmbito das omissões incumbe ao Estado como a única medida necessária para a satisfação do direito se abster de agir, na seara interventiva pode se apresentar uma multiplicidade de medidas de proteção igualmente plausíveis, o que determina margem de atuação mais ampla ao Poder Público. Dessa forma, temos aqui um espaço de tensão relacionado aos ideais de democracia e

---

<sup>24</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: Lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 64.

<sup>25</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28 e ss.

salvaguarda dos direitos fundamentais, o que será retomado com maior refinamento no segundo capítulo deste estudo.

Para a efetivação do direito à proteção do ambiente é primordial a existência de um sistema de controle dos riscos ambientais. A magnitude e a frequente irreversibilidade dos danos ecológicos exige um gerenciamento administrativo e jurisdicional dos riscos que se apresentam. As referidas instâncias, dentro de suas especificidades, denotam que a política e o direito apresentam funções complementares na promoção de uma justiça intergeracional, sem olvidar a essencialidade de uma abertura ao diálogo com outras áreas do saber, notadamente a economia e a ciência.<sup>26</sup>

Dentro da esfera do gerenciamento de riscos indispensável tratar do já bastante debatido, mas de concretização e textura semântica incipientes, princípio da precaução. Conforme Aragão, os riscos afetam de forma bastante desigual as populações e os territórios. São as pessoas e as comunidades vulneráveis que sofrem mais intensamente com os riscos. Assim, o princípio da precaução é um instrumento de realização da justiça intrageracional. De outro lado, à medida que as consequências negativas dos riscos se fazem sentir geralmente no futuro, tem o princípio em comento um relevante potencial para fomentar a justiça intergeracional.<sup>27</sup> Nessa esteira, "o princípio da precaução procura instituir procedimentos que permitem elaborar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias".<sup>28</sup> Verifica-se, portanto, que o princípio da precaução se vincula diretamente com o ideal de justiça ambiental, haja vista que a distribuição do ônus decorrente da degradação ecológica é um tanto desigual entre as diferentes classes sociais, em que pese sejam sentidos globalmente os efeitos da destruição da natureza.

No âmbito da fundamentação ética do princípio em análise, Hans Jonas defende que se vá além da questão da incerteza científica, mediante a adoção de um pensamento voltado para reconhecer nosso desconhecimento sobre as consequências futuras de nosso agir como um todo, de forma a salvaguardar o patrimônio humano e natural contra os perigos da evolução e do tempo e contra a ação dos próprios homens.<sup>29</sup> Trata-se de superar o mito de que

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Délon Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Orgs.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educus, 2011, p. 122-123.

<sup>27</sup> ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ano XI., nº 22, 02-2008, p. 9-58

<sup>28</sup> HERMITTE, M.A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco: Uma análise de U. Beck. In VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana - Européia sobre Governo dos riscos. 2005, p. 15.

<sup>29</sup> JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 307.



o homem sempre está no comando da situação e de que pode retornar ao *status quo* a qualquer momento.

Pois bem, tomar o direito à proteção do ambiente a sério impõe ao Estado adotar as providências necessárias para prevenir a consecução de danos ambientais, sob pena de sua intervenção se tornar, em inúmeros casos, absolutamente inócua ante a já mencionada irreversibilidade de muitos desses danos. Nesse cenário, a dimensão preventiva da atuação estatal apresenta notável importância e o princípio da precaução é um critério do qual o Estado não pode se afastar. Com efeito, o dever de precaução exige o cumprimento de um importante ônus argumentativo para se justificar a autorização de ações potencialmente poluidoras. Legítima, inclusive, a inversão do ônus de prova, de modo a se exigir do agente causador do impacto ambiental a demonstração de inocuidade do seu agir relativamente ao ecossistema.

Muito embora não se trate de questão central do presente estudo a análise do princípio da precaução, convém mencionar a posição crítica de Gomes, para quem "a ideia de precaução, tomada na sua formulação mais generosa/radical, torna-se impraticável".<sup>30</sup> Segundo a autora, o que subsiste em face do alto grau de incerteza e imprecisão que permeia a aplicação e força normativa do princípio da precaução é um conjunto de medidas cujo desiderato é a prevenção de perigos e riscos, por meio de uma ponderação dos interesses em presença e balanceando os conceitos de solidariedade inter e intrageracionais. Uma prevenção que pode ser mais ou menos reforçada de acordo com a vontade política do Estado e os custos sociais e econômicos das medidas previstas.<sup>31</sup> No entanto, mesmo ao se negar a existência de um princípio de precaução propriamente dito, há consenso de que o Estado encontra-se obrigado a adotar comportamentos de cunho eminentemente preventivo, assegurando, assim, o cumprimento de seu dever de proteção ambiental correlato ao direito à proteção ora examinado.

Em suma, quando o Estado concretiza o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado mediante a imposição de limites à esfera jurídica de atuação de terceiros, seja por intermédio de atos administrativos, normas penais, normas de caráter administrativo ou restrições ao direito de propriedade para atendimento da função socioambiental, está dando cumprimento ao imperativo de tutela exigível por força do direito à proteção do ambiente.

---

<sup>30</sup> GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 105-107.

Na perspectiva da construção do direito ao ambiente como um todo, o tópico seguinte se propõe a elucidar os aspectos mais relevantes atinentes às posições jusfundamentais relativas à organização e ao procedimento dentro da seara ambiental.

### **1.2.2 O direito ao ambiente e os direitos à organização e ao procedimento**

Os direitos à organização e ao procedimento estão ligados, sobretudo, ao devido processo dos direitos fundamentais, à sua faceta procedimental. Alexy subdivide tais direitos em: competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos, organização em sentido estrito e formação da vontade estatal.<sup>32</sup> Observa-se uma umbilical ligação entre a noção de organização e procedimento e a concretização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Para Gavião Filho, a organização e procedimento, como meios diretos para a obtenção de resultados conforme o direito fundamental ao ambiente, “[...] têm igual ou até superior relevância para a efetividade do direito ao ambiente em relação àquelas modalidades que se reduzem ao cometimento de tarefas estatais, muitas vezes pontuais”.<sup>33</sup> A seguir, destacaremos os aspectos mais relevantes relacionados com a organização e procedimento no âmbito do direito ao ambiente.

Em uma primeira aproximação, constata-se ser primordial no tocante à tutela ambiental um conjunto de direitos em face do Estado para que este, por intermédio de atos normativos, crie procedimentos aptos a possibilitar a participação do cidadão na formulação de decisões que guardem importância para a integridade do ambiente. Trata-se do direito a fazer parte da formação da vontade estatal. Nesse sentido, dois dos mais relevantes princípios informadores do direito ambiental, quais sejam, os indissociáveis princípios da informação e da participação, encontram respaldo nessa ordem de direitos.

A informação ambiental deve não apenas contribuir para o processo de formação educacional da comunidade, mas também propiciar às pessoas informadas a oportunidade de se pronunciarem sobre a questão colocada. Consequentemente, precisa ser transmitida de forma a possibilitar tempo suficiente aos informados para meditar sobre a matéria e agir perante os órgãos competentes.<sup>34</sup> Assim, para além da consolidação de uma consciência ambiental coletiva serve a informação ambiental para impulsionar a cidadania ativa, criar

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 484-499.

<sup>33</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75.

<sup>34</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 103-105.

condições para uma pedagogia da ação. Leff fala de uma "pedagogia da sustentabilidade", nos seguintes termos:

A pedagogia da sustentabilidade convida-nos a questionar o ensino e a aprendizagem [...] a educação ambiental é o campo dessas novas batalhas pelo porvir. As escolas da práxis revolucionária já não são os sindicatos. As vias de expressão das demandas populares são as ruas; mas a escola e a Universidade devem deixar de ser os aparelhos ideológicos do Estado que reproduzem a realidade coisificada, para ser os campos de prática dos sonhos utópicos e das gramáticas de futuro, para exercitar o músculo da imaginação para idealizar futuros desejáveis e ensaiar sua possível realização; para desconstruir as teorias herdadas e ambientalizar as ciências, mais que para aprender os decálogos de conhecimentos estanques, e para nos encerrar nas jaulas de racionalidade da ciência normal, nos míopes olhares paradigmáticos e nos interesses disciplinares egoístas de nossa arrogância científica.<sup>35</sup>

Cumpra advertir, no entanto, que a informação ambiental não se confunde com a mera massificação do alerta ecológico, a qual não raro ampara a perpetuação do discurso individualista de que o fim dos recursos naturais é um processo inexorável, que escapa aos limites de quaisquer atitudes de resistência, e que nos restaria então apenas desfrutar daquilo que o atual momento proporciona. Consoante acima mencionado, a informação deve ser qualificada o suficiente para dar condições ao povo de intervir nos procedimentos de escolha capazes de gerar consequências gravosas ao ambiente.

Já a participação popular, delineada no princípio da participação e que guarda intrínseca relação com o direito à informação ambiental, é sobremaneira importante no cenário dos interesses difusos e coletivos, tendo o Estado o dever de eliminar as barreiras que impedem essa participação. Sobre o tema, Amartya Sen destaca que:

a discussão pública mais bem fundamentada e menos marginalizada sobre as questões ambientais pode não ser apenas benéfica ao meio ambiente, como também importante para a saúde e o funcionamento do próprio sistema democrático.<sup>36</sup>

Nesse passo, a participação da coletividade nas instâncias decisórias passa forçosamente pela implementação de políticas públicas, o que desafia a concretização do direito à participação na formação da vontade estatal. A participação popular é indispensável para se buscar critérios de utilização mais racionais dos bens ambientais, além de sua distribuição equânime. Assim, na promoção de políticas públicas incumbe ao Estado assegurar a valorização dos interesses heterogêneos dos diferentes grupos sociais que se expressam nas lutas pela conservação dos recursos naturais. Esse aprofundamento democrático, entretanto, só parece possível em um contexto de mobilização de atores sociais em torno de interesses materiais e simbólicos que circundam a questão da tutela ambiental,

---

<sup>35</sup> LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010, p. 248.

incluindo as lutas por autogestão de recursos naturais, pela preservação das identidades culturais e, de maneira geral, por qualidade de vida.<sup>37</sup>

Boaventura de Sousa Santos chama a atenção para a necessidade de construção de uma "democracia de alta intensidade", pois "vivemos em sociedades de democracia de baixa intensidade. O problema está em compreender que a democracia é parte do problema, e temos de reinventá-la se quisermos que seja parte da solução."<sup>38</sup> Na seara ambiental ecoam as consequências de uma democracia de baixa intensidade, o que pode ser confirmado pela severa desigualdade que permeia a distribuição dos recursos naturais e pela parca participação dos atores não estatais em decisões relevantes para o meio ambiente. Dessa forma, a participação coletiva na definição de que ambiente é possível e desejável encontra limites materiais - desigualdades sociais - e formais - modos de participação popular - que precisam ser solucionados pelo Estado, por meio da promoção de políticas públicas de inclusão e mediante a legitimação de espaços públicos destinados ao debate e diálogo, sob pena do direito à participação na formação da vontade estatal ter seu conteúdo esvaziado.

Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos, por seu turno, objetivam assegurar um aumento da probabilidade de se chegar a um resultado conforme os direitos fundamentais materiais. Os procedimentos consistem em instrumentos destinados a garantir os direitos fundamentais na maior medida possível, conforme as circunstâncias do caso concreto. Em virtude de sua interdependência, as dimensões material e procedimental devem estar reunidas para garantir a concretização do direito fundamental ao ambiente. Nesse cenário, a existência de procedimentos adequados provoca uma redução na margem de discricionariedade do legislador e do administrador e propicia aos administrados o efetivo controle das ações estatais adotadas. Há diversos exemplos de procedimentos judiciais e administrativos de grande relevância para a salvaguarda da integridade ambiental, vejamos alguns deles.

O Estudo de Impacto Ambiental, previsto no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal e elencado como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, III, da Lei nº 6.938/81) se insere no contexto de um direito a um procedimento administrativo em sentido estrito voltado para a máxima efetividade do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. "Isso significa que do direito fundamental ao ambiente

---

<sup>36</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 208.

<sup>37</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 67-70.

se pode extrair um conjunto de posições fundamentais jurídicas *prima facie* e definitivas ao procedimento administrativo de estudo de impacto ambiental."<sup>39</sup>

Trata-se de um mecanismo direcionado para a prevenção dos danos ambientais, na perspectiva de gerenciamento de riscos já explanada, uma vez que o estudo deve ser feito anteriormente ao licenciamento da obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do ambiente. Daí por que a CF introduziu o caráter prévio do estudo em análise, independentemente da exigência de apresentação de um novo estudo quando da revisão dos licenciamentos ambientais. O Estudo de Impacto Ambiental contempla também o direito à informação ambiental, porquanto a CF exige a sua publicidade. Observa-se nesse aspecto relação direta com a projeção normativa do direito ao ambiente como um direito à participação na formação da vontade estatal, à medida que o Poder Público está obrigado a levar o teor do estudo ao conhecimento da coletividade, justamente para que pessoas e entidades interessadas possam emitir opiniões e contribuir para a decisão política a ser adotada.

Assim, o Estudo de Impacto Ambiental objetiva subsidiar a Administração Pública com dados confiáveis e base séria de informação para que seja possível ponderar os fatores sociais, econômicos e ambientais envolvidos no projeto apresentado. Nessa senda, cumpre enfatizar a transindividualidade do direito ao ambiente, que pela sua natureza não pertence à administração e, tampouco, a indivíduos particularmente determinados, motivo pelo qual o escopo desse sopesamento deve ser o bem-viver da coletividade.

Paralelamente aos procedimentos administrativos como mecanismos para a satisfação do direito fundamental ao ambiente - exemplificado neste trabalho pelo Estudo de Impacto Ambiental - apresentam-se os procedimentos judiciais, como um consectário do princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF). Os procedimentos judiciais, assim como os procedimentos administrativos, estão circunscritos no âmbito dos direitos à organização e ao procedimento, mais especificamente no contexto dos direitos a procedimentos em sentido estrito, que compõe a dimensão prestacional do direito ao ambiente, visto sob a ótica de um direito fundamental completo. Se não existissem instrumentos processuais próprios para a tutela ambiental em juízo as normais materiais de defesa e proteção do ambiente seriam retórica vazia.

---

<sup>38</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 90.

Qualquer ação judicial que tenha por propósito a proteção direta ou indireta da higidez ambiental materializa o direito a procedimentos judiciais ora em apreço. À guisa de exemplo, teceremos breves considerações sobre a ação popular ambiental, haja vista a menção expressa que a Constituição Federal faz ao meio ambiente no seu espectro de tutela (art. 5º, LXXIII) e, especialmente, a possibilidade de ser manejada por qualquer cidadão para a defesa de direitos transindividuais, o que auxiliará a compreensão da eficácia do direito ao ambiente nas relações entre particulares, ponto que será abordado no decorrer deste trabalho.

Para Zavascki, a ação popular confere aos membros da coletividade um peculiar meio de participação na vida política, pois atribui legitimidade ativa ao cidadão para defender em Juízo direito de que não é titular, desafiando a regra geral de indispensável identidade entre o titular da relação de direito material deduzida na demanda e o proponente da ação que compõe a relação de direito processual. Trata-se, conforme o autor, de "um significativo marco de afirmação dos direitos de cidadania"<sup>40</sup>, haja vista que, por intermédio da técnica da substituição processual, qualquer cidadão pode postular em Juízo a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, o que representa um rompimento com a noção de cidadania ligada meramente à condição de votar e ser votado para cargos eletivos.

O pressuposto da lesividade não impõe necessariamente a efetiva ocorrência da lesão, bastando que seja demonstrada a potencialidade lesiva do ato. Assim, Zavascki assevera que a atividade jurisdicional não pode se limitar à desconstituição do ato lesivo, sendo cabível a ação popular também para veicular a pretensão de evitar a prática de atos dessa espécie, à medida que a proteção dos bens jurídicos e a efetividade da função jurisdicional não prescindem da tutela preventiva. Nesse sentido, defende que devem ser incluídos no âmbito da ação popular as medidas de tutela específica previstas no art. 461 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária à lei que regula a Ação Popular (Lei nº 4.717/65), o que importa em providências destinadas à restauração da situação anterior à prática do ato e medidas que possibilitem o alcance de resultados práticos equivalentes, ficando a substituição por perdas e danos apenas para as hipóteses em que isso não se mostrar possível.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93.

<sup>40</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77-78.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 88-89.

Como contraponto à tese apresentada de que o autor da ação popular é um substituto processual, Mancuso alerta que o que ocorre não é propriamente uma substituição dos demais cidadãos integrantes da coletividade, mas sim a tutela de um direito público subjetivo que, na hipótese de êxito da ação, traz benefícios, por via reflexa, aos demais cidadãos, os quais não guardam vínculo jurídico com o autor da ação.<sup>42</sup> Ressalta, ademais, a relevância da inserção da ação popular no capítulo da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias fundamentais, pois “se ela se apresenta coletiva em sua finalidade, o seu exercício é assegurado ao indivíduo, embora de maneira concorrente-disjuntiva com os demais cidadãos”.<sup>43</sup> Dessa forma, adere à corrente de que se trata de uma legitimação autônoma para a condução do processo, típica da tutela de direitos difusos e coletivos.

De fato, parece-nos que a ação popular ambiental não pode ser enquadrada perfeitamente na categoria processual da legitimação extraordinária, porquanto o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, assim como os demais direitos fundamentais, apresenta um caráter dúplice, no sentido de que consubstancia, a um só tempo, um elemento de ordem objetiva da comunidade e um direito subjetivo. Conseqüentemente, quando o cidadão ajuíza uma ação popular ambiental está buscando a proteção de interesse próprio, que refletirá no âmbito da coletividade, sendo essa uma peculiaridade dos interesses difusos. Todos têm direito ao ambiente são e ecologicamente equilibrado e o indivíduo que move a ação popular exerce a sua parcela deste direito. Com efeito, trata-se de um remédio constitucional que viabiliza a democracia direta, possibilitando a participação dos cidadãos nas decisões concernentes aos rumos políticos do Estado.

Destarte, o exemplo da ação popular ambiental demonstra que se pode extrair do direito fundamental ao ambiente como um todo posições jurídicas a procedimentos judiciais em sentido estrito, o que se afigura essencial para tomar esse direito a sério. A ampliação das possibilidades de se levar ao conhecimento do Judiciário as lesões causadas ao ambiente contribui decisivamente para recrudescer a tutela ambiental, compelindo os tribunais a se adaptarem mais rapidamente às demandas da sociedade hodierna.

Os direitos à organização e procedimento justificam também direitos individuais dirigidos ao legislador à existência de normas de organização, de onde emergem posições fundamentais relacionadas à organização em sentido estrito.<sup>44</sup> Desse modo, o Estado tem o

---

<sup>42</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 203.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 491.

dever de criar e manter estrutura adequada para salvaguardar o direito ao ambiente equilibrado e sadio. A esse dever estatal objetivo de conferir condições para que a estrutura organizacional esteja estabelecida conforme as necessidades ambientais correspondem direitos subjetivos individuais para exigir que essa organização não sofra retrocessos. Gavião Filho aponta que "o Estado não pode extinguir órgãos ambientais, salvo criando outros com mesma ou superior eficácia."<sup>45</sup>

Não se pode cogitar a concretização do direito fundamental ao ambiente sem uma estrutura administrativa orientada para este desiderato. Por conseguinte, negar a existência de um direito subjetivo à organização em sentido estrito importaria em outorgar ao legislador a decisão sobre dar ou não cumprimento ao comando constitucional de proteção ambiental. No Brasil, alguns anos antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e quase uma década após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo (1972), entrou em vigor a Lei nº 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, com a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

O Sistema Nacional do Meio Ambiente, de acordo com o preconizado pelo art. 6º do mencionado diploma legislativo, é composto pelo Conselho de Governo, na condição de órgão superior voltado para a assessoria da Presidência da República nas questões que envolvem os recursos naturais e o ambiente; pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão consultivo e deliberativo, responsável por propor ao Conselho de Governo diretrizes políticas e deliberar, na esfera de sua competência, acerca de normas e padrões adequados para assegurar a higidez ambiental; por um órgão central, que atualmente é o Ministério do Meio Ambiente, criado em novembro de 1992, a quem incumbe promover a adoção de princípios e estratégias para o conhecimento, a proteção e a recuperação do ambiente, o uso sustentável dos recursos naturais, a valorização dos serviços ambientais e a inserção do desenvolvimento sustentável na formulação e na implementação de políticas públicas, centralizando as ações de planejamento, controle e supervisão da política nacional do meio ambiente; e por um órgão executor, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), criado pela Lei nº 7.735/1989, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público e vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, à qual compete, em síntese, o exercício do poder de polícia ambiental e a execução

---

<sup>45</sup> GAVIÃO FILHO. Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 92.



das políticas nacionais do meio ambiente atinentes às atribuições federais de licenciamento ambiental, controle da qualidade ambiental e autorização de uso dos recursos naturais, bem como proposições ao CONAMA.

Ainda, o Sistema Nacional do Meio Ambiente prevê a existência de órgãos estaduais e municipais responsáveis pelo controle e fiscalização de atividades potencialmente poluidoras, além de conferir aos Estados e Municípios a prerrogativa de elaborar normas supletivas relacionadas ao ambiente. A complexidade da problemática ambiental, as peculiaridades de cada região e a vasta extensão do território brasileiro tornam a cooperação entre os entes federativos absolutamente indispensável para a concretização do direito ao ambiente sadio e equilibrado. No âmbito do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Lei nº 10.330/94 estabelece o Sistema Estadual de Proteção Ambiental (SISEPRA).

Por fim, cumpre destacar a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, por meio da Medida Provisória nº 366/2007, convertida na Lei nº 11.526/2007, autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. Em linhas gerais, todas as matérias que dizem respeito às unidades de conservação e à preservação do patrimônio genético passaram a ser de responsabilidade da entidade.

Diretamente relacionado com o direito à organização ambiental em sentido estrito está o direito à repartição adequada de competências entre as entidades federativas para a realização do direito fundamental ao ambiente. A matéria apresenta enorme densidade, entretanto, para os fins a que se propõe o presente estudo são suficientes algumas considerações centrais sobre a competência em matéria ambiental.

Nesse quadrante, verifica-se que a competência legislativa ambiental é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, na forma do art. 24, VI, VII e VIII da CF. Portanto, compete à União a edição de normas gerais (art. 24, § 1º), e aos Estados e Distrito Federal o exercício de competência suplementar, regulamentando a matéria estabelecida pela norma geral editada pela União, observados os interesses regionais (art. 24, § 2º). Por conseguinte, o Estado-membro encontra-se vinculado em sua atividade legiferante pelo padrão normativo fixado na norma quadro, de modo que só poderá legislar para incrementar a tutela ecológica, sendo inconstitucional a adoção de medidas legislativas que diminuam o nível de proteção ambiental assegurado na legislação federal de caráter geral.

Assim, encerra-se um dever geral de progressividade ou, ao menos, de proibição de retrocesso no âmbito da competência legislativa suplementar, o que inclusive pode ser um critério pertinente para a solução de determinados casos de conflito de competência. De outro lado, na hipótese de inércia da União os Estados e o Distrito Federal poderão exercer

competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º), o que prevalece até a superveniência de lei federal geral em sentido contrário (art. 24, § 4º). Ainda, podem os Municípios legislar sobre assuntos de interesse predominantemente local em matéria ambiental, suplementando a legislação federal e estadual, de acordo com a norma extraída do art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal.

Na seara da competência material, atinente às ações administrativas orientadas para a consecução do disposto na legislação ambiental, todos os entes federados têm o dever de atuar para salvaguardar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o que representa uma consequência dos deveres de proteção ambiental do Estado, os quais já foram abordados neste trabalho. O art. 23 da Constituição Federal estabelece ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e os sítios arqueológicos (art. 23, III); impedir a destruição e descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural (art. 23, IV); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VII); promover a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, IX); e registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (art. 23, XI).

Apenas a Constituição Federal pode fixar as atribuições dos Estados-membros e Municípios. Conseqüentemente, não há hierarquia em relação à implementação administrativa da lei ambiental entre as diferentes administrações públicas.<sup>46</sup> O objetivo deste modelo de competência político-administrativa é promover a cooperação e atuação integrada entre os entes federativos para que todos estejam engajados no sentido de sobrepujar as dificuldades inerentes à concretização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, essencial desenvolver um contínuo intercâmbio de informações ambientais entre as entidades federativas, o que evita ações contraditórias prejudiciais à higidez ecológica. Não se pode ignorar, contudo, alguns perigos advindos do sistema de competências administrativas concomitantes, notadamente a possibilidade de nenhuma instância governamental assumir a devida responsabilidade, atribuindo cinicamente a obrigação de atuar às demais. Nesse caso, abre-se margem extremamente perigosa para que a degradação ecológica resulte acentuada.

Os argumentos ora delineados demonstram que o direito ao ambiente, visto sob a ótica de um direito fundamental completo, abrange um feixe de posições jurídicas

---

<sup>46</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 125.

relacionadas com o que se convencionou denominar de direitos à organização e ao procedimento. Nessa senda, a concretização do direito ao ambiente não prescinde de um direito à participação na formulação de decisões políticas relevantes para a integridade ambiental. Consoante mencionado alhures, é igualmente primordial a existência de procedimentos judiciais e administrativos conforme o direito fundamental ao ambiente. Além disso, o Estado deve estar adequadamente estruturado para garantir um ambiente sadio e equilibrado, o que pressupõe, sobretudo, satisfatória repartição de competências e atribuições.

Elucidada a estreita relação entre o direito ao ambiente e os direitos à organização e ao procedimento, abordaremos a seguir o direito ao ambiente na perspectiva de um direito a prestações em sentido estrito. Com efeito, a liberdade jurídica pode se tornar inócua se o particular não dispuser dos pressupostos fáticos para exercê-la. Assim, os direitos a prestações em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais objetivam assegurar a liberdade fática.

### **1.2.3 O direito ao ambiente na perspectiva de um direito a prestações em sentido estrito**

Os direitos a prestações em sentido estrito, comumente denominados de direitos fundamentais sociais, são direitos a algo que o indivíduo, se possuísse meios financeiros suficientes e se houvesse oferta suficiente no mercado, poderia obter diretamente de particulares.<sup>47</sup> Dessa forma, o direito ao ambiente como direito à prestação em sentido estrito pressupõe que o Estado atue realizando ações fáticas benéficas para a integridade ecológica. Como exemplo, pode-se mencionar a construção de sistemas de tratamento de esgoto para evitar a poluição de recursos hídricos e a recuperação de áreas degradadas, mediante ações como o plantio de mudas de árvores nativas.

Para uma melhor compreensão do tema, importante retomar algumas noções elementares. Os direitos a algo podem ser entendidos como uma relação triádica na qual o titular do direito tem em face do destinatário um direito a que este realize uma ação positiva ou uma abstenção. Por conseguinte, esses direitos envolvem ações negativas (direitos de defesa) e ações positivas (direitos a prestações em sentido amplo), que vão desde as prestações normativas, já estudadas quando da análise dos direitos à proteção e direitos à organização e procedimento, até as prestações fáticas, categoria na qual se inserem os direitos a prestações em sentido estrito.<sup>48</sup> Dessa forma, sempre que um indivíduo depender da ajuda

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 499.

<sup>48</sup> TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 82.

financeira ou material do Estado para exercer a sua liberdade jurídica ou, noutros termos, em todos os casos em que veicular uma pretensão que, em primeiro lugar, protege ou amplia a sua liberdade fática, se está no âmbito dos direitos fundamentais sociais.<sup>49</sup> Ao comentar a estrutura e a atual situação dos direitos fundamentais sociais na Alemanha, aponta Borowski que "a liberdade fática pode, sob certas circunstâncias, ser tão ou até mais importante do que a liberdade jurídica. Foi assim que direitos fundamentais sociais à concessão do mínimo existencial, interpretativamente atribuídos, foram reconhecidos pela jurisprudência".<sup>50</sup>

Nessa linha de raciocínio, o estudo do direito ao ambiente como um direito a prestações materiais deve contribuir para demonstrar a existência de posições jurídicas a prestações em sentido estrito, extraídas a partir do enunciado normativo do art. 225 da Constituição Federal, bem como oferecer suporte argumentativo para explicitar pontos de conexão entre o direito fundamental ao ambiente e outros direitos fundamentais sociais.

O modelo hegemônico de desenvolvimento, consubstanciado na crença na inesgotabilidade e regenerabilidade das riquezas naturais, propiciou conquistas civilizatórias, entretanto, gerou concomitante mercantilização das relações sociais, crescimento vertiginoso das desigualdades e grave contaminação da biosfera, revelando o desconcerto de nosso tempo:

El concepto de desarrollo ha entrado en una profunda crisis, no solamente por la perspectiva colonialista desde donde se construyó, sino además por los pobres resultados que ha generado en el mundo entero. Las innumerables recetas para alcanzar el supuesto desarrollo, concebido desde una perspectiva de progreso y modelo a seguir, ha llevado a una crisis global de múltiples dimensiones, que demuestra la imposibilidad de mantener la ruta extractivista y devastadora para los países del sur, las desiguales relaciones de poder y comercio entre el Norte y el Sur y los ilimitados patrones actuales de consumo, que sin duda llevarán al planeta entero al colapso, al no poder asegurar su capacidad de regeneración. Es imprescindible entonces, impulsar nuevos modos de producir, consumir y organizar la vida.<sup>51</sup>

Nesse contexto, não se pode pensar a tutela do ambiente a partir da lógica do *laissez faire*, ou seja, é insuficiente que os Poderes Públicos se abstenham de intervir indevidamente no âmbito da integridade ambiental, sendo imperiosa uma postura compromissada com a máxima concretização do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive por conta de uma solidariedade intergeracional, à medida que se impõe evitar que as futuras gerações herdem o legado ecológico traumático proveniente do paradigma de desenvolvimento acima referido. Ademais, não se pode olvidar o constante perigo de

<sup>49</sup> BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 17-18.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>51</sup> LARREA, Ana María. La disputa de sentidos por el buen vivir como proceso contrahegemónico. In: Secretaria Nacional de Planificación e Desarrollo (SENPLADES). *Los nuevos retos de América Latina: Socialismo e sumak kawsay*. Quito: Senplades, 2010, p. 15-16.

retrocessos no tocante à salvaguarda dos direitos sociais e do direito ao ambiente, o que ocorre especialmente quando a proteção desses direitos representa entrave ao funcionamento do sistema econômico.

A partir dessa premissa, fica evidenciada a ligação do direito ao ambiente com diversos direitos fundamentais sociais, sobretudo por ser crucial à sua concretização a adoção de políticas públicas. Sob um ângulo inverso, a realização de uma série de direitos fundamentais historicamente conquistados - tais como o direito à moradia, à saúde e à alimentação - torna-se impossível se não estiver atrelada à proteção da integridade ambiental.

Assim, os poderes estatais devem envidar esforços na implementação de políticas públicas que tenham por desiderato a eliminação de barreiras de origem econômica e social que impeçam a fruição do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de uma situação extremamente desafiadora, uma vez que o Estado e a sociedade precisam lidar com a crise gerada pela degradação ecológica da sociedade industrial sem ainda ter resolvido o problema da miséria e consequente falta de acesso a direitos sociais básicos por expressiva parcela populacional.

Não é por outra razão que Sarlet e Fensterseifer propõem uma tutela integrada dos direitos e deveres de cunho ecológico e dos direitos sociais, de modo a se reunir num mesmo projeto jurídico-político as conquistas do Estado Liberal e do Estado Social, acrescidas de séria preocupação com a higidez do ambiente, o que estrutura aquilo que os autores denominam de *Estado Socioambiental de Direito*.<sup>52</sup> Esta categoria de Estado se caracteriza justamente pela perspectiva de enfrentamento conjunto dos problemas coletivos relacionados com os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Independentemente do debate sobre a consistência, à luz de uma teoria constitucionalmente adequada, da mencionada categoria, que parece servir muito mais como um recurso retórico – e nesse sentido perfeitamente válido – do que como uma real proposta de construção de um novo modelo de Estado de Direito, a abordagem carrega o mérito de reforçar que a concretização da dimensão prestacional do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é desafiada por tensões políticas que igualmente ameaçam a efetividade dos direitos sociais. Com efeito, a retórica prevalecente tanto nas ideologias liberais quanto nas socialistas sempre enxergou o ambiente sob um prisma funcionalizado ao sistema econômico.

Assevera Santilli que a Constituição brasileira é permeada por uma orientação socioambiental que privilegia as dimensões materiais e imateriais dos bens e direitos

---

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-102.

socioambientais, a transversalidade das políticas públicas socioambientais, a função socioambiental da propriedade e a consolidação de processos democráticos de participação social na gestão ambiental.<sup>53</sup> Para ela, "os direitos socioambientais" traduzem uma articulação entre biodiversidade e sociodiversidade, cujos conceitos precisam ser buscados nas ciências sociais e naturais, porquanto "os conhecimentos produzidos pela dogmática jurídica são insuficientes para atender a necessidade de novos paradigmas na relação do homem com a natureza."<sup>54</sup> Nesse cenário, expressiva parcela dos movimentos ambientalistas ampliou a sua agenda política, incorporando lutas por justiça social e modificações nos paradigmas que regem o sistema econômico, motivo pelo qual se torna adequado falar na existência de movimentos socioambientalistas, o que representa uma consequência da conexão entre o direito ao ambiente e os direitos fundamentais sociais.

A argumentação até aqui desenvolvida demonstra que no âmbito do direito ao ambiente como um direito a prestações em sentido estrito é ainda mais importante que o Estado seja um "amigo e guardião"<sup>55</sup> dos direitos fundamentais. Disso decorre, conforme já mencionado, que a sua satisfação passa necessariamente pela promoção de políticas públicas, as quais frequentemente esbarram nas limitações orçamentárias do Estado ou na alocação dos recursos em outras áreas consideradas prioritárias. Emerge daí uma das principais tensões que desafiam a concretização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, na esfera dos direitos a prestações em sentido estrito se revela com maior vigor a celeuma relativa à margem de discricionariedade da Administração Pública para eleger as ações prioritárias e, por via de consequência, a afetação ou não ao princípio da separação dos poderes em caso de intervenção do Judiciário. Se de um lado objeta-se que não é dado ao Judiciário interferir nos juízos de oportunidade e conveniência do administrador, de outro se afirma que a configuração de uma posição jusfundamental a uma prestação em sentido estrito é imprescindível para a tutela ambiental. Nessa esteira, um dos problemas cruciais a ser enfrentado é a definição de critérios para se estabelecer "se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos."<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 93.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>55</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 147.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 444.

Os direitos a ações positivas do Estado suscitam, de um modo geral, um problema de repartição de competências entre os Tribunais e os Poderes Executivo e Legislativo. Nessa quadra, além dos já mencionados conflitos entre Judiciário e Executivo, constata-se igualmente conflitos relacionados ao Poder Legislativo. Assim, se todos os direitos reputados como importantes forem subtraídos da competência do legislador, a consequência lógica seria o esvaziamento do princípio da separação dos poderes, limite material intransponível ao poder constituinte derivado em nossa Constituição Federal, conforme art. 60, § 4º, III. Brota daí uma colisão entre democracia e direitos fundamentais, à medida que as questões mais relevantes passam a ser decididas pelos tribunais, cujos membros são apenas indiretamente legitimados do ponto de vista democrático e, além disso, não podem ser destituídos através do voto, em disputa eleitoral.<sup>57</sup>

As mencionadas tensões políticas e jurídicas serão estudadas em tópico próprio, haja vista a relevância e complexidade do tema, que exigem um maior refinamento na argumentação. Assim, assentados alguns dos principais pressupostos concernentes às relações entre o direito ao ambiente e os direitos fundamentais sociais, insta tecer algumas considerações sobre as posições jusfundamentais a prestações fáticas de conteúdo ambiental.

As repetidas objeções à existência de posições jurídicas fundamentais a prestações materiais como decorrência do direito ao ambiente, tais como a questão da indisponibilidade orçamentária e a violação ao princípio da separação dos poderes, não tem o condão de afastar o seu reconhecimento.

Primeiramente, extrai-se do enunciado normativo insculpido no art. 225 da CF que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. O § 1º do mesmo artigo, por seu turno, elenca uma série de deveres de proteção do Estado a serem cumpridos para *assegurar a efetividade* do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, para restaurar os processos ecológicos essenciais e para promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, por exemplo, são indispensáveis prestações fáticas por parte do Estado. Desse modo, uma leitura atenta do texto constitucional já indica um caminho para justificar racionalmente a existência de posições jusfundamentais a prestações fáticas de conteúdo ambiental, uma vez que a compreensão da norma de direito fundamental como atribuidora apenas de dever objetivo limita severamente as possibilidades de realização do direito ao ambiente.

---

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 11.

Nesse sentido, pode-se acrescentar um argumento de cunho pragmático, qual seja, o acentuado estágio de degradação ecológica hoje vivenciado torna indispensável a adoção de medidas fáticas pelo Estado para mitigar o desequilíbrio ambiental. Conseqüentemente, rechaçar a existência de posições jusfundamentais a prestações em sentido estrito de caráter ambiental significa, em última análise, negar a própria existência de um direito fundamental ao ambiente, pois essa restrição afetaria a sua eficácia a ponto de atingir o seu núcleo essencial. Se do art. 225 da Constituição Federal só puderem ser extraídas normas objetivas, logo a violação do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, com apoio diretamente no texto constitucional, só poderia ser constatada em processos de proteção do direito objetivo, como os de controle de constitucionalidade.

Esses argumentos indicam que se está diante de uma questão de posições *prima facie* ponderáveis, à medida que o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, mormente em sua dimensão prestacional, apresenta a natureza de princípio, o que ocorre também com os direitos fundamentais sociais. Saber, *v.g.*, se há um direito definitivo à recuperação de uma área degradada em face dos altos custos envolvidos para a execução do projeto depende, no caso concreto, de uma ponderação entre o direito fundamental ao ambiente e o princípio da disponibilidade orçamentária do Estado. Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy assim define princípios:

[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>58</sup>

As possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes, ao passo que as possibilidades fáticas concernem às circunstâncias presentes no âmbito concreto de aplicação da norma. Portanto, na hipótese de colisão de princípios um deles terá que ceder, mediante o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. O método consiste na realização de um sopesamento por meio do qual se verifica qual dos princípios colidentes apresenta maior peso, de acordo com as circunstâncias relevantes do caso concreto.

Assim, para se passar da dimensão de direitos *prima facie* para direitos definitivos utiliza-se a máxima da proporcionalidade, cuja estrutura é composta das máximas parciais da adequação ou idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras dizem respeito às possibilidades fáticas, enquanto que a última concerne às

---

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.



possibilidades jurídicas.<sup>59</sup> Isto porque os princípios não carregam em si mesmos uma determinação de seu conteúdo no tocante às possibilidades fáticas e jurídicas, o que evidencia o seu distinto caráter *prima facie* em relação às regras.

Em apertada síntese, a máxima parcial da adequação exige que a medida adotada seja apta para promover a consecução do fim perseguido. Esse exame de adequação tem natureza empírica. A máxima da necessidade, por sua vez, ordena que seja escolhido o meio menos restritivo dentre aqueles disponíveis e eficazes para o alcance da finalidade. A indagação para se saber se a medida adotada preenche o pressuposto da necessidade igualmente é guiada por um juízo fático. Finalmente, o cumprimento da proporcionalidade em sentido estrito reclama uma relação de equilíbrio entre o fim almejado e a restrição realizada. Em suma, o meio utilizado deve ser adequado, necessário e proporcional para o atingimento do fim colimado.<sup>60</sup>

Nessa senda, a decisão judicial que verifica a prevalência ou não de uma posição jusfundamental a uma prestação fática de cunho ambiental deve mensurar o grau de afetação do princípio preterido no caso concreto, a importância da satisfação do princípio prevalente naquelas circunstâncias e, ao final, esmiuçar as relações que se estabelecem entre os princípios colidentes, de modo a demonstrar que a relevância do cumprimento de um justifica a não satisfação do outro.

O modelo da ponderação de princípios não está imune a críticas, como às relacionadas à sua arbitrariedade, irracionalidade e, especialmente, desvantagens em relação ao método de subsunção. Essas críticas podem ser condensadas na ideia de que a ponderação tão somente confere aparente objetividade a uma decisão que, em realidade, apresenta alto grau de incerteza e subjetividade. Contudo, o método de ponderação, aliado à observância das regras do discurso jurídico e da já comentada proibição de insuficiência resolve, em larga medida, a questão da existência ou não de posições jusfundamentais a prestações em sentido estrito de caráter ambiental, porquanto a solução não pode ser alcançada a partir da lógica do tudo ou nada, significa dizer, não há um reconhecimento irrestrito e, tampouco, uma recusa completa, embora para afastar a aplicação do direito fundamental ao ambiente seja indispensável trilhar um ônus argumentativo de alta densidade, haja vista que a crise ecológica impõe atuação rápida e eficiente para mitigar os funestos efeitos da degradação ambiental.

Por fim, oportuno salientar que a objeção de que na seara dos direitos fundamentais sociais o único direito subjetivo definitivo vinculante é o direito ao mínimo existencial não

---

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 587-596.

<sup>60</sup> STEINMETZ, Wilson; HENZ, Bruno Gabriel. O princípio constitucional do desenvolvimento sustentável: Conteúdo e estrutura à luz das interpretações e da teoria dos princípios. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 39, nº 128, 2012, p. 334.

infrima os argumentos já esposados. Na realidade atual, não se pode pensar um mínimo existencial desvinculado da salvaguarda do ambiente, uma vez que, conforme já explicitado, a concretização dos direitos fundamentais sociais se tornaria inútil se viesse desacompanhada de condições ambientais equilibradas e seguras para a manutenção da vida humana.

Decodificadas as diferentes dimensões que compõem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, cristaliza-se a sua estrutura de direito fundamental completo, a qual será objeto do próximo tópico de estudo do presente trabalho.

### 1.3 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO AO AMBIENTE COMO UM TODO NO QUADRO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado se apresenta como um feixe de posições fundamentais jurídicas, de caráter definitivo e não definitivo, revestindo-se de uma dimensão defensiva e outra prestacional, as quais, vistas em conjunto, compõem um complexo de direitos e deveres de cunho ecológico que vincula os órgãos estatais e os particulares.

Isso ocorre porque há diversas normas contidas no enunciado normativo do art. 225 da Constituição Federal, de onde se extraem posições jusfundamentais que investem o titular do direito na condição de exigir do Estado e, em determinados casos dos particulares, que não embarquem ou impeçam comportamentos direcionados para a preservação ecológica, que não eliminem posições jurídicas fundamentais já existentes relacionadas à higidez ambiental e que não causem danos ambientais. Além dessas posições jusfundamentais relacionadas à dimensão negativa do direito ao ambiente, vimos que há também diversas posições referentes à dimensão positiva, que justificam direitos à proteção do ambiente, à organização e ao procedimento e, ainda, a prestações em sentido estrito.<sup>61</sup> Trata-se, por conseguinte, de um feixe de normas reunidas à uma disposição de direito fundamental (art. 225 da CF).

Para uma melhor compreensão do tema, releva mencionar a distinção entre norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental ou enunciado normativo de direito fundamental. A disposição de direito fundamental corresponde ao conjunto de signos linguísticos, ao texto de onde se extrai a norma. A norma de direito fundamental, por seu

---

<sup>61</sup> Para uma perspectiva semelhante no âmbito do direito à liberdade religiosa ver: WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: Fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

turno, é o significado que se extrai do enunciado normativo, daí por que uma mesma disposição pode conter várias normas e várias disposições podem ensejar uma única norma.<sup>62</sup>

Nessa perspectiva, às disposições de direitos fundamentais podem ser atribuídas tanto regras quanto princípios. Dessa forma, o direito ao ambiente, visto sob a perspectiva de um direito fundamental como um todo, representa um complexo heterogêneo de posições jusfundamentais, tanto definitivas quanto *prima facie*, conforme apresentem a natureza de regra ou princípio. As projeções normativas extraídas do direito fundamental ao ambiente importam no reconhecimento simultâneo de um direito subjetivo ao seu titular, indivíduo e coletividade, e em um conjunto de obrigações ao Estado e aos particulares. Conforme Alexy

[...] aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).<sup>63</sup>

A noção de direito fundamental completo apresenta relevância singular na análise dos direitos fundamentais e, especialmente, no âmbito do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, por desmistificar a separação estanque entre as dimensões positiva e negativa que compõem o direito fundamental. O reconhecimento dessa natureza multidimensional é indispensável para que se caminhe no rumo da máxima eficácia e efetividade do direito ao ambiente, já que a não contemplação de quaisquer de suas feições acarreta a tutela insuficiente da integridade ambiental.

Para além desse aspecto dogmático, o complexo de direitos e deveres que envolve o direito ao ambiente deve ser densificado por intermédio da incorporação ao seu estudo de noções advindas das ciências humanas e ciências naturais, capazes de descortinar as principais tensões que desafiam a concretização do direito fundamental, bem como por aspectos que revelem o seu dinamismo, uma vez que este complexo está em permanente construção e a assunção de uma consciência ecológica coletiva é ainda bastante incipiente.

Nesse cenário, Azevedo alerta para o fato de que a crise ecológica exige a superação do atual paradigma científico, que se revela por meio de um pensamento cindido e compartimentado, com o fito de que se possa avançar na compreensão da multiplicidade e

---

<sup>62</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26-27.

interligação de todas as dimensões da vida, postura essencial para o enfrentamento dos problemas em seu conjunto.<sup>64</sup> Portanto, para um estudo adequado do feixe de posições jusfundamentais que compõe o direito fundamental ao ambiente é preciso reconhecer a relevância de um saber complexo, à medida que “o conhecimento unidimensional, se cega outras dimensões da realidade, pode causar cegueira”.<sup>65</sup>

Garcia observa que a resposta humana para a questão ecológica não pode assentar-se simplesmente sobre o pragmatismo de consensos científicos ou técnicos e, tampouco, refugiar-se no desaparecimento da ponderação ética.<sup>66</sup> Exige, para além disso, seja enfrentado o incômodo de refletir o que ainda não foi pensado e teorizado. Afirma a autora que a complexidade dos fenômenos ambientais e a frequente imprevisibilidade das consequências do agir humano reclamam ações cientificamente fundadas, tecnicamente adequadas, economicamente viáveis, eticamente aceitáveis do ponto de vista das presentes e futuras gerações, politicamente legitimadas e juridicamente respaldadas.<sup>67</sup> Dessa forma, o critério de validade das decisões judiciais relacionadas à temática ambiental não pode ser meramente formal.

Em suma, a construção do direito ao ambiente como um todo, que conecta dimensão negativa e positiva, objetiva e subjetiva, além de integrar direitos e deveres individuais e coletivos, permite uma melhor identificação de todos os elementos que envolvem o direito fundamental e, conseqüentemente, a maximização de sua eficácia, inclusive contribuindo para a sua harmonização com outras premissas e balizas constitucionais. No entanto, conforme advertimos, o complexo de posições jurídicas fundamentais deve ser integrado por um estudo das tensões políticas, jurídicas e filosóficas que ameaçam a integridade ambiental, sob pena de se transformar, em razão da falta de abertura ao diálogo, uma ferramenta analítica útil em um modelo teórico vazio e demasiadamente abstrato.

---

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 443.

<sup>64</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14

<sup>65</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2005. p. 99.

<sup>66</sup> GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 118.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 497.

## **2 TENSÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS E FILOSÓFICAS QUE DESAFIAM A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

O presente capítulo é dedicado ao estudo de tensões jurídicas, políticas e filosóficas que desafiam a concretização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Parte-se da premissa de que a complexidade da temática ambiental exige a integração do viés dogmático a outras formas de saber. Nessa senda, à análise do feixe de direitos e deveres que conforma a construção do direito ao ambiente como um todo devem ser acrescentadas reflexões advindas de distintas áreas de conhecimento, aptas a contribuir para o enfrentamento da atual crise ecológica. Em outras palavras, o direito ao ambiente precisa ser pensado como um direito vivo, dinâmico e em permanente construção, o que reforça a relevância do estudo de tensões que lhe ameaçam. As tensões jurídicas envolvem, sobretudo, hipóteses de colisão com outros direitos fundamentais e a esfera do inegociável ou não-decidível, que representa um limite ao processo de decisão majoritária. As tensões políticas, por sua vez, dizem respeito especialmente às prioridades orçamentárias do Estado, aos conflitos de atribuições entre os poderes e a alguns paradoxos da democracia que decorrem do reconhecimento da normatividade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Por fim, em relação às tensões filosóficas, foram eleitos aspectos atinentes à ética ambiental, aos efeitos das monoculturas e ao desperdício de saberes e experiências, todos a envolver, em última análise, o ideal de justiça ambiental. A perspectiva de direito fundamental completo, pormenorizada no primeiro capítulo do trabalho, é uma ferramenta analítica útil para a identificação das referidas tensões, fomentando, por conseguinte, reflexões para superá-las.

### **2.1 TENSÕES JURÍDICAS**

#### **2.1.1 Direito ao ambiente: colisões, limites e esfera do inegociável**

É consabido que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, assim como todos os demais direitos fundamentais, não é absoluto e ilimitado. A Constituição Federal de 1988 consagra um vasto catálogo de direitos fundamentais, que se encontram no mesmo grau hierárquico e, no plano abstrato, coexistem harmonicamente. Todavia, no âmbito concreto é frequente a impossibilidade de satisfação simultânea desses direitos, o que dá ensejo ao fenômeno denominado de colisão de direitos fundamentais. Isso ocorre porque os direitos

fundamentais não constituem comandos definitivos, mas apenas determinações *prima facie*, conforme será adiante desenvolvido.

Com efeito, aplicar o direito impõe necessariamente o estabelecimento das normas válidas para o caso concreto. Porém, há inúmeras situações em que o mero enquadramento normativo mostra-se insuficiente, haja vista a existência de diferentes alternativas igualmente válidas para a solução da questão. Trata-se, especialmente, dos chamados casos difíceis ou controversos<sup>68</sup>, que ocorrem com notável frequência na seara do direito fundamental ao ambiente, cuja concretização é tensionada, sobretudo, pelo princípio constitucional da livre iniciativa e o imperativo de crescimento econômico.

A questão dos critérios e parâmetros para a solução dos *hard cases* de maneira intersubjetivamente verificável é ainda bastante tormentosa, e o grau de dificuldade aumenta em relação à tutela ambiental, já que os modelos teóricos até hoje propostos foram pensados essencialmente para as hipóteses de colisões de direitos fundamentais de caráter eminentemente individual. Nesse sentido, cabe aqui um parêntese, pois não se pode olvidar que a crise ecológica exige da ciência jurídica uma série de mudanças e adaptações, à medida que o chamado esverdeamento do direito é um fenômeno bastante recente e as transformações por ele impulsionadas ainda incipientes. À guisa de exemplo, os instrumentos processuais disponíveis são, via de regra, pensados para a proteção de direitos individuais de caráter patrimonial, o que dificulta sobremaneira a salvaguarda de um direito de todos, como é o caso do direito ao ambiente, notadamente quando se revela imprescindível a adoção de medidas de caráter precaucional.

Os requisitos de *prova inequívoca*, caracterizada pela prova robusta, contundente, e de *verossimilhança da alegação*, é dizer, de probabilidade do direito invocado, de que os fatos narrados são aparentemente verdadeiros, ambos pressupostos para a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, obstaculizam o gerenciamento de riscos e, conseqüentemente, uma eficiente tutela ambiental, caso não sejam observadas as nuances interpretativas que as peculiaridades do fenômeno ambiental exigem.

Na esfera da colisão de direitos fundamentais, objeto principal do presente tópico, tem-se basicamente três opções metodológicas para a consecução do objetivo de satisfazer o postulado da racionalidade e assegurar que a decisão judicial tenha previsibilidade jurídica e não fique à mercê do intuicionismo do julgador: "a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas, a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional

---

<sup>68</sup> DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

(Müller) e o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade".<sup>69</sup> É imperioso que a regra de solução preserve os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática<sup>70</sup>. Assim, não se pode perder de vista a unidade hierárquico-normativa da Constituição, que se revela pela interdependência de todos os elementos que a compõem e, ademais, deve-se buscar, na maior medida do possível, a materialização do dever-ser normativo em realidade social, o que pressupõe inafastável busca de harmonia entre os direitos em colisão, ou seja, a satisfação de um não pode importar no completo esvaziamento de outro.

No presente trabalho, adere-se à noção de que os direitos fundamentais são integrantes de uma ordem pluralista, possuindo idêntico peso e relevância no âmbito abstrato, motivo pelo qual se trabalhará com o método da ponderação de bens, que se realiza por intermédio da aplicação do postulado da proporcionalidade. Acerca da opção terminológica pela expressão *postulado da proporcionalidade*, Humberto Ávila esclarece que os postulados normativos aplicativos são normas que orientam a aplicação das regras e princípios, situando-se em um plano distinto, à medida que servem para a fixação dos critérios de aplicação das normas que se localizam no âmbito do objeto de aplicação.<sup>71</sup> Assim, o postulado da proporcionalidade fornece diretrizes metódicas para a aplicação do Direito com maior precisão e rigor. Dirige-se imediatamente ao intérprete e ao aplicador do direito e, uma vez que se situa em um "metanível", não entra em rota de colisão com os princípios que concretamente se imbricam e cuja aplicação estrutura".<sup>72</sup> Portanto, o *postulado* exerce uma função distinta do *princípio*, o qual estabelece um dever-ser que pode ser cumprido em graus variados, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Adota-se como marco teórico para a análise do fenômeno da colisão do direito ao ambiente com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos a teoria dos princípios formulada por Robert Alexy<sup>73</sup>, entrelaçada com a contribuição de outros autores, enfocando-se especialmente na noção de direito fundamental completo, desenvolvida no primeiro capítulo.

Na seara do direito ambiental, a proporcionalidade assume relevância singular, à medida que atua no ajustamento de interesses contrapostos, tanto individuais quanto

---

<sup>69</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 21.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 123-126.

coletivos. Com efeito, a natureza *prima facie* do direito fundamental ao ambiente faz com que a proporcionalidade seja o principal mecanismo de otimização da concretização desse direito. Sendo um mandamento de otimização, deve ser realizado na maior medida do possível, e essa medida é estabelecida, consoante supramencionado, pelas possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, a sua satisfação no caso concreto pode obedecer a graus variados, conforme a ponderação a ser realizada em face dos princípios e regras colidentes.

Não se pode olvidar, no entanto, que para se restringir a eficácia do direito ao ambiente equilibrado no caso concreto – e aqui está uma relevante contribuição de uma abordagem à luz da teoria dos princípios – há um ônus argumentativo de alta densidade, visto que é preciso demonstrar que a importância do cumprimento do princípio prevalecente justifica a não satisfação do direito fundamental em comento, o qual se constitui em preceito basilar da ordem constitucional brasileira, notadamente porque a concretização de uma série de direitos fundamentais, como o direito à saúde e à moradia, por exemplo, se torna inócua se não estiver atrelada à salvaguarda de um ambiente sadio. Para o cumprimento do referido ônus argumentativo é indispensável trilhar o caminho exigido pelo postulado da proporcionalidade, com suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita. Além disso, se buscará demonstrar no curso deste tópico a existência de um mínimo existencial ambiental e a necessidade de se reconhecer uma esfera do inegociável no âmbito do direito ao ambiente, capaz de justificar decisões contramajoritárias.

O postulado da proporcionalidade pode contribuir decisivamente para a solução equitativa de celeumas que se apresentam quando direitos individuais e direitos de todos entram em rota de colisão, compatibilizando a preservação dos processos ecológicos essenciais e a realização dos valores sociais, econômicos e culturais. Nesse particular, a busca do ideal de desenvolvimento sustentável está diretamente conectada com a necessidade de ponderação.

Outrossim, o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se revela como uma importante ferramenta para guiar a tomada de decisões que se baseiam no princípio da precaução, já que permite criteriosa mensuração da aceitabilidade ou não dos riscos ambientais que se apresentam em uma situação de imprevisibilidade e incerteza

---

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.



científica.<sup>74</sup> Bahia aponta que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado apresenta feições que o tornam incompatíveis com a "velha moldura dos direitos individuais" e que o emprego da proporcionalidade enseja decisões ambientais de melhor qualidade e mais protegidas contra arbitrariedades estatais.<sup>75</sup>

A natureza multidimensional do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, o qual, visto sob a ótica de um direito como um todo, reúne um feixe de posições jusfundamentais extraídas do enunciado normativo do art. 225 da Constituição Federal, não apenas demonstra a recorrente necessidade de sopesamento para a solução das hipóteses de colisões com outros bens ou direitos, mas sobretudo revela que o conteúdo do direito ao ambiente apresenta especial abrangência e, conseqüentemente, exige peculiar cautela na aferição dos interesses que devem prevalecer na situação concreta. A referida abrangência pode ser constatada pelo próprio conceito de meio ambiente fornecido pela Lei nº 6.938/81, que inclui a biosfera, os ecossistemas e a comunidade, pois o trata como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I). Nessa esteira, Silva define meio ambiente como "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas".<sup>76</sup>

Assim, a fruição do direito ao ambiente pode ser obstaculizada ou restringida, por exemplo, pela instalação de atividade potencialmente poluidora ou pelo exercício do direito à propriedade. Além das possibilidades de colisão com direitos de cunho individual, entretanto, não é raro que os próprios princípios ambientais de natureza diversa entrem em confronto, como ocorre quando manifestações culturais afetam com alguma gravidade determinados recursos naturais, atingindo, e. g., a proteção da flora ou da fauna. Outro exemplo de grande relevo é o sacrifício religioso de animais, prática que colide frontalmente com valores ambientais e demanda acurada reflexão acerca do tratamento jurídico-constitucional e dos limites do direito fundamental à liberdade religiosa e ao ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>77</sup>

A consagração do direito ao ambiente como um direito fundamental completo na Constituição Federal de 1988 evidencia a existência de um vasto conjunto de posições

---

<sup>74</sup> AYALA, Patrick Araújo. *Direito e incerteza: A proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito ambiental*. 2002, p. 391. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 230-232.

<sup>75</sup> BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145-146.

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

jurídicas que devem ser contempladas para que o direito fundamental em comento seja efetivamente resguardado. Conforme vimos no primeiro capítulo, não é suficiente que o Estado se abstenha de causar interferência indevida no âmbito da integridade ambiental, porquanto deve igualmente assegurar a proteção do indivíduo em face de intervenções lesivas de terceiros. Para além disso, necessita observar a existência de direitos à organização e ao procedimento, indispensáveis para a efetividade do direito ao ambiente e, ainda, realizar ações fáticas benéficas para mitigar e evitar a degradação ambiental. Desse modo, a perspectiva de análise do direito ao ambiente como um direito fundamental completo adotada neste estudo cumpre adequadamente a função de identificar e precisar os obstáculos ou tensões que devem ser superadas para que se possa gozar de um ambiente harmônico e equilibrado.

Essa natureza multidimensional faz com que as possibilidades de colisão entre o direito ao ambiente e outros direitos e bens constitucionalmente protegidos seja substancialmente mais elevada na comparação com os direitos de cunho individual. Dito de outra forma, a fruição de cada um desses direitos abrangidos pelo direito ao ambiente como um todo pode ser tensionada por interesses contrapostos e, portanto, o postulado da proporcionalidade assume condição primordial na otimização do direito fundamental em apreço, fortemente marcado pela conflituosidade em face de valores há muito consolidados, como a exigência de crescimento econômico, até hoje visto como sinônimo de progresso.

A realização do exame de proporcionalidade decorre de um processo sucessivo, de "[...] natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito), caracterizado por um afinilamento progressivo que não deixa de ter sua lógica".<sup>78</sup> Logo, a proporcionalidade representa um limite material imposto ao poder do Estado no tocante à área de proteção do direito fundamental ao ambiente, pois este só poderá ser licitamente restringido se a decisão adotada o preservar na maior medida do possível, dentro das possibilidades dadas pela situação concreta. No dizer de Pulido, o postulado em comento pode ser qualificado como "um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais".<sup>79</sup> A referida definição encontra explicação no fato de que ao entender-se as normas de direito fundamental como normas de caráter principiológico, torna-se imperioso contar com um

---

<sup>77</sup> Sobre o tema, ver: WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: Fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>78</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

<sup>79</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004, p. 533.

critério que viabilize a mensuração da escala em que a Constituição exige o cumprimento do direito fundamental em cada caso.

A técnica da ponderação, procedimento seguido para o exame de proporcionalidade, costuma ser bastante combatida, especialmente porque, na linguagem dos críticos, peca pelo excesso de subjetivismo e por ser insuscetível ou, ao menos, de difícil generalização e universalização. Sob essa ótica, o particularismo jurídico decorrente do método de ponderação faz com que as decisões não sejam racionalmente controláveis, o âmbito de elegibilidade de soluções se torna demasiado amplo e a motivação da decisão fica condicionada a um juízo de valor pessoal do intérprete. Conforme Guastini, inexistente um enunciado normativo com apenas um significado, pois se pode extrair uma pluralidade de normas de cada disposição e a atribuição de sentidos ao texto legal é essencialmente um ato de vontade e não de conhecimento.<sup>80</sup>

Moreso, por seu turno, sustenta que não há uma contraposição estanque entre ponderação e subsunção, porquanto a primeira é uma etapa prévia do caminho percorrido para a "inevitável" realização da segunda.<sup>81</sup> Para o autor, as hipóteses de colisão de direitos fundamentais podem ser resolvidas de um modo não particularista, mediante a verificação de todas as propriedades potencialmente relevantes de cada princípio, o que exige a explicitação de suas circunstâncias implícitas de aplicação. Dessa forma, torna-se viável estabelecer uma hierarquia suscetível de universalização entre os princípios para então se chegar a uma subsunção.<sup>82</sup> Nessa linha de raciocínio, os casos individuais poderiam ser subsumidos em algumas das hipóteses genéricas disponíveis, mitigando a criticada exacerbação da justiça particular em detrimento da justiça geral.

Assim, o julgador deve articular o conjunto de propriedades relevantes dos princípios colidentes e explicitar as condições de aplicação que estavam, *a priori*, implícitas. Cumprida esta tarefa, ocorre a subsunção do caso individual ao modelo genérico existente. Moreso admite, porém, que as soluções adotadas "(...) puedan ser desafiadas cuando cuestionamos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes."<sup>83</sup> O autor conclui que, não obstante exista algum grau de indeterminação nas hipóteses de colisão de princípios, as possibilidades de hierarquização axiológica não são ilimitadas, motivo pelo qual

---

<sup>80</sup> GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 56.

<sup>81</sup> MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 100.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 115-117.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 121.

nega a ideia de um subjetivismo radical. Para ele, "si la aplicación del Derecho consiste em resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces - por razones conceptuales - no hay aplicación del Derecho sin subsunción".<sup>84</sup>

Sanchis aponta para um caminho inverso, no sentido de que, em um primeiro momento, a subsunção é que precede a ponderação. Argumenta que, antes de mais nada, é preciso verificar quais os princípios que são aplicáveis ao caso e, somente após esse estágio, se pode constatar qual deles prevalecerá em determinadas circunstâncias. Por conseguinte, considera que a subsunção é um pressuposto da ponderação.<sup>85</sup> Contudo, uma vez realizada a ponderação, cria-se uma norma suscetível de generalização para situações semelhantes, tornando desnecessário novo sopesamento em casos reiterados. Consequentemente, ocorre a aplicação da norma por subsunção, o que permite dizer que "la ponderación se configura, pues, como un paso intermediario entre la declaración de relevancia de dos principios em conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso".<sup>86</sup>

Uma das críticas mais contundentes ao método de ponderação é a de Jürgen Habermas, o qual aponta, essencialmente, dois problemas que considera insuperáveis afetos à técnica de solução de colisões de direitos fundamentais em comento. O primeiro problema assinalado por Habermas é o de que a ponderação esvazia a força normativa dos direitos fundamentais, reduzindo-os ao plano dos objetivos, programas e valores. Consoante o jusfilósofo, a confiança na proporcionalidade deixa a concretização do direito fundamental à mercê de argumentos utilitaristas e, ademais, a inexistência de critérios racionais para ponderar acarreta o perigo de sentenças irracionais. Em uma segunda objeção, o autor assevera que por meio da ponderação o direito é retirado do âmbito do válido e inválido, do correto e do falso, sendo transportado para uma esfera meramente axiológica, na qual prevalece o poder discricionário.<sup>87</sup> Ele sustenta a legitimidade das decisões no chamado agir comunicativo, que consiste, em apertadíssima síntese, na tomada de decisão por meio do consenso obtido entre os participantes do debate, os quais são, a um só tempo, co-autores e destinatários da decisão.<sup>88</sup> Nesse contexto, pode-se fazer uma relação de sua tese com a chamada "interpretação pluralista e procedimental da Constituição", desenvolvida por Peter

---

<sup>84</sup> MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 121.

<sup>85</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 144

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 145-146.

<sup>87</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. I e II. 2. ed. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

Häberle, para quem o processo de hermenêutica constitucional não é um evento exclusivamente estatal, devendo envolver toda a comunidade política, nas suas palavras, "a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição".<sup>89</sup>

Apesar das mencionadas críticas, nos parece que a noção de proporcionalidade e o método de ponderação são instrumentos relevantes para racionalizar a interpretação e aplicação do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, o verdadeiro perigo não está propriamente no recurso à técnica de ponderação, mas sim na trivialização de seu uso, tornando-a um expediente retórico destinado a escamotear o decisionismo, que pode conduzir à erosão da força vinculante dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, o resultado refletido e objetivo da ponderação depende, em larga medida, da obediência às regras da argumentação jurídica, as quais não asseguram que se possa chegar a um único resultado correto, mas tornam o procedimento racionalmente controlável e permitem razoável grau de objetividade na fundamentação das decisões judiciais. Pela própria natureza do objeto, não devem ser buscadas verdades exatas, entretanto, a publicidade do discurso, submetido forçosamente à crítica e à dialética imposta pelos contra-argumentos, possibilita uma racionalidade discursiva consubstanciada em argumentos que devem se provar fundados por meio da motivação da decisão. Nas palavras de Toledo, "e, desse proceder argumentativo, resultam conclusões objetivas [...], que propiciam, conseqüentemente, o avanço do discurso no domínio da racionalidade"<sup>90</sup>, sobretudo porque passíveis de verificação por toda a comunidade jurídica, a qual deve exigir o cumprimento de um ônus argumentativo, mormente nos casos difíceis. Nessa esteira, Pereira aponta que a tese da única resposta correta mostra-se de difícil aceitação quando há alto grau de incerteza acerca das premissas normativas, já que nesses casos não se tem a certeza sobre a forma mais apropriada para sopesar os direitos fundamentais que se encontram em rota de colisão.<sup>91</sup>

Em que pese a significativa importância da proporcionalidade na arena do direito fundamental ao ambiente, há que se reconhecer um núcleo intangível, inegociável do direito em questão, insuscetível de ponderação. Com efeito, deve ser assegurado um mínimo existencial ambiental, um escudo contra as práticas tendentes a relativizar ou mesmo suprimir

---

<sup>88</sup> Idem. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 292 e ss.

<sup>89</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 23-28.

<sup>90</sup> TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 88.

o conteúdo primordial do direito fundamental em questão. Desse modo, o método da ponderação não pode conduzir, em hipótese alguma, ao esvaziamento do direito fundamental ao ambiente. O mínimo existencial compreende o direito às condições mínimas de existência digna, razão pela qual "[...] não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irreduzível por definição e insuscetível de sopesamento."<sup>92</sup> Assim, o mínimo existencial é uma regra e não um princípio, à medida que se constitui em direito definitivo, aplicável mediante subsunção.

O conteúdo essencial do direito fundamental corresponde ao seu núcleo intocável e irrestringível, é dizer, à parcela indisponível aquém da qual desaparecem as condições de se viver com dignidade.<sup>93</sup> Barcellos acrescenta que o mínimo existencial deve abranger não apenas a sobrevivência e a manutenção do corpo, mas também a existência espiritual e intelectual, de modo que a não garantia de tais condições importa em violação ao princípio jurídico da dignidade da pessoa humana em sua dimensão material, ou seja, uma omissão inconstitucional.<sup>94</sup> A autora afirma a existência de um "núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra [...] se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar [...] a dignidade terá sido violada."<sup>95</sup>

Nessa senda, considerando que o equilíbrio e a higidez ambiental são absolutamente indispensáveis para a manutenção da vida, forçoso o reconhecimento de um mínimo existencial ambiental, uma parcela indissociável do núcleo de condições materiais que compõe a estrutura normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. Para além desse conteúdo essencial, definitivo, o direito fundamental ao ambiente permanece suscetível de sopesamento, mantendo a natureza de direito *prima facie*, que pode ceder lugar a outro direito fundamental em um caso concreto e cujos objetivos podem ser atingidos por meios variados, a depender das opções constitucionalmente legítimas adotadas pelo Legislativo e Executivo. Fensterseifer e Sarlet asseveram que o reconhecimento da jusfundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado agrega uma dimensão ecológica à garantia do mínimo existencial, o que na visão dos autores, "[...] em virtude da necessária integração com a

---

<sup>91</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 195.

<sup>92</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 85-89.

<sup>94</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230.

<sup>95</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 226.

agenda da proteção e promoção de uma existência digna em termos socioculturais há de ser designada pelo rótulo de um *mínimo existencial socioambiental*.<sup>96</sup> Os autores sustentam que a qualidade e a segurança ambiental constituem-se em premissas do próprio exercício dos demais direitos, haja vista a sua essencialidade para a existência humana.<sup>97</sup>

A existência de um núcleo intocável do direito fundamental ao ambiente está umbilicalmente ligada também com a função dos direitos fundamentais como garantias contramajoritárias, como remédio contra os perigos da chamada "tirania da maioria", que pode conduzir a uma forma de despotismo.<sup>98</sup> Sobre o tema, Mendes aponta que:

Democracia, no sentido supostamente procedimental puro, seria entendida como um simples processo de decisão majoritária. Esse procedimento, contudo, tem que respeitar, ao menos, suas próprias condições de existência, a saber, a possibilidade de que maiorias e minorias co-existam numa comunidade e que considerem decisões coletivas como merecedoras de obediência.<sup>99</sup>

No campo do direito fundamental ao ambiente, malgrado seja a participação popular indispensável para se buscar critérios de utilização mais racionais dos bens ambientais, além de sua distribuição equânime, incumbindo ao Estado, inclusive, a criação, por meio de atos normativos, de procedimentos aptos a possibilitar a participação dos cidadãos na formulação de decisões que guardem relevância para a integridade ambiental, a função contramajoritária é essencial. Imagine-se, por exemplo, a discussão em torno da emissão ou não de licença ambiental para a instalação de uma grande empresa, geradora de emprego e renda, em uma pequena e empobrecida cidade. Muito provavelmente, a maior parte da população se manifestaria favoravelmente à emissão da licença, ainda que o empreendimento pudesse causar graves danos ecológicos, comprometendo a fruição de um ambiente sadio e equilibrado.

Acerca da existência de um núcleo intangível dos direitos fundamentais, Ferrajoli desenvolve o conceito de "esfera do não-decidível", semelhante à ideia de "território inviolável" de Norberto Bobbio, formada por aquilo que a nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir. Dessa forma, a legitimidade de certas decisões deve ser extraída das regras de competência e das funções e instituições de garantia, justificadas não apenas pela observância da lei em sentido formal, mas sobretudo pelo aspecto

---

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 57

<sup>99</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/.../TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf)>. Acesso em 05 maio de 2013, p. 54.

substancial.<sup>100</sup> Incluem-se no âmbito da esfera do inegociável não apenas as instituições judiciais, mas também as administrativas que exercem o papel de garantia. Nas palavras do referido autor:

Los poderes públicos investidos de funciones de gobierno son de hecho *poderes de disposición* y de producción e innovación jurídicas, legitimados en cuanto tales por el consenso popular. Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario *poderes de cognición*, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea, por la observancia de los presupuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas (grifos no original).<sup>101</sup>

Por conseguinte, para Ferrajoli o modelo de *checks and balances* proposto por Montesquieu não é suficiente para dar conta da complexidade das relações sociais contemporâneas e das democracias constitucionais atuais, motivo pelo qual deve-se buscar critérios para a separação dos poderes nas fontes de legitimação da decisão. O autor ressalta, ademais, que as constituições rígidas colocaram fim aos resquícios de absolutismo, mediante a submissão da política ao direito ou, noutros termos, por meio da subtração de determinadas questões do poder decisório das maiorias.<sup>102</sup>

Na seara da esfera do decidível, concernente à margem de discricionariedade política, igualmente há limitações, uma vez que se pode optar entre uma ou outra solução idônea diante da situação concreta, porém não é lícita a omissão quando está imposto juridicamente um agir, tal como ocorre nos arts. 225, § 1º e art. 23, VI e VII da Constituição Federal.

Destarte, as possibilidades de ponderação que envolvem o direito ao ambiente encontram limites no mínimo existencial ambiental e na esfera do inegociável, porquanto há um núcleo intangível do direito fundamental que encontra o seu fundamento de validade externamente ao procedimento majoritário característico da democracia. Dessa forma, justificar a decisão adotada como uma tentativa de privilegiar o interesse imediato da maioria é um argumento refutável quando o privilégio implicar violação ao núcleo essencial do direito ao ambiente. Sob o prisma inverso, a própria ponderação realizada pode conduzir em determinados casos, justificadamente, a uma decisão contramajoritária, já que a vontade de um pode valer o mesmo que a vontade de muitos para efeitos de peso na ponderação, e que a função jurisdicional é, por excelência, de garantia e não política.

Em suma, não obstante seja o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado dotado, assim como os demais direitos fundamentais, de "uma reserva geral de

---

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 106.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 103-105.



ponderação"<sup>103</sup>, no sentido de que não é possível ao legislador constituinte prever e regular exaustivamente todas as hipotéticas situações nas quais o bem protegido pelo direito fundamental possa vir a colidir com outros bens ou interesse igualmente dignos de proteção, há uma faceta particular do direito ao ambiente definitivamente garantida, absoluta, indisponível, insuscetível de sopesamento, representada pela garantia do mínimo existencial ambiental e pela esfera do inegociável, que limita o processo de livre escolha pela maioria. Trata-se de aspecto atinente à teoria dos limites dos limites, desenvolvida no direito constitucional alemão<sup>104</sup>, aplicada ao direito ao ambiente.

## 2.2 TENSÕES POLÍTICAS

### 2.2.1 Estado guardião e amigo do ambiente e prioridades orçamentárias

No primeiro capítulo do presente trabalho, argumentou-se que para a concretização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado mostra-se indispensável a promoção de políticas públicas, à medida que a mera abstenção dos Poderes Públicos é absolutamente insuficiente para assegurar a higidez ambiental, especialmente em razão do legado de destruição ecológica que precisa ser enfrentado. Nessa perspectiva, ficou evidenciada a importância crucial da dimensão prestacional do direito ao ambiente e, inclusive, a existência de posições jurídicas a prestações em sentido estrito, que o aproximam, em certos aspectos, dos direitos fundamentais sociais clássicos. Consoante referido alhures, não basta que o Estado não agrida o ambiente, ao revés, faz-se mister que seja um amigo e guardião do direito fundamental, no sentido de que deve utilizar o seu aparato para realizar as prestações fáticas necessárias à conservação e restauração da integridade ambiental, bem como para proteger a natureza de intervenções lesivas de terceiros. O próprio exercício dos direitos de liberdade exige a presença estatal e não a sua ausência, pois não há liberdade jurídica sem a correspondente liberdade fática.

A face prestacional do direito ao ambiente e a correlata necessidade de adoção de políticas públicas para a sua satisfação, no entanto, provoca tensões relacionadas com a reserva do financeiramente possível, seja por conta da ausência de recursos suficientes ou pela alocação das verbas em outras áreas, bem como acarreta conflitos de atribuições entre os poderes constituídos. Hesse leciona que "direitos sociais fundamentais [...] não se tornam efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, antes requerem, de antemão e em qualquer

---

<sup>103</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra editora, 2006, p. 49-56.

<sup>104</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 168-169.

caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles."<sup>105</sup>

Com efeito, a chamada cláusula da reserva do financeiramente possível, representada, conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, por aquilo que o indivíduo pode racionalmente exigir da sociedade, de acordo com as condições socioeconômicas e estruturais do Estado, decorre, do ponto de vista filosófico, do fato de que os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas. Assim, torna-se inevitável que frente a uma circunstância específica de insuficiência de recursos para atender simultaneamente a dois ou mais direitos fundamentais invocados, um ou alguns deles sejam sacrificados em nome de outros, o que representa, independentemente de se tratar de uma opção justa ou não, uma escolha trágica da sociedade. No plano jurídico, se está diante de uma hipótese de ponderação de princípios, ao passo que no plano político se está no âmbito de uma margem de escolha que muitas vezes se mostra dramática ao agente público.

Nessa quadra, não sendo possível a consecução plena de todos os objetivos sociais, surge a necessidade de solução pontual das tensões entre direitos fundamentais por meio de uma opção entre os valores em jogo. "Essa opção entre valores denuncia o inafastável conteúdo ético das escolhas públicas. Escolhas realmente trágicas".<sup>106</sup> De certo modo, "com a multiplicação de interesses e a dificuldade de estabelecer prioridades, o socialmente desejável está cada vez mais longe do economicamente possível".<sup>107</sup> No que concerne à questão no plano exclusivamente da racionalidade jurídica, por sua vez, Galdino critica a atuação das cortes judiciais, assentando que as opções adotadas nos casos de colisão entre normas costumam ignorar quase completamente as consequências econômicas trazidas pela solução escolhida.<sup>108</sup>

Conforme o autor, as análises jurídicas desconsideram as variáveis econômicas envolvidas nas questões postas, porquanto os magistrados limitam o seu campo de visão às pretensões veiculadas pelas partes, o que implica ignorar os efeitos sociais dos julgados e limitar as possibilidades de escolha disponíveis, afetando gravemente a qualidade das decisões judiciais. Acrescenta, ademais, que os juízes não contam, no mais das vezes, com

---

<sup>105</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

<sup>106</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

<sup>107</sup> GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305.

<sup>108</sup> GALDINO, Flávio. op. cit., p. 161.

subsídios mínimos para prever as consequências não intencionais de suas decisões, o que se traduziria, na linguagem econômica, nas externalidades do julgado.<sup>109</sup> Elucidativo exemplo consiste na liberação de empreendimento ou atividade potencialmente poluidora em nome do princípio da livre iniciativa e do direito ao trabalho, sem o prévio conhecimento acerca das consequências socioambientais da decisão.

De outro lado, a inserção da problemática dos custos dos direitos na análise jurídica não deve conduzir à prevalência da racionalidade econômica ou de uma análise econômica do Direito, na qual este fica reduzido a um componente do complexo mecanismo de maximização da eficiência nas alocações de recursos, sendo confundidas, em larga medida, justiça e eficiência, é dizer, quanto mais contribuir para o incremento da riqueza global mais justa seria a decisão.<sup>110</sup> Portanto, os aspectos econômicos diretos e indiretos relacionados à decisão não devem ser vistos com indiferença e, tampouco, utilizados como mero recurso retórico nas decisões judiciais, já que são decisivos para o alcance dos propósitos da coletividade. O Direito deve se servir do instrumental teórico oferecido pela economia e por outras ciências para racionalizar e controlar de maneira mais apropriada os riscos sociais, econômicos e ambientais que advém dos julgados, especialmente quando esses efeitos não dizem respeito diretamente à pretensão deduzida pelas partes, o que aumenta a probabilidade de consequências indesejadas resultantes da decisão.

Reconhecendo que os direitos prestacionais não constituem mera formulação especulativa na esfera filosófica e política, boa parte da jurisprudência pátria tem rechaçado a alegação de insuficiência de recursos materiais - reserva do possível - como justificativa para o não atendimento de direitos constitucionalmente assegurados, notadamente quando há risco à denominada garantia do mínimo existencial, cuja dimensão ecológica foi trabalhada no tópico anterior. Nesse sentido aponta o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...] a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.<sup>111</sup>

Especificamente na seara da tutela ambiental, constata-se com profunda tristeza que, não raras vezes, a alegação de insuficiência de recursos é utilizada como instrumento para

---

<sup>109</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161-163.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 239-254.

<sup>111</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental 639337*. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 de 15-09-2011, vol. 02587-01, p. 00125.

escamotear a falta de prioridade conferida pelos agentes públicos à questão ecológica.<sup>112</sup> Isso porque o despertar da consciência coletiva acerca da relevância do cuidado com a natureza é um fenômeno ainda recente e vivemos sob a égide de um mundo mercantilizado, no qual "tudo se experimenta e se vende, sem que se atente aos graves problemas que deveriam ser prioritários".<sup>113</sup>

Consequentemente, a objeção à efetividade do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, no que se refere à sua dimensão prestacional, com base nos custos envolvidos para a sua concretização, envolve, com frequência, mais diretamente questão ideológica relativa ao estabelecimento de problemas públicos prioritários a serem resolvidos que propriamente a insuficiência de recursos para o atendimento das demandas. Associa-se a concretização de direitos fundamentais prestacionais a ônus prejudiciais ao mercado e reproduz-se uma longa trajetória de exclusões e desigualdades, mediante o desmantelamento de serviços públicos e constantes ataques à agenda de universalização de direitos historicamente conquistados.<sup>114</sup> Esse estreitamento do âmbito de legitimidade dos direitos fundamentais sociais e dos que com eles se relacionam, como o direito ao ambiente, leva ao agravamento da situação social das majorias e é sustentado por intermédio de um discurso que opera com oposições simplificadoras, vinculando o Estado ao anacronismo, de um lado, e, de outro, a modernidade e o mercado.<sup>115</sup>

Sobre a reserva do financeiramente possível e a inevitável eleição de prioridades para a realização dos direitos de cunho prestacional, Novais alerta que a escassez nunca é absoluta, mas moderada e, por conseguinte, incumbe ao poder político fazer as escolhas seletivas de alocação de recursos para o atendimento das necessidades e interesses individuais e coletivos no acesso aos bens.<sup>116</sup> É justamente por conta da existência de uma multiplicidade de respostas possíveis, de diversas possibilidades de escolha do destino que será dado aos recursos financeiros disponíveis, que o alcance jusfundamental efetivo do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é substancialmente enfraquecido em sua parcela prestacional, assim como ocorre com os direitos sociais de modo geral. Contudo, o caso do direito ao ambiente é ainda mais problemático no cenário contemporâneo, uma vez que o

---

<sup>112</sup> STEINMETZ, Wilson; HENZ, Bruno Gabriel. A face prestacional do direito ao ambiente: Políticas públicas e gestão ambiental. In: JOBIM, Marco Félix (Org.). *Inquietações jurídicas contemporâneas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 231.

<sup>113</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13

<sup>114</sup> STEINMETZ, Wilson; HENZ, Bruno Gabriel. op. cit., p. 231-232.

<sup>115</sup> TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: Afinal do que se trata?* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999, p. 172.

<sup>116</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, 2010, p. 91.

reconhecimento de sua condição de direito fundamental se deu muito depois dos direitos sociais, econômicos e culturais e, além disso, esse reconhecimento já nasceu tardiamente, considerando a gravidade do atual estado de degradação da natureza.

De fato, não se pode negar a existência de um condicionamento econômico e financeiro para a satisfação de certos direitos, entretanto, a reserva do possível não é uma exclusividade dos direitos de caráter prestacional, mas sim um pressuposto de concretização de todas as categorias de direitos fundamentais, incluindo os direitos negativos clássicos.<sup>117</sup> As prestações destinadas a assegurar os direitos de liberdade exigem do erário público o dispêndio de somas tão vultosas quanto as necessárias para a satisfação dos direitos sociais. Com efeito, os direitos de defesa só podem gozar de efetiva proteção se existir um sistema administrativo e um sistema judicial que os garantam, ou seja, implicam também custos, são bens públicos custeados pelos contribuintes.

À guisa de exemplo, cita-se a implementação dos pleitos eleitorais no âmbito dos direitos políticos e os gastos com segurança pública na esfera dos direitos de liberdade, este último exemplo envolvendo um direito à proteção diretamente vinculado à salvaguarda dos direitos de defesa. Destarte, a efetivação de qualquer direito demanda a disponibilidade de recursos públicos, haja vista que a estruturação do Estado, disposta em órgãos destinados a cumprir as funções administrativas, judiciais e legislativas, representa um permanente e alto custo que a sociedade impõe a si mesma. Noutros termos, as funções do Estado não podem ser cumpridas sem a presença de um aparato estatal integrado por pessoas e bens, o que forçosamente exige dinheiro.<sup>118</sup> Portanto, o próprio funcionamento do Estado de Direito e do regime democrático importa em elevados custos. Essa circunstância leva Galdino a afirmar que, do ponto de vista pragmático, todos os direitos fundamentais são positivos.<sup>119</sup>

A análise da tensão causada pelos limites orçamentários para a concretização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado ganha contornos mais precisos à luz da perspectiva de direito fundamental completo. Isso devido ao fato de que os custos financeiros se referem especialmente à feição prestacional do direito ao ambiente, a dimensão positiva na qual se inclui o direito ao ambiente como um direito à proteção, os direitos à organização e ao procedimento e, sobretudo, o direito ao ambiente na perspectiva de um direito a prestações em sentido estrito. Nessa esteira, a partir da noção de direito fundamental como um todo, Novais

---

<sup>117</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, 2010, p. 93-95.

<sup>118</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157.

divide os deveres estatais em deveres de *respeitar*, de *proteger* e de *promover*. Desse modo, o dever de respeitar o acesso aos bens jusfundamentalmente tutelados - acatar, não impedir, se abster de intervir - não envolve, via de regra, custos financeiros. Ao contrário, os deveres de proteger e, mais especialmente, os de promover e fomentar o acesso ao bem pressupõem o dispêndio de dinheiro para a realização das prestações fáticas ou para a disponibilização de serviços e instituições destinadas a salvaguardar o bem tutelado.<sup>120</sup> Tais deveres correspondem às dimensões que compõem o direito ao ambiente, estudadas no primeiro capítulo.

Para Novais, a existência de uma reserva do possível não elide a jusfundamentalidade de um direito, pois equivale à reserva geral imanente de ponderação, é dizer, a generalidade dos direitos fundamentais está sujeita a uma necessidade geral de compatibilização com bens, interesses e direitos colidentes.<sup>121</sup>

Em suma, a negação da efetividade dos direitos prestacionais por força das despesas que geram é um argumento artificioso e que encoberta motivações ideológicas, visto que os direitos classificados como negativos igualmente importam em custos para o Estado e não têm a sua exigibilidade questionada. A não realização de direitos fundamentais positivados no contexto de Estados ineficientes converte-se "[...] em fator de descrédito, com evidente desgaste do próprio discurso dos direitos fundamentais e indefectível instabilidade das instituições democráticas. É importante levar os direitos a sério."<sup>122</sup> Para isso, indispensável incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas da sociedade os custos dos direitos.<sup>123</sup>

Do exposto, conclui-se que a negação de cumprimento dos deveres de proteção e promoção do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado carrega forte componente ideológico, representando um modo de pensar que, no mais das vezes, ainda resiste em enxergar a degradação ambiental como um problema público prioritário a ser resolvido. De fato, a implementação de políticas públicas ambientais é constantemente desafiada pelo modelo hegemônico de desenvolvimento, que visualiza a natureza de forma funcionalizada ao sistema econômico e rechaça fortemente a ingerência do Estado, a qual é vista como um entrave ao mercado e, por via de consequência, um obstáculo ao crescimento econômico. Não

---

<sup>119</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

<sup>120</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, 2010, p. 97-98.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 103-109.

<sup>122</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 336-339.

<sup>123</sup> *Ibidem*, 215-235.

há direitos assegurados sem dispêndio de recursos financeiros, razão pela qual a reserva do financeiramente possível não deve ser encarada como uma objeção à efetividade dos direitos sociais, mas antes como um pressuposto de realização de todos os direitos fundamentais.

### **2.2.2 Políticas públicas ambientais, conflitos de atribuições entre os poderes e paradoxos da democracia.**

À medida que a palavra decisiva acerca das opções de distribuição orçamental compete, em linha de princípio, aos poderes cujos agentes foram democraticamente eleitos - Executivo e Legislativo -, necessário perquirir, sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema, os contornos e limites do controle judicial de legitimidade de tais decisões políticas, especialmente no tocante às políticas públicas ambientais, haja vista a necessidade de harmonizar a natureza jusfundamental do direito ao ambiente, mormente em sua dimensão positiva, com a liberdade de conformação democrática e o princípio da separação dos poderes. Sobre o tema, assenta Andrade que:

[...] no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, a vinculação do legislador não é absoluta, nem sequer a sua actuação é determinada no essencial pela Constituição - designadamente em comparação com o regime típico dos direitos, liberdades e garantias. Neste campo, o legislador democrático há de, pois, dispor de um poder de *conformação* para estabelecer *autonomamente* a forma, a medida e o grau em que concretiza as imposições constitucionais respectivas - a não ser assim, e dada a indeterminação dos preceitos e o âmbito alargado das matérias, a função legislativa degradar-se-ia em mera função *executiva* da Constituição e correria o risco de ficar sujeita a um *governo dos juízes* (grifos no original).<sup>124</sup>

De fato, o legislador ordinário dispõe, assim como o executivo no cumprimento das medidas, de uma margem de discricionariedade consideravelmente superior no tocante à satisfação dos imperativos de tutela, uma vez que a chamada proibição de proteção insuficiente "[...] exige, apenas, que o direito infra-constitucional ofereça, no seu conjunto, uma proteção eficiente, mas deixa frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto, quanto ao modo como esse direito deve ser especificamente conformado."<sup>125</sup>

Nesse contexto, a necessidade de atender aos postulados da força normativa da Constituição e da máxima força jurídica dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico torna o problema da compatibilização da idéia de democracia - entendida como uma forma de exercício do poder cuja fonte de legitimação deriva da livre escolha e da participação - com a

<sup>124</sup> ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 400.

<sup>125</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119.

concepção de direitos fundamentais na perspectiva de garantias indisponíveis às decisões da maioria democrática, uma das maiores celeumas jurídico-constitucionais. Considerando que os direitos fundamentais representam, em sua acepção mais clássica, posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental em um Estado de Direito significa, em última análise, ter um “trunfo”<sup>126</sup> contra o governo democraticamente legitimado, ou seja, contra a maioria. Há uma tensão permanente e, quiçá insuperável do ponto de vista político, entre Estado de Direito ou constitucionalismo e o princípio democrático, de acordo com o já mencionado no tópico anterior.

Embora os direitos fundamentais desafiem a lógica dos freios e contrapesos que sustenta o princípio da separação de poderes, por conferirem certa primazia ao Poder Judiciário, não se pode falar propriamente em Estado de Direito e proteção da liberdade e da igualdade sem democracia e separação de poderes, que se apresenta como seu consectário lógico. Isso porque num contexto de concentração dos poderes os direitos fundamentais sofrem inelutável enfraquecimento, já que ficam ao sabor das deliberações de um poder exercido de forma ilimitada, independente de controle.

Ainda sobre essa relação entre o procedimento democrático e a salvaguarda dos direitos fundamentais, cumpre salientar que a regra de deliberação pela maioria exige que os eleitores sejam tratados com igual consideração e autonomia, o que se deduz do princípio da igualdade, sob pena do poder ser considerado ilegítimo. Tratam-se de diversos paradoxos que envolvem a complexa relação entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, acentuados pelas constatações de que não há identidade necessária entre lei e justiça e que as normas que asseguram direitos fundamentais carregam alto grau de indeterminação, o que motiva com notável frequência a intervenção do poder jurisdicional no sentido de invalidar decisões dos poderes democraticamente eleitos para governar. Dessa forma, os direitos fundamentais delimitam “uma área de competência negativa” e “assumem uma natural vocação contramaioritária”.<sup>127</sup> Alexy trata desse caráter ambivalente quando qualifica os direitos fundamentais concomitantemente como “profundamente democráticos” e “profundamente anti-democráticos”.<sup>128</sup>

É exatamente quando se defende uma posição rechaçada pela maioria que os direitos fundamentais revelam a sua real utilidade e que se evidencia a importância do ideal de Estado de Direito, considerando que os direitos fundamentais são, não raras vezes, a última *ratio*

---

<sup>126</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora: 2006, p. 17-27.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 22.



contra o poder exercido pela maioria e, conseqüentemente, não poderia essa mesma maioria decidir sobre o conteúdo e o alcance do direito. Se as questões ambientais relevantes fossem disponíveis às circunstâncias conjunturais de poder, por exemplo, assistiríamos inevitavelmente, em muitos momentos e lugares, ao atropelamento avassalador dos processos ecológicos pelos imperativos de crescimento econômico e progresso. A propósito, se o direito fundamental ao ambiente, assim como os demais direitos fundamentais, fossem respeitados e promovidos pelos governos democraticamente eleitos, a existência de um rol de direitos constitucionalmente consagrados seria absolutamente despicienda. Contudo, a história é pródiga em exemplos de violações sistemáticas dos direitos fundamentais.

Jeremy Waldrow objeta que há em nossa sociedade um alto grau de desacordo acerca do conteúdo e abrangência dos direitos fundamentais e que não há nada que assegure que a decisão da maioria seja equivocada no cotejo com a revisão judicial. Para ele, atribuir às cortes constitucionais o papel de decidir sobre esse desacordo acarreta a substituição de um procedimento democrático, de deliberação pela maioria, por um procedimento elitista, afastado da realidade, no qual poucas pessoas decidem os rumos de toda a sociedade sem que isso assegure, de forma alguma, um resultado melhor ou mais justo.<sup>129</sup>

Milita em favor da tese de Waldrow, que prefere confiar na democracia como procedimento, o fato de que muitas decisões judiciais de cunho notoriamente político são travestidas de tecnicismo jurídico para que lhes seja conferida legitimidade, enfraquecendo os poderes eleitos pela maioria. Ademais, é freqüente que as decisões dos tribunais sejam tomadas por maioria e que os Juízes tenham opiniões diametralmente opostas sobre um mesmo assunto. Em tal cenário, poder-se-ia indagar se a resposta caberia efetivamente aos magistrados ou aos representantes do povo ou, colocando a questão noutros termos, se o problema tratado é predominantemente político ou jurídico-constitucional, em que pese essas esferas sejam indissociáveis e estejam diretamente imbricadas.

Novais defende que, ao se reconhecer que os direitos fundamentais são dotados de uma reserva geral imanente de ponderação, ou seja, podem ceder ante o maior peso, no caso concreto, dos direitos, bens ou interesses em sentido contrário, garante-se o equilíbrio entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito, à medida que a adequação do controle sobre as restrições impostas aos direitos fundamentais exige, em primeiro lugar, justamente a elucidação da existência da colisão e a correta identificação dos interesses

---

<sup>128</sup> ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en El Estado Constitucional Democrático. in: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 31-57.

materiais contrapostos.<sup>130</sup> Essa noção nos parece acertada porque parte da ideia de direito fundamental completo. Com efeito, é impossível ao legislador constituinte, após consagrar um direito fundamental como o direito ao ambiente, dotado de elevado grau de indeterminação, prever as incontáveis hipóteses nas quais os bens protegidos pelas suas distintas feições poderiam colidir com outros interesses igualmente legítimos. É viável, porém, que determinadas posições jusfundamentais referentes à uma faceta particular do direito fundamental sejam asseguradas a título definitivo na Constituição, nos casos em que o próprio legislador constituinte já efetuou a ponderação, como ocorre com a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1º, IV, CF). Nesse caso, temos um exemplo de regra no âmbito do direito ao ambiente como um todo.

Cristina Queiroz, a seu turno, considera que os direitos fundamentais se traduzem não apenas como uma forte limitação do âmbito de liberdade política do legislador. Ostentam, para além disso, uma dimensão própria em razão da qual devem ser concebidos e analisados mais como uma questão de justiça do que propriamente como uma questão política.<sup>131</sup> Dessa forma, a autora aponta que a tensão entre o constitucionalismo e a democracia é apenas aparente, porquanto a função elementar da Constituição é justamente subtrair certas decisões do processo político, isto é, "*colocar os direitos acima das decisões da maioria, fazendo do sistema dos direitos fundamentais o critério último de validade de toda a ordem jurídica.*"<sup>132</sup> Extrai-se desse posicionamento que nenhum direito fundamental pode ser encarado como meramente programático. Assim, a jurisdição constitucional deve, a um só tempo, outorgar aos direitos fundamentais a condição de bens jurídicos protegidos, impondo deveres de conduta ao Estado, e reconhecer um *status* processual que permita a todos os cidadãos buscar judicialmente a tutela efetiva de seus direitos, numa combinação das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, que serão trabalhadas no capítulo seguinte.

Nessa esteira, Bonavides afirma que conservar o princípio da separação dos poderes como um dogma significa permitir que ele seja a contradição dos direitos sociais.<sup>133</sup> Conforme o autor, o princípio em comento encontra justificção histórica na necessidade precípua de proteger os cidadãos contra os abusos perpetrados pelo absolutismo. Todavia, a

---

<sup>129</sup> WALDROW, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí e Agueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 21 e ss.

<sup>130</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora: 2006, p. 49-56.

<sup>131</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: 2006, p. 202.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>133</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64.

partir da ampliação dos fins do Estado e do aumento contínuo de suas atribuições, torna-se indispensável abandonar expressões anacrônicas como divisão e separação, substituindo-as por outras mais adequadas, como distinção, coordenação e elaboração, consentâneas com a atual organização social.<sup>134</sup> De fato, o princípio da separação dos poderes tem natureza instrumental e, conseqüentemente, não se pode falar em um modelo absoluto e acabado que deve ser aceito de modo acrítico em todos os lugares e em qualquer tempo. Deve-se assegurar ao Judiciário a possibilidade de sindicarem de forma positiva as ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, até mesmo porque o resguardo dos direitos fundamentais é, em última análise, a própria razão de existir da separação de poderes.

Democracia não é sinônimo de regra majoritária, o que se pode constatar pelos famosos exemplos de maiorias totalitárias que se instalaram perversamente no poder ao longo da história. Os direitos fundamentais se constituem em premissas do regime democrático. Acerca da questão:

[...] o princípio da igualdade, que se encontra subjacente à regra da maioria, exige que mesmo as minorias, mesmo os vencidos, sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à sua condição humana e que lhes possibilite, afinal, serem considerados iguais aos demais.<sup>135</sup>

Na esfera do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, dada a importância de sua dimensão prestacional, igualmente costuma-se argumentar que a ingerência da atividade judicial no âmbito das políticas públicas ambientais importa em usurpação de competência que é privativa dos poderes executivo e legislativo, transformando o Estado de Direito em um Estado de juízes. No entanto, embora a formulação e a implementação de políticas públicas estejam essencialmente no âmbito dos poderes legislativo e executivo, não se pode olvidar que incumbe ao Poder Judiciário examinar a adequação das medidas políticas adotadas aos padrões jurídicos estabelecidos, inclusive determinando, se for o caso, as devidas modificações ao poder competente. Do contrário, haveria um passaporte para se fazer tábula rasa dos comandos constitucionais. De acordo com o já mencionado, essa ampliação da legitimidade da jurisdição constitucional está associada a uma transformação dos próprios direitos fundamentais, seja pela incorporação de uma dimensão positiva a eles ou pela sua própria ampliação e extensão<sup>136</sup>, sendo o direito ao ambiente sadio um bom exemplo desse aspecto.

---

<sup>134</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 71-75.

<sup>135</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 251.

<sup>136</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henning. Limites da jurisdição, separação de poderes e crise: A participação como elemento de abertura e de legitimação da jurisdição constitucional na ordem democrática. In: SPENGLER,

Da análise do conteúdo e alcance do princípio constitucional da separação dos poderes constata-se que um de seus principais objetivos é justamente o equilíbrio e o controle recíproco dos poderes, o que já afasta, por si só, a ideia de que o Poder Judiciário deve manter total distanciamento das questões atinentes ao mérito da função administrativa. Como argumenta Gavião Filho,

No Estado constitucional contemporâneo, a delimitação de competência das funções executiva, legislativa e jurisdicional não está configurada em uma modelagem compartimentada e isolada, mas com base em um esquema de relações de interação e de organização, a fim de que o Estado logre alcançar uma legitimidade racionalmente justificada.<sup>137</sup>

Nesse cenário, deve o Judiciário estar preparado para verificar o cumprimento dos padrões jurídico-constitucionais de tutela ambiental na elaboração e execução de políticas públicas pelos demais poderes. Em hipóteses excepcionais é possível, inclusive, que o próprio Judiciário se veja obrigado a impor a providência a ser adotada. Isso ocorre especialmente quando a omissão dos demais poderes no cumprimento do mandamento constitucional acarreta grave risco, atual ou iminente, ao destinatário do direito, inexistindo outra alternativa eficaz para afastar a situação de vulnerabilidade. Barroso afirma que a ideia do ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.<sup>138</sup>

Cumprir ressaltar, todavia, que para o Poder Judiciário promover um controle eficiente das políticas públicas ambientais mostra-se imprescindível investir em uma formação mais ampla dos profissionais do direito, o que deve se refletir também na exigência de conhecimentos adicionais aos da dogmática jurídica quando dos processos de recrutamento de profissionais promovidos pelos setores públicos. As questões ambientais extrapolam as fronteiras da lei e, conseqüentemente, não basta ao profissional que irá laborar com a problemática ambiental limitar-se aos textos normativos e suas técnicas de interpretação e aplicação. “As novas gerações de juizes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos e políticos) sobre a

---

Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008, p. 80.

<sup>137</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 167.

<sup>138</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2012.

sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular."<sup>139</sup> Ademais, a visão do direito ao ambiente como um direito fundamental completo facilita a precisa identificação das necessidades de maior relevo e urgência para a concretização do direito fundamental, o que propicia melhores resultados com menores custos sociais e econômicos para a sociedade. Dessas circunstâncias depende bastante a tão relevante e almejada integração entre os eixos ecológico, econômico, jurídico e social.

A seguir, serão abordadas algumas tensões de cunho eminentemente filosófico que desafiam o alcance de um patamar satisfatório de justiça ambiental.

## 2.3 TENSÕES FILOSÓFICAS

### 2.3.1 Ética ambiental e crise de vínculo com a natureza

O modelo civilizacional contemporâneo, consubstanciado nas noções de progresso e desenvolvimento espalhadas pelo processo de globalização, mostra sinais de esgotamento, à medida que aprofunda a injustiça social, provoca drástica redução da biodiversidade e marginaliza as formas de saber e expressões culturais não hegemônicas. Pode-se falar em uma crise civilizatória que se reflete nos campos político, econômico, social, ético e científico. Entretanto, é no aumento vertiginoso da degradação da natureza que vem ocorrendo nos últimos tempos que o desconcerto de nosso tempo parece revelar a sua face mais devastadora. Os danos ecológicos se multiplicam de maneira descontrolada em escala planetária. O caráter global dos problemas exige soluções e contextualização também globais, o que na prática parece não ocorrer. Assim, "é na natureza em suas múltiplas formas e ecossistemas, que se desvela o *point de non retour* de uma civilização tão sofisticada tecnologicamente quanto suicida".<sup>140</sup> Nesse cenário, observa-se a perda de sentido na relação do ser humano com a natureza e a ocultação do elo que a ela nos liga, o que dá ensejo à uma crise de vínculo.

De início, cumpre esclarecer que a expressão "crise de vínculo" não é original, pois já foi utilizada por François Ost em sua obra "A Natureza à margem da lei".<sup>141</sup> Optamos por adotá-la no presente trabalho, em virtude de sua precisão para descrever o atual estágio da relação do homem com a natureza. A revolução científica e a revolução industrial, dois

---

<sup>139</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 180.

<sup>140</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14.

fenômenos marcantes da modernidade, tornaram possível à espécie humana implementar um projeto de amplo domínio e drástica transformação da natureza. Ao mesmo tempo, porém, essa forma impiedosa de subjugar-la provocou uma catástrofe ecológica sem precedentes, que ameaça o próprio futuro do planeta Terra.

Embora se revele com maior vigor em tempos recentes, a tese de que a natureza e o homem são separados por um corte claro, preciso e absoluto vem desde a consagração do dualismo cartesiano como fundamento da filosofia e da ciência modernas. Descartes defendia que a finalidade última do conhecimento é nos tornar “senhores e possuidores da natureza”, de forma que o progresso poderia ser medido pelo nível de domínio exercido pelo homem sobre os elementos naturais.<sup>142</sup> Tal paradigma de divisão e separação se mostrou um terreno fértil para a veneração da quantidade em detrimento da qualidade e para o exercício ilimitado de subjugação da natureza pelo homem.<sup>143</sup>

Consoante Ost, “é agora bastante claro: este dualismo determina a perda do vínculo com a natureza, ao mesmo tempo que suscita a ilimitabilidade do homem”.<sup>144</sup> Ao lado dessa “crise de vínculo”, que cega o ser humano e o impede de enxergar os laços que o ligam à natureza, enfrentamos também, de acordo com o mencionado autor, uma “crise de limite”, que nega qualquer privilégio à espécie humana, colocando-a no mesmo patamar de todos os demais seres vivos, de modo a nutrir um romântico e fantasioso desejo de retorno às origens.<sup>145</sup> Portanto, a crise de vínculo decorre da visão da natureza como mero objeto, enquanto que a crise de limite corresponde à atribuição da condição de sujeito à natureza. Para Ost, ambas são espécies da crise de representação do homem em relação à natureza.

Parece-nos, no entanto, que é a crise de vínculo a grande responsável pela assombrosa degradação ecológica de nosso tempo, razão pela qual será examinada com maior afinco a seguir. Isso porque as teses relacionadas à natureza-sujeito, antítese referida pelo autor em relação à objetivação da natureza, não encontram, em nosso sentir, grande repercussão fática no âmbito brasileiro, sendo majoritariamente consideradas, especialmente na seara jurídica, ideias radicais que não devem ser tomadas a sério. Esse posicionamento, porém, acaba por ignorar as valiosas contribuições trazidas, por exemplo, pela ecologia

---

<sup>141</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: A ecologia à prova do Direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

<sup>142</sup> DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. J. Guinsbourg e Bento Prado Jr. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 63.

<sup>143</sup> MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2008, p. 41.

<sup>144</sup> OST, François. op. cit., p. 12.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 13-15.

profunda<sup>146</sup>, as quais apontam caminhos alternativos para repensar a noção de progresso e a relação do ser humano com a natureza. O paradigma hegemônico de desenvolvimento, que traz em seu bojo o culto à técnica e à ciência, tende a nos afastar completamente de nossas raízes, levando a uma postura de irresponsabilidade e desinteresse perante a natureza, à medida que o dado – aquilo que existe independentemente de intervenção antrópica - é substituído sem mais pelo construído, inventado, e o natural cede lugar ao artificial.

A denominada crise de vínculo é, antes de mais nada, uma crise ética, uma crise de valores. A ambição e o desejo de poder da espécie humana são tão acentuados que a natureza intocada angustia, incomoda, aparenta ser um entrave ao bem-estar. O papel dos seres humanos no mundo natural e a reciprocidade existente entre a natureza e o equilíbrio psicológico ensejaram, inclusive, estudos significativos na área da psicologia e deram origem à denominada *ecopsicologia*.<sup>147</sup> Para esta vertente do saber, há uma interação de ordem sinérgica entre o bem-estar pessoal e as condições planetárias. Dessa forma, deve-se buscar o resgate do *inconsciente ecológico*, que é o centro da mente humana, sendo a sua repressão responsável por patologias individuais e coletivas típicas da sociedade industrial.

Na infância, há um encantamento natural das crianças com os elementos da natureza, o que as leva a atribuir um caráter mágico aos animais e às plantas. Porém, à medida que esses elementos passam a ser vistos como recursos ou bens, característica da sociedade moderna, a natureza se transforma em mercadoria e ocorre uma repressão do *inconsciente ecológico*. Por conseguinte, a Ecopsicologia intenta regenerar os conteúdos reprimidos desse inconsciente, qualidade inata presente na infância e que é constantemente perdida pelos adultos, sobretudo em razão do modo de vida artificial e consumista da sociedade capitalista.<sup>148</sup>

Acerca da maneira contemporânea de viver e conviver, Maturana e Zöller apontam que:

Como humanidade, nossas dificuldades atuais não se devem a que nossos conhecimentos sejam insuficientes ou a que não disponhamos das habilidades técnicas necessárias. Elas se originam de nossa perda de sensibilidade, dignidade individual e social, auto-respeito e respeito pelo outro. E, de um modo mais geral, originam-se da perda do respeito por nossa própria existência, na qual submergimos

<sup>146</sup> Sobre a perspectiva da ecologia profunda, ver: CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

<sup>147</sup> ROSZAK, Theodore. *The voice of the Earth: An exploration of Ecopsychology*. Michigan: Phanes Press, 2001. Sobre o tema, ver também: VOLPI, José Henrique. *Fundamentos epistemológicos em direção a uma ecopsicologia*. Disponível em: <<http://www.centroreichiano.com.br/artigos/teses/volpi>>. Acesso em: 01 jun. de 2013.

<sup>148</sup> ROSZAK, Theodore. *The voice of the Earth: An exploration of Ecopsychology*. Michigan: Phanes Press, 2001.

levados pelas conversações de apropriação, poder, e controle da vida e da natureza, próprias de nossa cultura patriarcal.<sup>149</sup>

Para a superação do patriarcalismo cultural, que conduz a um comportamento predatório perante a natureza, os autores realçam a importância do amar e do brincar, que reputam como um caminho hodiernamente desdenhado, à medida que nossa cultura desvaloriza as emoções em favor da razão e da racionalidade. Segundo eles, esse modo de agir nos torna culturalmente limitados para compreender os fundamentos biológicos da condição humana, porquanto "todos os domínios racionais que produzimos como seres humanos - seja qual for o domínio operacional em que ocorrem as ações que os constituem - têm um fundamento emocional".<sup>150</sup>

De fato, o comportamento patriarcal eurocêntrico e a conseqüente crise de vínculo fazem com que a natureza seja transformada em ambiente, ou seja, "simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama dono e senhor".<sup>151</sup> Na etapa seguinte, esse ambiente passa a ser reduzido a um mero reservatório de matéria-prima para a produção, "[...] antes de se tornar um depósito de resíduos".<sup>152</sup>

Vivemos o reinado da desmesura e para recuperar o elo e o sentido que nos liga à natureza, ouvir a sua voz, restabelecer o vínculo perdido, precisamos sobrepujar a relação de distanciamento e objetivação impulsionada pelo apelo técnico-científico e reaprender a contemplar e a conviver com o dado, com aquilo que independe da capacidade transformadora da espécie humana para existir.

O dado é igualmente um dom que apela, antes de mais, à passividade do acolhimento e à abertura da gratidão. Este dom, que relembra que nem tudo está disponível e é fabricável, é também condição do simbólico: uma vez que nem tudo é passível de ser dominado, abre-se um desvio onde tem origem o sentido e o trabalho de significação.

Não se trata de renunciar às conquistas civilizatórias advindas do progresso científico, mas de admitir que o dualismo cartesiano foi levado ao extremo e, por conseguinte, se impõe a busca de alternativas para o equilíbrio da vida na Terra. O Direito pode exercer um papel essencial na busca deste equilíbrio, não apenas contribuindo para o respeito em relação à natureza, mas também para evitar que avanços científicos relevantes sejam menosprezados. A trajetória da espécie humana costuma se notabilizar pela ambivalência e contradição, razão

<sup>149</sup> MATURANA, Humberto; ZÖLLER, Gerda Verden. *Amar e brincar: Fundamentos esquecidos do humano do patriarcado à democracia*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2004.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>151</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 10.

<sup>152</sup> *Ibidem*.



pela qual deve-se tentar evitar, na maior medida do possível, a bipolaridade do erro, ou seja, a negação da técnica e da ciência.

Uma análise acurada nos possibilita constatar que há uma relação dialética permanente entre o progresso e o seu contrário. Ainda assim, no entanto, se costuma enxergá-lo como algo cumulativo e linear. Vislumbra-se uma problemática complexa do progresso, no sentido de que ele comporta em si mesmo incerteza e degradação potencial e, ao mesmo tempo, traz a luta contra essa degradação. Por conseguinte, é preciso analisar de forma crítica o progresso, ou seja, “fazer um progresso na idéia de progresso”.<sup>153</sup> Nesse contexto, reconhecer a ignorância e a incerteza, bem como os limites da ciência e a sua ambivalência constitui progresso. A especialização dos saberes produz avanços científicos, entretanto, leva ao desmembramento do conhecimento e conduz à incomunicabilidade de um saber com outro. Em suma, “não se pode conceber absoluta ou alternativamente progresso e regressão, conhecimento e ignorância”.<sup>154</sup>

Dessa forma, a missão de edificar imperativos éticos em uma sociedade mundial complexa e multifacetada é inegavelmente dificultosa. Ciente desse desafio, Boff ressalta a necessidade de se buscar um consenso ético mínimo entre os humanos, o estabelecimento de um pacto, consubstanciado na “sensibilidade humanitária e na inteligência emocional, traduzidas pelo cuidado, pela responsabilidade social e ecológica, pela solidariedade generacional e pela compaixão”.<sup>155</sup> Um dos grandes referenciais da ética ocidental é o pensamento de Kant, que atribui ao homem o *status* de fim em si mesmo, mas às demais criaturas da natureza a condição de meros instrumentos, de coisas, não dotadas de valor intrínseco.<sup>156</sup> Esse modo de pensar incentiva a ideia de superioridade do homem sobre as demais criaturas e consolida o cenário ético antropocêntrico, dominado por uma suposta onipotência da racionalidade, em detrimento das emoções e do reconhecimento da alteridade e interdependência dos seres vivos. Nesse sentido, “a natureza concebida desde o parâmetro da alteridade, como relação e respeito à característica própria do outro, “real”, como o Outro, é a condição de uma eficaz relação de respeito com a natureza, base de uma ética ambiental a ser afirmada”.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 98.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>155</sup> BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 15.

<sup>156</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Coleção Os Pensadores. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 229.

<sup>157</sup> PELIZZOLI, M.L. *A emergência do paradigma ecológico: Reflexões ético-filosóficas para o século XXI*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 29.

Como forma de recriar essa relação homem-natureza e de superar o pensamento antropocêntrico-individualista de matriz kantiana, urge que o ser humano se reconheça como mais um dos elementos da natureza, e não como seu dono e possuidor, de forma que os recursos naturais e os demais representantes da vida terrestre sejam considerados como parte de um todo único e indivisível. Com efeito, o ambiente só pode ser compreendido de maneira fecunda a partir de uma perspectiva holística, que ao invés de decompor as partes do todo para examiná-las separadamente, considere a totalidade organizacional e seu dinamismo, de modo a reconhecer que a alteração de qualquer das partes acarreta, forçosamente, modificações no todo.

Nessa senda, uma reflexão ética que transcenda os paradigmas atuais deve primeiramente questionar os pilares legitimadores sobre os quais até então o agir humano esteve assentado, duvidando especialmente da fé no progresso tecnocientífico como solução para todos os problemas que afetam a humanidade. Esse pensamento encontra amparo em Edgar Morin, segundo o qual “se a modernidade é definida como fé incondicional no progresso, na tecnologia, na ciência, no desenvolvimento econômico, então esta modernidade está morta”.<sup>158</sup>

Comparato fala em um movimento de “mundialização humanista”, baseado na linguagem dos direitos humanos e em uma proposta de “um mínimo ético irreduzível”, capaz de unir ética e tecnologia em prol da dignidade transcendente da vida. Trata-se de uma proposta de reaproximação do conjunto formado pela tríade direito, moral e religião, sistemas de regulação da conduta humana opostos pelo mundo moderno. Segundo ele, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa um ponto de partida neste processo em marcha, que nega as tentativas de unificação da humanidade com base na dominação tecnológica, no poderio econômico e na força militar, tornando a nossa espécie mais consciente de sua responsabilidade no mundo.<sup>159</sup>

O desafio que se coloca, portanto, é o de pensar de acordo com uma nova racionalidade e também a partir de uma nova ética global, que permita entender o mundo como uma teia única, onde todas as ações humanas interagem com o todo e são capazes de provocar reflexos em escala planetária. Conforme Garcia,

É no acordar para a finitude dos meios em razão dos fins que a questão ecológica se esboça e se instala no seio da comunidade e do Estado, com a complexidade técnica,

---

<sup>158</sup> MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 9. ed. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, Brasília, DF: UNESCO, 2004, p. 72.

<sup>159</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 494 e ss.

a incerteza, a natureza holística e o sentido de urgência que a caracterizam. E a situação agrava-se com a consciência de que, para além de escassos, há bens degradados, outros de reprodução lenta e alguns em vias de se esgotarem, abalando a qualidade de vida presente e futura, quando não o próprio futuro.<sup>160</sup>

Com base nessa premissa, o direito igualmente se obriga a assumir novas feições. Na condição de disciplina social destinada à regulação das condutas humanas, deve não apenas contornar as tensões sociais decorrentes dessa complexidade, como também servir de espaço para induzir e legitimar postulados éticos ambientais. O gerenciamento dos riscos, a ampliação da noção de responsabilidade, os instrumentos processuais relacionados à tutela coletiva e a maior valorização dos direitos fundamentais de titularidade indefinida são exemplos de incorporação à seara jurídica de uma nova dimensão temporal trazida pela urgência da justiça ambiental. A intervenção estatal destinada a assegurar a higidez ambiental convive inevitavelmente com dúvidas e incertezas, haja vista a complexa rede de interações não facilmente previsíveis em que se insere a questão ecológica. Porém, sem a decisiva importância do direito no processo de controle da degradação ecológica poucos decidiriam individualmente adequar o seu comportamento, sacrificando-se para atender às exigências de proteção ambiental.

A angústia aumenta à medida que os problemas relacionados ao Estado Social, designadamente a distribuição de bens escassos, ainda não foi solucionada, e a problemática ecológica confronta a comunidade política com a questão dos próprios limites de sua existência. Nesse contexto, o Estado, e de modo particular o Direito, precisam trabalhar com acurada visão prospectiva, tendo em vista que os fins ambientais entram frequentemente em contradição com outros fins e tarefas estatais, exigindo um permanente diálogo com os fatos para uma adequada ponderação de interesses.

Assim, a arraigada cultura de domínio sobre os recursos naturais, que concentra nas necessidades econômicas a maior parte das exigências humanas, deve ceder espaço à solidariedade intra e intergeracional, a partir de uma compreensão mais profunda do que é preciso para o alcance do bem-viver. A sensibilidade ecológica, aliada ao fato de que os direitos sociais básicos de grande parte da população são sistematicamente violados, reclama do Estado o desenvolvimento de uma cultura de coibição do excesso, é dizer, de gestão de bens escassos, de modo a assegurar, a um só tempo, os ideais de justiça distributiva, inclusive no que tange aos riscos ambientais, e a justiça ecológica. Em suma, comunidade e Estado devem partilhar uma ética de responsabilidade, baseada no compromisso com o presente e o

---

<sup>160</sup> GARCIA. Maria da Glória F.P.D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305.

futuro, o que pressupõe, de maneira inafastável, que a lógica do desperdício seja substituída pela cultura da cooperação.

### **2.3.2 Monocultura(s) e desperdício de saberes e experiências**

No contexto atual, observa-se a prevalência de uma racionalidade guiada pela crença de que somente as grandes potências ocidentais são capazes de criar sentidos legítimos para a interpretação da realidade. Assim, são cerrados os caminhos de reflexão e ação que poderiam conduzir a um repensar da crise civilizatória. Essa forma de racionalidade, alicerçada em ideais universalistas, impõe valores hegemônicos à revelia e rechaça problematizações e a busca de alternativas para o pensar, o agir e o sentir, subjungando os potenciais de conhecimento que escapam ao modelo de economicização das relações humanas e das relações do homem com o ambiente.

A consequência prática do referido modo de pensar é o descarte e a ocultação de inúmeras formas de saber e de experiências aptas a descortinar novas perspectivas para o enfrentamento das tensões socioambientais. Noutros termos, reforça-se o processo de exclusão a partir de um referencial baseado na lógica das monoculturas, que se reflete nos mais diversos âmbitos e aprofunda a separação entre o que se entende por cultura desenvolvida e primitiva. À guisa de exemplo, pode-se citar o resultado desse modelo na esfera da produção agrícola, que se revela como um dos espaços onde a lógica da monocultura se consolidou com mais vigor, especialmente em face do objetivo de direcionar a agricultura para o atendimento das demandas dos mercados internacionais.<sup>161</sup> O conhecimento tecido em percepções sensitivas, a partir da vivência e da proximidade com os fenômenos, obtido por meio de comparações do ambiente local e observação da natureza é tido por imprestável, em razão de não gozar de legitimação científica.

Em que medida a prática da monocultura contribui para a crise socioambiental, mormente no tocante à perda da biodiversidade e uniformização dos espaços? E de que maneira se pode enfrentar o atual cenário de desperdício de saberes e experiências? Essas são as principais indagações que nortearão o caminho trilhado nas reflexões deste tópico.

Com efeito, questões que durante muito tempo foram pensadas sob a lógica de mundos especializados hoje experimentam o fenômeno da mundialização da cultura, que não raras vezes significa o atropelamento avassalador dos sentidos construídos a partir da

---

<sup>161</sup> GRAFF, Laíse; RAMMÊ, Rogério Santos. Segurança alimentar e justiça ambiental: Desafios à efetividade do direito humano à alimentação adequada. In: *Iuris Tantum*, Ano XXVII, número 23, 2012, p. 307-324.

perspectiva da diversidade. Assim, ao invés da integração salutar entre a diversidade genética, ecológica e cultural, o que se observa predominantemente é uma uniformização dos espaços para servir aos interesses do agronegócio. Conseqüentemente, ocorre um recrudescimento das tensões ligadas à luta de classes e à justiça ambiental em perspectiva distributiva, uma vez que essa uniformização reproduz a exploração, a miséria e acelera o processo de degradação ecológica, que atinge mais diretamente os grupos sociais de parca condição econômica.

Acerca das conseqüências indesejadas do processo uniformizador da globalização, que para muitos acontece à revelia e se mostra um destino inexorável, assevera Bauman:

Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam.<sup>162</sup>

Além disso, a perspectiva hegemônica de desenvolvimento carrega um forte conteúdo colonialista, uma vez que se assenta nas relações políticas e comerciais de caráter desigual que se estabelecem entre os países do Norte e do Sul. Parafraseando Eduardo Galeano, nos países de cultura marginalizada não se falam idiomas, mas dialetos, não se praticam religiões, mas superstições, não se faz arte, mas artesanato, não há cultura, mas folclore, não existem seres humanos, mas apenas recursos humanos.<sup>163</sup> Nessa senda, verifica-se que a ideia recorrente de que somente os países ditos desenvolvidos produzem significados legítimos para a realidade, porquanto se encontram em um estágio civilizatório mais avançado para onde todos os demais países devem caminhar, é responsável por reforçar o processo de exclusão e tornar invisíveis as formas de experiências sociais não hegemônicas. A crise de vínculo com a natureza, abordada no tópico anterior, também é reflexo da adoção acrítica do modelo que identifica necessária identidade entre desenvolvimento e crescimento econômico.

Boaventura Santos denomina o referido modo de pensar de "razão indolente", asseverando que essa forma de racionalidade não se exercita o suficiente para perceber a riqueza inesgotável do mundo.<sup>164</sup> O autor critica o que denomina de "monocultura do saber e do rigor", ou seja, a ideia de que o único saber legítimo é o produzido pela ciência eurocêntrica; a "monocultura do tempo linear", representada pela noção reducionista de que a história possui uma direção certa e os países ricos estão na dianteira da produção de sentidos;

<sup>162</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 8.

<sup>163</sup> GALEANO, Eduardo. *O Livro dos Abraços*. Trad. Eric Nepomuceno. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 42.

<sup>164</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 25.

"a monocultura da naturalização das diferenças", que oculta hierarquias de cunho racial, étnico e social, aprofundadas pelo sistema econômico vigente; "a monocultura da escala dominante", a qual se vincula diretamente ao universalismo e ao processo de globalização; e, por fim, a "monocultura do produtivismo capitalista", representada por uma lógica de produção que ignora o tempo de regeneração da natureza e os limites de exigência do trabalho humano.<sup>165</sup>

Para a superação desse cenário de desperdício de experiências, propõe a "ecologia dos saberes", que busca um diálogo entre o saber científico e os conhecimentos alternativos e populares; a "ecologia das temporalidades", que objetiva permitir que cada forma de sociabilidade viva em seu próprio tempo; a "ecologia da transescala", a qual tem por escopo possibilitar a articulação de ações locais, nacionais e globais; a "ecologia do reconhecimento", voltada à superação das hierarquias; e, finalmente, a "ecologia das produtividades", que consiste na valorização dos sistemas alternativos de produção da economia solidária, popular e autogestionária.<sup>166</sup>

Nessa esteira, Enrique Leff chama a atenção para a imprescindibilidade de uma reapropriação social da natureza, mediante o entrelaçamento de processos de ordem natural, tecnológica e cultural, com o escopo de orientar a ação social para a construção de uma nova racionalidade produtiva, ancorada nos potenciais culturais e ecológicos. Segundo ele, fatores extraeconômicos como as percepções culturais, os interesses sociais envolvidos, aspectos religiosos e a atribuição de significados simbólicos impedem que a natureza seja reduzida a valores e preços de mercado, sendo imperioso o manejo comunitário dos recursos naturais, que se funda na diversidade cultural e ecológica.<sup>167</sup>

Concomitantemente com a exclusão decorrente do projeto universalista da modernidade, no entanto, surgiram inúmeras reivindicações no cenário mundial baseadas em ideais multiculturalistas.<sup>168</sup> O multiculturalismo objetiva descrever a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo, as quais coexistem e se influenciam mutuamente. Sob um prisma emancipatório, isto significa reconhecer o direito à diferença e valorizar saberes

---

<sup>165</sup> Ibidem, p. 26-31.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 32-36.

<sup>167</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 65-82

<sup>168</sup> SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KRETZMANN, Carolina Giordani. Multiculturalismo e reconhecimento: em busca da emancipação dos "diferentes." In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: ed. Unijuí, 2008, p. 309.

ignorados e silenciados ao longo da história.<sup>169</sup> Exemplos significativos de lutas baseadas em ideais de interculturalidade e reapropriação social da natureza são a resistência e articulação dos índios, quilombolas e ribeirinhos contra os grandes projetos hidrelétricos e o avanço do agronegócio, bem como a batalha dos camponeses contra a monocultura do eucalipto. Consoante Löwy, "o combate por reformas ecossociais pode ser portador de uma dinâmica de mudança, de transição", estabelecendo-se um elo, "um ponto de convergência" entre movimentos sociais e movimentos ecológicos, desde que se recuse as pressões dos interesses dominantes em nome das regras do mercado e da competitividade.<sup>170</sup>

A preservação da biodiversidade pressupõe necessariamente a valorização da diversidade cultural. Conforme Junges, tratam-se de questões mutuamente implicadas, razão pela qual é necessário fazer a mediação entre sistemas ecológicos e socioculturais, de modo a conciliar a conservação da biodiversidade e o ideal de desenvolvimento econômico-social sustentável.<sup>171</sup> Prossegue o autor afirmando que a grande diversidade regional brasileira produz uma rica variedade sociocultural, de onde emergem diferentes modos de intervenção nos ecossistemas naturais. Adverte, no entanto, que toda esta riqueza sociocultural e ambiental, bem como o saber tradicional daí proveniente, estão em grave risco, em virtude da gradativa uniformização promovida pelo agronegócio. Dentro desta lógica, até mesmo a herança indígena de visão holística do ambiente e relação harmônica com a natureza cede espaço aos interesses do mercado globalizado e sua vocação uniformizadora.<sup>172</sup>

Destarte, o estabelecimento de um diálogo entre saber científico e saber popular, culturas e padrões morais hegemônicos e não-hegemônicos é a única forma pela qual as diferentes tradições poderão ressaltar suas especificidades, aspecto decisivo para a construção conjunta de sentidos e, por conseguinte, para a superação do legado de destruição ecológica que põe em risco a qualidade de vida dos seres humanos e permite até conjecturar sobre a própria existência do planeta Terra no futuro. É preciso fertilizar os campos com a valorização dos saberes e experiências tradicionais e populares, pois só assim as demandas contestatórias poderão encontrar terreno fértil para o enfrentamento das tensões socioambientais e a consecução das necessárias reformas ecossociais.

---

<sup>169</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3), p. 28.

<sup>170</sup> LÖWY, Michael. *Ecologia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2005, p. 60-61.

<sup>171</sup> JUNGUES, José Roque. *(Bio)ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 53.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 53-58.

A multiplicidade de posições jusfundamentais que envolvem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, elucidada pela noção de direito fundamental como um todo, evidencia a importância das lutas pelo reconhecimento dos interesses de diferentes grupos sociais no cenário ambiental. Trata-se de aspecto crucial para a concretização do direito fundamental em comento e, sobretudo, para que o ideal de justiça ambiental não se torne retórica vazia e utopia distante. Em outras palavras, o combate da monocultura do saber e do agir, desde uma perspectiva filosófica e ao mesmo tempo prática, revela-se como uma importante ferramenta para a superação da crise ecológica e para a construção do direito ao ambiente como um direito fundamental completo, partindo-se da premissa de que a reflexão meramente dogmática mostra-se insuficiente para este desiderato.



### 3 A DENSIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

No primeiro capítulo, foram abordadas as diferentes feições que compõem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, evidenciando-se a existência de um feixe de posições fundamentais jurídicas, que, vistas como um todo, integram um plexo de direitos e deveres ecológicos que vinculam os poderes estatais e também os particulares. No segundo capítulo, por sua vez, foram estudadas tensões de diferentes naturezas que obstaculizam a concretização do direito ao ambiente, cuja efetividade segue muito distante do que se aspira.

Nessa etapa do estudo, objetiva-se uma espécie de síntese, ainda que a partir da análise de questões não estudadas nos dois primeiros capítulos, com o escopo de fornecer instrumental teórico-argumentativo que dê suporte à densificação do conteúdo do direito fundamental em exame. Conforme se buscará demonstrar, a análise do direito ao ambiente sob o prisma de um direito fundamental completo e o estudo das tensões que desafiam a sua satisfação fornecem subsídios para se sustentar a existência de um direito subjetivo ao ambiente sadio e equilibrado. Nesse sentido, para cada uma das dimensões que conformam o direito em questão devem ser reconhecidas, *a priori*, posições jurídicas justiciáveis, de modo a possibilitar que os casos de lesão ou ameaça de lesão à integridade ambiental sejam levados ao Poder Judiciário, porquanto o direito à qualidade do ambiente deve resguardar, além dos interesses da coletividade, também uma vida saudável ao ser humano visto sob a ótica individual.

A partir desses pressupostos, far-se-á um estudo das dimensões subjetiva e objetiva do direito ao ambiente e de suas intrínsecas relações, bem como dos deveres ecológicos. De outro lado, a construção do direito ao ambiente como um todo contribui para elucidar a forma e o alcance da eficácia desse direito nas relações entre particulares. Observa-se que, no cenário atual, muitos entes privados gozam de tanto ou mais poderes que as próprias instituições estatais, seja no plano econômico, político ou científico. Nessa perspectiva, estabelecer se e em que medida os particulares estão vinculados ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado nas relações intersubjetivas é indispensável para o enfrentamento dos problemas jurídicos concretos que ameaçam a sua efetividade. Assim, o estudo se concentrará nesses aspectos, os quais se revelam como essenciais quando se propõe trilhar um percurso metodológico adequado para densificar o conteúdo do direito fundamental ao ambiente.

### 3.1 AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO DIREITO AO AMBIENTE E OS DEVERES ECOLÓGICOS

Em sua origem, o Estado de Direito caracterizou-se, especialmente, pela ênfase no princípio da legalidade, ou seja, sua missão era garantir que a Administração Pública agisse de maneira vinculada aos procedimentos previstos em lei para assim resguardar a liberdade e a igualdade, aqui entendidas em sentido exclusivamente formal. No entanto, em face da incapacidade deste modelo para dar conta das promessas do Estado Constitucional, emergiram inúmeras reivindicações que exigiam do Poder Público uma postura ativa destinada a criar os pressupostos materiais indispensáveis para a fruição das liberdades insculpidas nos textos constitucionais. Nesse cenário, as teorias dos direitos fundamentais então vigentes tiveram que ser profundamente reformuladas, sendo agregados principalmente novos elementos acerca das dimensões e efeitos dos direitos fundamentais. Essas transformações começaram a ganhar fôlego no segundo pós guerra e, desde então, os direitos fundamentais, incluindo os clássicos direitos de defesa, devem ser vistos de acordo com os fins da comunidade como um todo, e não apenas conforme os interesses do indivíduo titular do direito e a respectiva posição jurídica perante o Estado.

Com arrimo nesse pressuposto, o Tribunal Constitucional Alemão, no célebre caso Lüth, cuja sentença é de 1958, reconheceu que os direitos fundamentais compõem um sistema objetivo de valores, que irradia efeitos por todos os âmbitos do Direito, iluminando a jurisdição, a administração e a legislação, de modo que nenhuma disposição, aí incluídas as relacionadas ao Direito Privado, pode contrariá-los e todas elas devem ser interpretadas conforme o espírito dos direitos fundamentais.<sup>173</sup> Daí advém a afirmação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que apresenta singular relevância na esfera do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista a sua natureza de direito transindividual.

Na literatura especializada, destaca-se basicamente três aspectos centrais que concernem à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Primeiramente, a denominada eficácia negativa das normas de direitos fundamentais, já trabalhada no primeiro capítulo quando se tratou do direito à não supressão de posições jurídicas. Traduz-se pela circunstância de que aquilo que é outorgado ao indivíduo em termos de liberdade para agir é objetivamente

---

<sup>173</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104-107; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 263-278.

retirado da esfera de disponibilidade do Estado, independentemente de o particular exigir ou não em Juízo o respeito ao seu direito.<sup>174</sup>

O caráter de normas de competência negativa atribuída pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais é primordial para justificar a proibição de retrocesso ambiental (vide cap. I) e, ademais, cumpre função importante no controle abstrato de constitucionalidade das normas, visto que os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CF) podem propô-la independentemente da reivindicação dos particulares diretamente afetados. Trata-se de questão relevante no tocante ao direito ao ambiente, pois a democracia deve respeitar a prerrogativa individual do cidadão de permanecer inerte ante aos fatos e, em se tratando de ambiente, o prejuízo causado a um gera efeitos sobre toda a coletividade. Assim, o exercício do autocontrole pelos diferentes órgãos do Estado cumpre papel crucial na proteção ecológica.

Um segundo aspecto a ser ressaltado no que se refere à dimensão objetiva diz respeito à eficácia irradiante dos direitos fundamentais.<sup>175</sup> Denominada no direito alemão de *Drittwirkung*, impõe que os direitos fundamentais guiem a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional pelos poderes estatais, os quais estão a eles vinculados formal e materialmente. O vínculo específico do Judiciário se manifesta mais especificamente por meio da aplicação das denominadas cláusulas gerais, como a boa-fé e a função social do contrato, as quais apresentam conteúdo e conceito indeterminados e tocam parcelas da liberdade tuteladas pelos direitos fundamentais.<sup>176</sup> A regra da *interpretação conforme os direitos fundamentais*, desenvolvida originalmente na Alemanha, vêm sendo recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, significando que em face de diversas interpretações possíveis de uma norma de caráter infraconstitucional, deve o aplicador do direito optar por aquela que melhor se ajusta à tutela dos direitos fundamentais.

Essa dogmática jurídica surgiu acompanhada por uma metáfora: a metáfora de feixes de luz (*Lichtausstrahlung*) que irromperiam os limites do direito constitucional, penetrando no direito privado por entre frestas (*Einbruchstellen*) que seriam abertas por cláusulas gerais, cuja interpretação, necessariamente integrativa, deveria levar em consideração os "valores" constitucionais, no caso os direitos fundamentais. Sua luz alcançaria, desse modo, todo o ordenamento jurídico. Por isso, o direito privado deveria ser interpretado à luz dos direitos fundamentais.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>176</sup> MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 101-102.

Um terceiro consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais concerne ao dever estatal de proteção desses direitos, o que exige do Estado que atue ativamente para evitar violações aos direitos fundamentais perpetradas por particulares.<sup>178</sup> No primeiro capítulo, tratamos do dever estatal de tutela sob o ângulo da dimensão subjetiva, ou seja, como um direito à proteção do ambiente. Dimoulis e Martins observam que o exercício do dever estatal de tutela exige intervenção preventiva, de modo a evitar que o conflito ou a ameaça impeçam a fruição do direito fundamental, porquanto a concretização da violação pode ter consequências irreversíveis - como é frequente nos danos ambientais - e, além disso, podem ocorrer situações em que uma ameaça se torna incontrolável, como na hipótese de "desdobramentos imprevisíveis de processos tecnológicos".<sup>179</sup>

De outro lado, os referidos autores realçam o problema ocasionado pela dificuldade em se aferir o cumprimento do dever estatal de proteção, haja vista a impossibilidade de se estabelecer um parâmetro seguro para definir a partir de que momento uma omissão, sobretudo legislativa, é inconstitucional. De acordo com eles, a figura da proibição de insuficiência (*Untermassverbot*), criada por Canaris, não consegue exercer adequadamente esse papel, pois se o legislador dispõe de diversas maneiras de dar cumprimento ao dever estatal de tutela e não é possível delimitar a intensidade estritamente necessária para tanto, logo definir de qual meio se valerá o Estado está no campo da discricionariedade legislativa.<sup>180</sup> Em relação ao direito ao ambiente, o alcance do dever estatal de proteção e, mais que isso, de um direito subjetivo à proteção, conforme defendido neste trabalho, é determinado diretamente pelo próprio significado e necessidade de tutela do bem jurídico protegido em face dos interesses que militam em sentido contrário.

Ainda no âmbito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Andrade trata das denominadas "garantias institucionais", representadas pela imposição de deveres às entidades públicas, com o escopo primordial de promover a dignidade da pessoa humana, mas que não investem os indivíduos de quaisquer posições subjetivas, configurando "deveres sem direitos."<sup>181</sup> Exemplo de garantia institucional em nossa constituição é a autonomia universitária, prevista no art. 207. Nesse sentido, as normas de eficácia meramente objetiva são normas vinculantes que impõem deveres, limitando a liberdade de conformação do legislador e proibindo a afetação do núcleo essencial do bem jurídico protegido. Associadas

---

<sup>178</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 121.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 128-131.

às garantias institucionais estão as regras atinentes à organização e ao procedimento, as quais também recebem intensa irradiação normativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e são essenciais para a concretização do direito ao ambiente, conforme vimos no primeiro capítulo.

Portanto, o conceito de dimensão objetiva dos direitos fundamentais é um tanto elástico e abrangente, sendo mister evitar que o seu conteúdo acabe por se sobrepor e deslegitimar a ideia de direito subjetivo, é dizer, direitos historicamente conquistados não devem ser transformados em apenas deveres objetivos de conduta. O uso indiscriminado e meramente retórico da concepção de dupla função - objetiva e subjetiva - dos direitos fundamentais transformou o conceito em um coringa a que se recorre nas mais variadas situações de emergência, "um joker no jogo da ciência jurídico-constitucional",<sup>182</sup> e, em razão disso, é preciso delimitar adequadamente o elo que liga a dimensão objetiva à subjetiva dos direitos fundamentais.

A norma do art. 225 da Constituição Federal apresenta uma dimensão objetiva bastante latente, uma vez que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações. Desse modo, cria-se um conjunto de deveres ecológicos que devem ser obrigatoriamente observados pelo Estado e pelos particulares. Ademais, a norma constitucional em comento, por meio de sua função objetiva, possibilita que sejam declaradas inconstitucionais tanto eventuais leis que contrariem o seu espírito quanto omissões estatais que comprometam a proteção do bem jurídico tutelado.

Nessa perspectiva, constata-se uma forte vinculação entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os deveres fundamentais, de ainda incipiente desenvolvimento doutrinário, à medida que as teorias dos direitos fundamentais começaram a ganhar corpo, sobretudo, sob a égide do Estado Liberal, em um momento histórico de afirmação dos valores individuais em face do poder estatal e consequente primazia da ideia de direitos subjetivos sobre a noção de deveres, sejam eles autônomos ou correlatos. Evidentemente, não é o objetivo do presente estudo construir uma teoria geral dos deveres fundamentais, mas tão somente trazer algumas contribuições para o reconhecimento de deveres ecológicos a partir da norma insculpida no art. 225 da Constituição Federal.

---

<sup>181</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 142-145.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 114.

Com efeito, da necessidade de "moderar o excessivo individualismo", causador de profundas desigualdades sociais e dificultador do exercício de uma liberdade substancial e não apenas formal, acentua-se gradativamente a valorização dos deveres fundamentais.<sup>183</sup> Andrade ressalta que há deveres fundamentais dos cidadãos que decorrem da própria natureza humana, constituindo um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos, intimamente associados à interdependência social e que sequer precisam ser escritos para serem observados.<sup>184</sup> Para além disso, há um dever jurídico e não somente moral de respeito aos valores constitucionais, os quais consagram, ao menos em tese, os interesses e valores essenciais da comunidade. A sociedade contemporânea é profundamente marcada pela desigualdade econômica e social, por via de consequência, a ideia de responsabilidade comunitária dos indivíduos precisa ser reforçada, conforme salientado nas reflexões éticas do capítulo anterior. Logo, os deveres nada mais são que explicitações de valores comunitários.

Sarlet e Fensterseifer sustentam que os deveres fundamentais estão conectados à "dimensão comunitária ou social" da dignidade da pessoa humana, o que exige uma releitura do conteúdo normativo do direito à liberdade, de modo a conformá-la com a igualdade e a vinculação social do indivíduo.<sup>185</sup> Conforme os autores, o Estado Constitucional contemporâneo caracteriza-se como "uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade", o que é evidenciado no próprio texto da Constituição Federal.<sup>186</sup>

Portanto, a concepção de deveres fundamentais não deve estar ligada à uma hipertrofia estatal, mas, ao revés, à uma ampliação da responsabilidade dos cidadãos, de modo que se crie um dever de solidariedade capaz de sobrepujar a clássica imunidade dos particulares à incidência dos direitos fundamentais. Também deve ser evitada a anulação ou funcionalização dos direitos fundamentais atrelados a deveres, ou seja, a alteração do significado e da estrutura dos direitos a partir da ideia de deveres associados não pode fazer com que os direitos fundamentais sejam simplesmente postos a serviço de finalidades coletivas, sob pena de desnaturar a sua própria razão de existir.

Considerando o significado do ambiente ecologicamente equilibrado para toda a coletividade, o fortalecimento jurídico-normativo de um conjunto de deveres ecológicos deduzidos diretamente do texto constitucional afigura-se primordial para a concretização do

---

<sup>183</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 59.

<sup>184</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 167.

<sup>185</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

direito fundamental em análise, porquanto o deslocamento da questão para o terreno dos deveres permite que a comunidade tome consciência da necessidade de contribuir ativamente com os poderes públicos para a salvaguarda da higidez ambiental, indo além das fronteiras do individualismo que nos conduziram, juntamente com outros fatores, ao acentuado nível de degradação ecológica hoje observado. O ser humano ecologicamente situado e inserido é figura central naquilo que Andrade denomina de "direitos de solidariedade", os quais incluem uma dimensão essencial de "deverosidade".<sup>187</sup> Conforme o autor, os direitos de solidariedade, categoria em que se inscreve o direito ao ambiente:

São, na perspectiva histórica, direitos de uma quarta categoria, visto que não são basicamente direitos de defesa, nem direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles. São direitos circulares, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, bens comunitários que respeitam a todos - e aliás, não só a todos os vivos, mas ainda aos elementos das *gerações futuras*, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade.<sup>188</sup>

Assim, os direitos de solidariedade são direitos-deveres, nos quais parte do encargo de proteção é atribuído à esfera jurídica dos particulares, até mesmo porque os efeitos de eventual dano causado ao ambiente por um particular voltam-se, necessariamente, também contra ele, dado que afetam a coletividade como um todo. Trata-se do que Nabais denomina de "direitos com efeito boomerang".<sup>189</sup>

No que se refere ao regime jurídico-constitucional dos deveres ecológicos no contexto brasileiro, o art. 225 da CF os consagra de maneira expressa, ao impor não apenas ao Poder Público, mas também à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações. Com arrimo neste enunciado normativo, Sarlet e Fensterseifer sustentam a existência de uma cláusula geral, que dá azo a um "dever fundamental geral de proteção do ambiente".<sup>190</sup>

Portanto, embora o § 1º do art. 225 traga um elenco de deveres de proteção que vinculam apenas o Estado, o *caput* do artigo é categórico em atribuir deveres também aos particulares. Nesse sentido, as alterações na linguagem dos direitos fundamentais à luz, especialmente, de uma nova concepção global de dignidade da pessoa humana - sem adentrar aqui na questão do possível reconhecimento de dignidade aos seres não-humanos -

<sup>187</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 65-65.

<sup>189</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 124.

impulsionou uma complexificação e densificação da noção de dever fundamental. Novais aponta que, para além dos tradicionais deveres de respeito e proteção, surgiu juntamente com a recepção dos direitos sociais nas constituições "[...] um novo dever geral de *promoção* dos direitos fundamentais consentâneo com a posição interventiva do Estado Social de Direito" (grifo nosso).<sup>191</sup>

A perspectiva de direito ao ambiente como um direito fundamental completo elucidou a sua faceta defensiva e a sua faceta prestacional. Esclareceu, ainda, que no âmbito de sua dimensão prestacional se reconhece direito à proteção, direito à organização e ao procedimento e direito a prestações fáticas. Pois bem, a partir de tal compreensão pode-se extrair da norma do art. 225 da CF deveres ecológicos de abstenção (natureza defensiva) e também deveres de agir, fazer (natureza prestacional). Na classificação tripartite proposta por Novais, a qual se amolda ao direito ao ambiente como um todo, teríamos deveres de *respeito*, de *proteção* e de *promoção*.<sup>192</sup>

O dever de *respeitar*, que se relaciona essencialmente com a dimensão defensiva do direito ao ambiente, vincula de forma imediata o Estado e os particulares, uma vez que se traduz em um dever geral de não interferência indevida na esfera da integridade ambiental. Nesse sentido, o art. 225, § 3º, estabelece que as condutas e atividades lesivas ao ambiente sujeitam os infratores, *pessoas físicas ou jurídicas*, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O dever de *proteger* os direitos fundamentais, por sua vez, que nos parece vincular, desde um ponto de vista jurídico, somente o Poder Público, exige do Estado que aja de modo a repelir as agressões à natureza causadas por particulares ou até mesmo por outros Estados soberanos. Além disso, o dever de proteção do ambiente impõe à Administração Pública que gerencie satisfatoriamente os riscos provenientes da manipulação tecnológica, das catástrofes naturais e, de modo geral, das atividades que carregam perigo intrínseco à higidez ambiental ou de consequências incertas para os bens constitucionalmente protegidos relacionados ao direito fundamental ao ambiente.

O dever de proteção do ambiente se realiza essencialmente mediante atuação positiva do Estado, conforme já ressaltado quando da análise do direito à proteção. Dessa forma, quando se atinge um determinando *standard* de proteção, nasce para o particular a pretensão

---

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

<sup>191</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, 2010, p. 257.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 257-269.



de não diminuição ou supressão do nível de proteção alcançado. Assim, cria-se para o Estado, simultaneamente, um dever de respeitar aquilo que já foi conquistado em termos de proteção do bem jusfundamentalmente resguardado. Como resultado, é lícito afirmar que o dever de proteger guarda intrínseca relação com o dever de respeitar, o que é uma peculiaridade da ideia de direito fundamental completo, haja vista que as dimensões não podem ser vistas de maneira estanque, isto é, há uma relação de complementaridade entre elas. Por fim, não é supérfluo afirmar que o dever de proteção se realiza mediante prestações fáticas e prestações normativas, sendo que as últimas criam os pressupostos normativos que respaldam a atuação fática.

O dever de *promoção* do direito ao ambiente corresponde à parcela do dever geral ecológico mais próxima dos deveres relacionados à garantia dos direitos sociais. Trata-se da imposição de um agir positivo para melhorar as condições do ambiente e remover obstáculos que impeçam a fruição de um ambiente sadio e equilibrado, o que é particularmente relevante frente ao alarmante grau de esgotamento dos recursos naturais. Esse dever vincula juridicamente e de maneira precípua o Estado. Porém, também os particulares, em que pese com diferente matiz no cotejo com a vinculação estatal, podem ser diretamente obrigados por intermédio de um dever de promoção ambiental.

Continuando na linha de raciocínio da complementaridade entre as diferentes dimensões de direito e dever que compõem o direito fundamental ao ambiente, o particular que descumprir o dever de respeitar o ambiente (dimensão defensiva) pode ser compelido, por exemplo, a recuperar a área degradada, com o fito de reparar o dano ecológico causado. Neste caso, um dever de respeitar inicial se transforma em um dever de promoção. Sob ângulo inverso, no âmbito do dever de promoção igualmente surge de forma automática um imediato e correlato dever de respeito, no aspecto de vedação de retrocesso, a partir do momento em que se realiza a prestação fática satisfatória do direito.

Os exemplos cristalizam, uma vez mais, que os deveres ecológicos e, convém salientar, todos os deveres relacionados aos direitos fundamentais, se conectam e se tocam amiúde, tornando impossível uma rígida classificação e separação entre eles. No entanto, a divisão teórica formulada por Novais entre deveres de respeito, proteção e promoção se revela como uma ferramenta analítica fecunda para a compreensão da abrangência dos deveres ecológicos.

Na esteira da tendência atual de crescente valorização dos deveres fundamentais na seara dos textos legais, a Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC (Lei nº 12.187/2009) preconiza, em seu art. 3º, I, que "todos têm o dever de atuar, em benefício das

presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático". O enunciado normativo telado repete a fórmula constitucional "todos têm o dever", reconhecendo ser imprescindível para a salvaguarda do ambiente a imposição de deveres também aos atores privados. Outrossim, reitera também a preocupação já manifestada em sede constitucional com os interesses das gerações futuras, intentando conferir eficácia normativa aos princípios da solidariedade intergeracional e do desenvolvimento sustentável.

A (in)existência de um dever jurídico específico em relação às gerações futuras é um tema que ainda carece de maior aprofundamento na literatura especializada, assim como a questão dos deveres ambientais concernentes aos animais não-humanos e à natureza como um todo. À primeira vista, nos parece frágil o argumento largamente utilizado de que não se pode ter um dever propriamente dito em face de quem não é titular de direitos. De toda sorte, deixa-se a indagação sem resposta, enaltecendo a importância da abertura do sistema jurídico a novos valores e questionamentos que desafiam o Direito a questionar as próprias bases sobre as quais assenta a sua legitimidade. Nesse ponto reside uma das maiores contribuições do Direito Ambiental enquanto ramo do saber jurídico.

Foi referido que o direito ao ambiente é um direito de solidariedade e como tal um direito-dever. Nessa lógica, a existência de deveres ecológicos não surge de forma autônoma e, por conseguinte, já se tem um indicativo da existência de uma dimensão subjetiva do direito ao ambiente. Poder-se-ia dizer, noutras palavras, que a dimensão subjetiva do direito ao ambiente já está implícita pela ideia de direito-dever. Nesse sentido, o caráter subjetivo representa uma propriedade adicional da norma de carga objetiva, ou seja, toda norma de direito fundamental faz parte da já explicitada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Borowski assevera que "lo característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales".<sup>193</sup> Na esteira da lição de Alexy, o autor sustenta que um direito subjetivo não é conceitualmente nem uma vontade e, tampouco, um interesse protegido, consistindo, em realidade, em uma posição jurídica, o que significa, grosso modo, ter um direito a obter alguma coisa em face de alguém. Posições jurídicas se referem, portanto, a relações normativas que se estabelecem entre pessoas ou entre ações e pessoas.

Em linhas gerais, o conceito genérico fornecido pelo autor permite uma primeira aproximação do que se quer dizer quando se fala em dimensão subjetiva do direito

---

<sup>193</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 42.

fundamental. Borowski ressalta que os direitos subjetivos são necessariamente exigíveis perante os tribunais, ao passo que nos direitos desprovidos do elemento subjetivo a justiciabilidade é uma propriedade conceitualmente contingente.<sup>194</sup> Assevera, ainda, que em caso de dúvida deve se partir do pressuposto que o direito fundamental representa um direito subjetivo<sup>195</sup>, havendo uma presunção nesse sentido.

Portanto, os direitos subjetivos investem os seus titulares na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa de seus direitos. Consoante Andrade, trata-se, em sentido amplo, de "posição jurídica subjectiva activa ou de vantagem", que implica "um *poder* ou uma *faculdade* para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular".<sup>196</sup> Assim, o autor caracteriza os direitos subjetivos fundamentais como posições jurídicas subjetivas de natureza *individual, universal, fundamental e permanente*.<sup>197</sup>

A questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais já encontra, ainda que muito mais no plano teórico que prático, algum nível de consenso em favor da sindicabilidade dos direitos prestacionais, embora a racionalização deste processo ainda esteja distante.<sup>198</sup> Esse desenvolvimento doutrinário contribui para a sustentação de uma dimensão subjetiva do direito ao ambiente, haja vista a sua semelhança com os direitos sociais em muitos aspectos, dado o seu forte componente prestacional.

Os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores essenciais e, por conseguinte, não se pode fixar "uma cláusula fechada no reconhecimento de novos direitos impostos pela necessidade de desenvolvimento e aperfeiçoamento constitucionais".<sup>199</sup> Nessa esteira, a consolidação de um direito subjetivo ao ambiente sadio e equilibrado é, antes de mais nada, uma exigência trazida pelas radicais mudanças impulsionadas pela sociedade industrial, que ao transformar os recursos naturais com velocidade e magnitude jamais imaginadas, provocou um legado de destruição ecológica que torna a problemática ambiental uma verdadeira emergência.

---

<sup>194</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 46.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>196</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 117-119.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 120-135.

<sup>198</sup> Sobre o tema, em especial: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>199</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: 2006, p. 153-154.

É a partir do reconhecimento da função central da posição jurídica subjetiva referente ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado na norma do art. 225 da CF que deve se organizar, na esfera jurídico-estrutural, o conjunto de deveres ecológicos acima explicitado, designadamente os deveres de respeitar, proteger e promover o equilíbrio e a higidez ambiental.<sup>200</sup> Isso porque o direito à qualidade do ambiente, apesar de contar com a presença constante de interesse supra-individual, objetiva igualmente a proteção da qualidade de vida do homem visto sob a ótica da individualidade. Nesse quadrante, a lesão ao ambiente atinge simultaneamente a coletividade e algum indivíduo ou grupo de indivíduos determinados ou determináveis, motivo pelo qual não se pode aceitar a objeção à subjetividade do direito ao ambiente com base no fato de que se trata de direito de titularidade indeterminada.

Com efeito, o que é exigível para o exercício do direito subjetivo é a determinabilidade do sujeito e não a individualização sempre prévia dos legitimados. Ademais, trata-se de um aspecto eminentemente adjetivo e não substantivo, que pode ser resolvido na seara processual, sem que com isso se possa retirar do direito ao ambiente a sua propriedade subjetiva.

A determinabilidade parece ser requisito essencial, e o fundamental é que, em um primeiro momento, seja o direito atribuído a todos universalmente, e, em um segundo momento, no da concretização do comando normativo, atribuído àqueles que possam ser determinados de acordo com as categorias processuais que fazem de tais indivíduos legítimos para o manuseio de um direito subjetivo em ação judicial.<sup>201</sup>

À primeira vista pode parecer que a norma do art. 225 da CF configura tão somente um fim e tarefa do Estado e da comunidade, tendo carga meramente objetiva. A locução do *caput* " [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo [...]" conduz, em uma leitura apressada, a essa conclusão. As normas-tarefa e normas-fim não asseguram posições jurídicas subjetivas, mas se constituem em normas objetivamente vinculantes, que subtraem à disponibilidade dos poderes estatais a decisão sobre a tutela ou não do direito.<sup>202</sup> Isto é, na hipótese em análise haveria um dever de salvaguarda do ambiente e não uma faculdade, mas sem a atribuição de um correspondente direito subjetivo fundamental.

No entanto, a afastar a conclusão de que se trata de norma de caráter meramente objetivo, o próprio enunciado normativo do art. 225 refere que "[...] Todos têm *direito* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado". A existência de um direito subjetivo

---

<sup>200</sup> Como relevante contraponto à subjetivização do direito ao ambiente: GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 13 e ss.

<sup>201</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao ambiente: Da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

fundamental e não apenas de deveres ecológicos é reforçada pelo disposto no § 1º do aduzido dispositivo, o qual estabelece deveres de proteção ao Poder Público, o fazendo "para assegurar a efetividade *desse direito* [...]". Destarte, nos parece que uma leitura acurada do âmbito léxico do enunciado normativo elucida a existência de um direito-dever ou, noutros termos, de deveres associados a um direito subjetivo fundamental. Nesse contexto, impõe-se indagar quais as prováveis vantagens que uma norma garantidora de direito subjetivo fundamental ao ambiente proporciona na comparação com uma norma configuradora apenas de tarefas e fins a serem colimados pelo Estado e, eventualmente, por atores privados.

Canotilho sustenta que a resposta a esse questionamento é o primeiro argumento a favor do reconhecimento de um autêntico direito ao ambiente. Para o autor, "só o reconhecimento de um direito subjectivo ao ambiente permitirá, em termos jurídico-constitucionais, recortar o ambiente como *bem jurídico autónomo*, não dissolvido na proteção de outros bens constitucionalmente relevantes".<sup>203</sup> De fato, reduzir a questão ecológica a uma tarefa estatal sem a possibilidade de se reivindicar perante os tribunais lesão ou ameaça de lesão ao direito significa outorgar ao ambiente um papel secundário na dinâmica dos direitos fundamentais. Dessa forma, a missão constitucional de garantir um ambiente sadio e equilibrado ficaria pulverizada e perdida no âmbito de proteção de outros direitos fundamentais relacionados ao direito ao ambiente, como o direito à vida, à saúde e à moradia. Consequentemente, para se tomar a norma do art. 225 da CF a sério nos parece indispensável o reconhecimento de um direito subjetivo fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

A ausência de uma dimensão subjetiva do direito ao ambiente impediria que eventuais prejudicados no plano concreto ajuizassem demandas judiciais com base na norma do art. 225 da CF. O descumprimento dos deveres impostos no dispositivo constitucional somente poderiam ser apreciados pelo Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, seja por ação ou omissão. Inexistindo titulares de direitos constitucionais ambientais, restaria buscar eventual reparação por via oblíqua, é dizer, por meios assegurados na legislação infraconstitucional, como os direitos de vizinhança. Nesse diapasão, mostra-se evidente que atribuir carga meramente objetiva à norma do art. 225 provoca a erosão normativa do preceito constitucional.

---

<sup>202</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 183.

O próprio grau de esgotamento dos recursos naturais exige um tratamento autônomo para o direito ao ambiente, com o fito de recrudescer a sua proteção. Nesse particular, argumentos pragmáticos e empíricos devem ser levados em conta na justificação do direito ao ambiente como direito subjetivo, porquanto o propósito perquirido é justamente a máxima eficácia e efetividade do direito fundamental. Assim, a questão em pauta não deve ser encarada como um mero exercício especulativo-filosófico, mas sim como um aspecto decisivo para que a dogmática jurídica possa dar conta de contribuir para mitigar a poluição e evitar, na maior medida do possível, novos danos e catástrofes ambientais.

A complexidade estrutural do direito ao ambiente, que decorre diretamente de sua natureza de direito fundamental completo, realça que ao se falar de um direito subjetivo ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado não se pode cogitar de um singular poder ou pretensão jurídica unidimensional. Trata-se de um feixe multifacetado de posições de diferentes alcances, que podem atingir, ainda que em medida diversa, os poderes estatais e os particulares na condição de sujeitos passivos.

Nessa senda, o direito subjetivo ao ambiente é, a um só tempo, um direito de liberdade, um direito de participação e um direito social, o que significa dizer que envolve um complexo heterogêneo de todas estas prerrogativas. Daí porque se enquadra em uma outra categoria, a dos direitos de solidariedade, conforme fica evidenciado pela sua natureza de direito como um todo, fio condutor do presente trabalho. No bojo de seu âmbito normativo constam traços típicos dos direitos de liberdade, especialmente pela possibilidade de se exigir do Estado e de outros particulares que se abstenham de praticar atividades ambientalmente lesivas, bem como características marcantes dos direitos de cunho prestacional, à medida que se confere ao titular o poder de exigir ou pretender medidas fáticas e normativas destinadas à fruição do ambiente equilibrado, o que inclui também a participação nos procedimentos relevantes para o ambiente, inclusive no que se refere à formação da vontade estatal.

Portanto, a cada uma das facetas do direito ao ambiente explicitadas no primeiro capítulo deve corresponder, em linha de princípio, uma posição jurídica subjetiva que atribua a possibilidade de se exigir perante os tribunais o cumprimento do comando inserto no art. 225 da CF. A lógica se aplica também aos deveres de proteção do Estado, aos quais deve estar correlato um direito subjetivo de exigir o respectivo cumprimento.

Canotilho ressalva que uma pretensão pretatória do particular à proteção do ambiente pressupõe a definição dos contornos precisos do conteúdo da prestação ambiental e, ademais, exige uma nítida individualização das medidas necessárias, adequadas e proporcionais para a satisfação da pretensão. Além disso, refere que tais pretensões tem por

desígnio a tutela de interesses supra-individuais que não se coadunam com a noção de direito subjetivo individual ao ambiente.<sup>204</sup> Em que pese a relevância da argumentação expendida, que guarda o mérito de explicitar as dificuldades de se reconhecer o direito a prestações derivadas originariamente das normas constitucionais, entendemos que a advertência diz respeito mais à etapa da concretização do comando normativo que propriamente do reconhecimento de um direito subjetivo a prestações. Outrossim, há diversas situações em que é possível individualizar os sujeitos mais diretamente prejudicados e também a prestação necessária para, por exemplo, viabilizar a recuperação de área degradada, despoluir corpo hídrico, regularizar o sistema de saneamento básico e de coleta de lixo em determinada região ou local.

De toda sorte, em se tratando de um direito formado por um feixe de posições jusfundamentais, o fato de que uma determinada posição dependa, forçosamente, de atuação regulamentadora estatal para ser satisfeita não implica no afastamento do caráter subjetivo do direito como um todo e no prejuízo à aplicação imediata de outras posições jurídicas que lhe conformam. Aliás, essa parece ser a melhor interpretação para o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina expressamente que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".<sup>205</sup>

Destarte, ainda que se concordasse com a ressalva de Canotilho, subsistiria um direito subjetivo ao ambiente ecologicamente equilibrado em perspectiva defensiva, como um direito de liberdade. A posição jusfundamental subjetiva relacionada à exigência de não interferência indevida na esfera da integridade ambiental dispensa atuação regulamentadora estatal, uma vez que se esgota em um não agir, em uma abstenção.

De outro lado, na hipótese de dúvida se uma norma de direito fundamental atribui ou não um direito subjetivo, deve ser estabelecida uma presunção de subjetividade, visto que o escopo da norma de direito fundamental é proteger um bem jurídico de valor essencial da forma mais eficaz possível. Por conseguinte, a resposta para a indagação se uma norma de direito fundamental deve ser concebida apenas em termos objetivos ou também em sua faceta subjetiva deve ser buscada não somente na inclinação demonstrada pelo texto constitucional, mas sobretudo na possibilidade de se encontrar razões suficientemente fortes para que não se

---

<sup>204</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 188-189.

<sup>205</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113-130.

possa falar de um direito subjetivo.<sup>206</sup> No caso do direito ao ambiente, nos parece que não há motivos robustos para afastar a sua subjetividade, especialmente considerando o complexo de posições jurídicas que dele se extrai. É que ainda que determinada posição jurídica não assuma a forma de um direito subjetivo, nada impede que as demais sejam albergadas por esse atributo.

Por fim, cumpre realçar que as dimensões objetiva e subjetiva do direito ao ambiente são complementares, exercendo influência recíproca. Todavia, na hipótese de conflito entre elas, o que apesar de improvável é possível, entendemos que a dimensão objetiva, diretamente ligada aos deveres ecológicos, deve prevalecer, haja vista o maior peso do interesse supra-individual na salvaguarda do bem jurídico integridade ambiental.

Analisadas as dimensões objetiva e subjetiva do direito ao ambiente, bem como os deveres ecológicos fundamentais, passa-se a seguir ao exame da eficácia do direito ao ambiente nas relações entre os particulares, iniciando-se por um panorama do tema a ser abordado.

## 3.2 A EFICÁCIA DO DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

### 3.2.1 Um breve panorama sobre o tema

Os direitos fundamentais foram concebidos, desde uma perspectiva histórica, como direitos cujos efeitos se produzem exclusivamente nas relações estabelecidas entre os particulares de um lado e o Estado de outro. No entanto, é hoje indubitável que, não raras vezes, são os próprios particulares que representam a maior ameaça à concretização dos direitos fundamentais, mormente em virtude do fato de que muitos atores privados reúnem até mais poderes que as próprias instituições estatais, o que abrange as esferas econômica, social, científica e política.

Dessa forma, a visão clássica dos direitos fundamentais como direitos oponíveis apenas ao Estado já não é suficiente para dar conta do compromisso com a máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais. Nesse contexto, releva examinar algumas particularidades concernentes ao modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações

---

<sup>206</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao ambiente: Da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49.



interprivadas, à medida que não se mostra possível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares, notadamente porque nesta apenas uma das partes é titular de direitos fundamentais, enquanto que no âmbito da eficácia entre particulares ambos os polos da relação são compostos por titulares de direitos fundamentais.<sup>207</sup> O exame da questão pressupõe o enfrentamento da complexa, tensa e dialética relação entre as normas constitucionais e a autonomia privada.

Em outras palavras, a análise do efeito horizontal dos direitos fundamentais exige um especial esforço hermenêutico, pois se já é tarefa árdua justificar e fixar os limites de intervenções estatais em âmbitos resguardados pelas normas constitucionais, mais problemático ainda é fundamentar tais intervenções no palco das relações entre particulares, nas quais ocorre um conflito entre legitimados a reivindicar a proteção dos direitos fundamentais.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas começou a ganhar corpo a partir da década de 50 do século XX, expressando um fenômeno estudado especialmente na Alemanha, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte* - efeito dos direitos fundamentais frente a terceiros -, e ganhou impulso decisivo a partir de decisões do Tribunal Federal do Trabalho alemão, sob a batuta de Nipperdey, e da repercussão da paradigmática decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth<sup>208</sup>, que configura o grande referencial para a construção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, trabalhada no tópico anterior deste estudo.

O fato de a temática ter sido inicialmente concebida e desenvolvida pela doutrina alemã não é obra do acaso. Além do elevado rigor científico dos estudos constitucionais naquele país, o mais decisivo foi a experiência nacional-socialista, uma vez que o cerceamento da liberdade dos particulares durante a ditadura, inclusive por organizações privadas, como o partido nazista e suas agremiações, fez com que se priorizasse maximamente a proteção dos direitos fundamentais, despertando a atenção também para o fato de que atores privados podem ser tão ameaçadores quanto o próprio Estado.<sup>209</sup>

A desigualdade de poder cristaliza a possibilidade de um particular restringir direitos fundamentais de outro mais vulnerável. Essa constatação, que de certo modo é evidente, exige

---

<sup>207</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

<sup>208</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-32.

<sup>209</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais - construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-41.

resposta satisfatória do Direito, razão pela qual os instrumentos legais de tutela dos hipossuficientes vêm forjando maior espaço nos debates da literatura especializada e, especialmente, maior incidência prática no tocante à sua aplicação pelos tribunais. Exemplos desses instrumentos legais são o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Os exemplos ilustram que, via de regra, quanto maior for o poder econômico e social de uma das partes em uma relação privada mais intensa deve ser a influência dos direitos fundamentais. Essa assimetria deve ser verificada à luz do próprio caso concreto e não de maneira estanque e abstrata. Duque elenca algumas hipóteses interessantes que revelam com toda a nitidez a complexidade do tema ora abordado e os constantes desafios que impõe aos aplicadores do direito.

Um contrato privado pode impedir: que uma parte renuncie à participação em competições de lutas esportivas? que uma parte se comprometa em não contrair matrimônio? Pode o participante de uma conversa efetuar gravação do teor da conversa sem que a outra parte tenha conhecimento? Um pai pode proibir que um filho exerça uma determinada formação profissional? Um locador pode recusar locatários de uma determinada raça, credo ou sexo? Em que medida um testador pode privilegiar determinados legatários em detrimento de outros? Um médico pode ser compelido a efetuar um aborto terapêutico, mesmo quando a sua convicção religiosa ou moral fale contra tal prática? Um trabalhador de uma religião que veta o trabalho aos sábados pode ser compelido a trabalhar nesse dia?<sup>210</sup>

As referidas hipóteses elucidam as enormes dificuldades de se encontrar soluções claras e uniformes para o problema, o que sequer deve ser almejado, já que as possibilidades de conflitos entre particulares envolvendo direitos fundamentais são virtualmente infinitas. Assim, o que se deve buscar são caminhos a serem percorridos para uma melhor compreensão da questão e, conseqüentemente, aplicação mais justa das normas jurídicas aos casos que se apresentam.

É inegável que as normas constitucionais que atribuem direitos fundamentais ganham densidade se operarem também no âmbito das relações interprivadas. Nesse quadrante, verifica-se um certo consenso em torno do fato de que os direitos fundamentais produzem algum tipo de efeito no campo das relações entre particulares. Ubillos aponta que "son pocos los autores que niegan la relevancia de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho Privado".<sup>211</sup> O autor ressalva, no entanto, que ainda assim há quem considere inútil a discussão acerca da fórmula da *Drittwirkung*, por pensar que as ameaças provenientes dos

---

<sup>210</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais: Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

particulares podem ser inteiramente contempladas na legislação infraconstitucional, notadamente civil e penal.<sup>212</sup> Contudo, a solução nos parece demasiado simplista, pois olvida a influência recíproca que permeia a relação dinâmica e dialética entre o Direito Privado e a Constituição. Além disso, o acirramento das ameaças aos direitos fundamentais exige que o Estado atue efetivamente para coibir agressões causadas por particulares, o que enobrece a discussão sobre a eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais.

Desse modo, assentada a premissa de que os direitos fundamentais são constantemente violados por particulares, mormente em países historicamente marcados por perversos contrastes econômicos, sociais e culturais, como é o caso do Brasil, a questão relativa ao *se* de uma eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares deve ficar desde logo superada, não se vislumbrando objeções suficientemente fortes para afastar essa incidência.<sup>213</sup>

Apesar de um quase consenso em relação ao *se* de uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais, o mesmo não se pode dizer acerca do modo como os efeitos se produzem. A intensidade e a maneira pela qual se operam as consequências da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é questão por demais nebulosa. Com efeito, debate-se intensamente se os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta às relações entre particulares ou se a sua eficácia está condicionada à uma mediação do legislador de direito privado e dos tribunais, consistente em reinterpretar o direito infraconstitucional conforme os direitos fundamentais. Colocando o problema noutros termos: se é verdadeiro que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, de que forma ocorre essa vinculação e qual é a sua extensão?

Para indicar possíveis respostas a esse questionamento, pertinente uma breve digressão sobre o núcleo de raciocínio das teorias da eficácia mediata - indireta - e da eficácia imediata - direta - dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 183.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo. A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 122.

<sup>214</sup> Para maiores detalhes, ver, dentre outros: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 66-106; STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 136-185; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais: Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 102-383.

A teoria da eficácia mediata, embora sustentada sob diferentes gradações, caracteriza-se por defender precipuamente que as normas de direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares por meio de mecanismos típicos do direito privado. Noutros termos, a interpretação e a aplicação desses direitos não se opera *ex constitutione*, sendo indispensável a mediação concretizadora do legislador ordinário e, subsidiariamente, dos juízes e tribunais, designadamente com a utilização das chamadas cláusulas gerais, – boa-fé, ordem pública, fins sociais do direito etc. – que servem como meio hábil para a irradiação dos direitos fundamentais na esfera privada. Portanto, para essa teoria os direitos fundamentais apresentam-se como uma ordem objetiva de valores e não como direitos subjetivos no tocante às relações interindividuais.

A teoria da eficácia imediata - que também se apresenta com diferentes matizações - propõe, em síntese, a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, isto é, podem e devem ser deduzidos direitos e deveres diretamente das normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais. A eficácia de tais direitos não depende da mediação concretizadora dos poderes legislativo e executivo.

As teorias apresentadas acima, em suas características mais genéricas, servem como uma moldura, um tipo ideal. A partir dessas noções elementares, oportuno salientar que há inúmeras construções teóricas e modelos propostos para a solução da problemática da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, inclusive os que aceitam ambas as teorias, as quais incidem em maior ou menor grau a depender das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, é perfeitamente viável a defesa simultânea de ambas as teorias, uma vez que não são necessariamente excludentes.

Alexy sugere que um dos maiores problemas dos modelos de fundamentações dos efeitos dos direitos fundamentais entre particulares é justamente a pretensão de completude, uma vez que nenhum deles se mostra capaz de fornecer critérios suficientes para a elucidação completa do fenômeno.<sup>215</sup> Assim, propõe o que denomina de "um modelo em três níveis para os efeitos perante terceiros".

De acordo com essa proposta, faz-se necessário reunir elementos de todos os tradicionais modelos de construção: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados. No nível do dever estatal, o cerne é a ordem objetiva de valores, tendo em vista que é dever do Estado respeitar esses valores tanto no âmbito da legislação infraconstitucional quanto na aplicação judicial do direito, já que tais

---

<sup>215</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 533.

valores têm validade espreada por todo o ordenamento jurídico. Aqui se revela a teoria da eficácia mediata. No nível dos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros, o aspecto principal é o direito à proteção, cuja violação é verificada quando o Estado não evita a infringência do direito de um particular por outro. Por fim, o terceiro nível é o da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas, desdobramento da teoria da eficácia imediata. Na visão do autor, entretanto, o aplicador do direito está vinculado, ao menos *prima facie*, às normas de direito civil vigentes e, por conseguinte, para se afastar delas em nome da primazia dos direitos fundamentais assume um ônus argumentativo de alta densidade.<sup>216</sup>

Nesse quadrante, Steinmetz adota como premissas elementares para justificar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais o princípio da supremacia constitucional, a dignidade da pessoa humana e a posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.<sup>217</sup> Com arrimo na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, parte do pressuposto de que essa categoria de direitos e a autonomia privada carregam a estrutura de princípios e, conseqüentemente, são mandamentos de otimização. Assim, seria possível estabelecer relações de precedência condicionada entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, a partir do princípio da proporcionalidade e seus requisitos – necessidade, adequação e, sobretudo, proporcionalidade em sentido estrito - mediante o cumprimento de um ônus argumentativo. Trata-se do método da ponderação de bens aplicado na seara da eficácia interprivada dos direitos fundamentais, que se apresenta na visão do autor, em última análise, como um problema de colisão de direitos fundamentais.<sup>218</sup>

Virgílio Afonso da Silva entende que a definição de hipóteses em que a autonomia privada deve ter primazia é correta, entretanto, não se relaciona para esse desiderato o nível de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. Conseqüentemente, não se pode, em seu sentir, se falar em sopesamento.<sup>219</sup> O autor sugere um modelo ancorado no conceito de “princípios formais”, que não são normas de conduta, mas de validade, e fornecem subsídios ao aplicador do direito para decidir sobre a validade e incidência de uma determinada norma, sem com isso fazer qualquer referência ao seu conteúdo. Nessa linha de raciocínio, sustenta que a autonomia privada é o princípio

---

<sup>216</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 533-542.

<sup>217</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23-24.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 202 e ss.

<sup>219</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 154-155.

formal "[...] que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido".<sup>220</sup>

Assevera que a reconstrução da problemática das interações dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por intermédio da concepção de princípios formais cristaliza a tensão a ser enfrentada, visto que os direitos fundamentais, como princípios de natureza material, limitam a autonomia privada, ao passo que o princípio formal exerce força em sentido oposto, justamente para que seja viável assegurar a autonomia mesmo nos casos em que há direitos fundamentais diretamente envolvidos.<sup>221</sup>

Sarmiento, a seu turno, dá ênfase à dicotomia simetria/assimetria entre as partes como critério basilar da tese que advoga. Assim, entende que quanto maior a desigualdade fática existente entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental. Ao revés, diante das situações de igualdade material os direitos fundamentais tendem a ser mais restringidos. O autor ainda complementa o raciocínio com outra variável, que é a noção de essencialidade dos bens objeto da relação.<sup>222</sup>

Marcelo Duque, por sua vez, sustenta que a construção teórica que melhor fundamenta uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é aquela focalizada em uma convergência na interpretação do Direito Civil em relação à Constituição. Conforme o autor, a falta ou insuficiência de comunicação entre os âmbitos que compõem o ordenamento jurídico produz contradições e perda da efetividade dos direitos fundamentais. Conseqüentemente, todos os âmbitos jurídicos devem convergir para a Constituição, que é o centro do ordenamento jurídico e norte interpretativo capaz de conferir unidade ao sistema.<sup>223</sup> Trata-se de uma unidade de sentido de interpretação, que, na visão do autor, é mais profícua que o chamado fenômeno da constitucionalização do direito privado, no qual afirma ocorrer, em muitos casos, a desconsideração do direito ordinário para garantir a supremacia da constituição, infringindo princípios basilares do ordenamento jurídico e atentando contra a própria razão que sustenta essa supremacia, ou seja, o objetivo de conferir efetividade aos comandos constitucionais. Como se verifica, o autor defende um modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

<sup>220</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 148-149.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>222</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 309 e ss.

Na esteira da tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, Cannaris desenvolveu a doutrina dos deveres de proteção do Estado, segundo a qual os poderes públicos encontram-se vinculados aos direitos fundamentais de maneira dúplice: constituem eles, a um só tempo, proibições de intervenção e imperativos de tutela, que obrigam o Estado a agir dentro dos limites impostos pela proibição de excesso e de insuficiência.<sup>224</sup>

Nesse contexto, todos os poderes estatais, em especial o Judiciário, devem não apenas interpretar as normas de direito privado conforme os direitos fundamentais, mas também contribuir para o desenvolvimento autônomo do direito de modo consentâneo com estes, dada a natureza intrinsecamente lacunosa das codificações de direito privado. Neuner, ao comentar a influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão, corrobora a doutrina dos deveres de proteção do Estado, asseverando que, a partir dela, "deixa-se adequadamente manejar, no plano do direito privado, sobretudo a questão social e, ao mesmo tempo, a jurisprudência dos valores é posta, no plano jurídico-filosófico, sobre um fundamento democrático".<sup>225</sup>

Bilbao Ubillos se mostra mais favorável à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.<sup>226</sup> Para ele, a análise dos conflitos reais que se apresentam acerca da matéria conduzem a essa aceitação, sem olvidar todas as diferentes matizações, modulações e cautelas que são necessárias para tanto. Afirma que para se tomar a sério a força normativa da Constituição não se pode negar, a priori, a possibilidade de eficácia imediata, especialmente porque a tutela derivada diretamente do texto constitucional permite que sejam colmatadas as lacunas da regulação infraconstitucional.

O autor frisa, porém, que as noções de eficácia direta e indireta não são excludentes, mas complementares. Isto porque admitir a eficácia imediata dos direitos fundamentais não significa subestimar o efeito irradiante desses direitos. Ao revés, o ideal é que os direitos fundamentais já estejam contemplados na própria norma de direito privado, hipótese que torna o efeito direto em princípio desnecessário. Desse modo, quando a mediação legislativa não

---

<sup>223</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais - construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 388-405.

<sup>224</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 75-128.

<sup>225</sup> NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 235.

<sup>226</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 183.

ocorre é que se mostra primordial a aplicação direta das normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais.

Ingo Sarlet igualmente defende uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, ao menos no quadro jurídico-constitucional brasileiro. O autor adota como pressuposto elementar o art. 5º, § 1º, da CF, dispositivo que preconiza a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Assenta que "[...] ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual".<sup>227</sup> Nessa perspectiva, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais deve ser compreendido como um mandado de otimização, é dizer, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais não se submete à lógica do tudo ou nada, variando conforme as possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentam.<sup>228</sup>

Destarte, não se pode olvidar que as peculiaridades de cada ordem constitucional são relevantes para se estabelecer o modo e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Assim, afigura-se indispensável recorrer ao próprio texto constitucional para a construção de soluções à problemática. Além disso, as particularidades de cada um dos direitos fundamentais e do respectivo âmbito de tutela não possibilitam critérios uniformes no tocante à intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse sentido, embora os parâmetros e modelos gerais sirvam como norte, cada direito fundamental exige uma análise e construção específica para o estabelecimento do *se e em que medida* no que se refere à sua eficácia na esfera das relações entre os atores privados.

Em face desta constatação, no próximo tópico serão propostas algumas reflexões destinadas a elucidar de que forma e em que medida os particulares estão vinculados ao direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado nas relações que estabelecem entre si. O pressuposto para a construção será o exame do feixe de posições jusfundamentais que compreende o direito ao ambiente e as possíveis diferenciações de vinculação em relação à cada uma das dimensões que compõem o aludido direito fundamental.

---

<sup>227</sup> SARLET, Ingo. A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 133.



### 3.2.2 Dimensões defensiva e prestacional do direito ao ambiente e eficácia entre particulares

Foi visto anteriormente que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado se reveste de uma faceta negativa e de outra positiva, reunindo um complexo conjunto de posições jusfundamentais e deveres ecológicos que vinculam os órgãos estatais e, com diferentes matizações, também os particulares. Assim, o presente tópico será dedicado à fixação dos contornos da incidência do direito fundamental em estudo nas relações estabelecidas entre atores privados.

As reflexões havidas por ocasião do exame da dimensão objetiva do direito ao ambiente servem de ponto de partida para justificar a sua eficácia horizontal. Conforme assinalado, a norma do art. 225 da CF impõe não apenas ao Poder Público, mas também à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações. Como resultado, brota um conjunto de deveres de cunho ecológico que vinculam também os particulares, inclusive nas relações que estes estabelecem entre si. Com efeito, extrai-se da norma constitucional atributiva do direito fundamental ao ambiente um dever ecológico de natureza defensiva, que implica na obrigatoriedade de abstenção, de um não fazer, e também deveres de caráter prestacional que, ao revés, impõe juridicamente um agir, um fazer. Na útil classificação tripartite proposta por Novais e adotada neste estudo, em razão de sua adequação à ideia de direito ao ambiente como um todo, deveres de *respeito* (dimensão defensiva), de *proteção* e de *promoção* (dimensão prestacional).<sup>229</sup>

Nessa senda, explicitou-se, ainda, que o direito ao ambiente é um direito-dever, que se amolda à categoria dos direitos de solidariedade, nos quais parcela do ônus de tutela do direito exorbita do campo estatal e adentra na esfera jurídica dos particulares, especialmente porque os efeitos dos danos ambientais provocados por determinado ator privado atingem, forçosamente, também o próprio causador do dano, à medida que afetam a coletividade como um todo, de maneira a configurar um efeito *boomerang*. Cumpre destacar que o fato de determinados sujeitos serem mais diretamente prejudicados não exclui o prejuízo geral e indivisível decorrente da ação.

Ademais, afirmou-se que a existência de deveres ecológicos ligados ao direito ao ambiente não devem servir para a imputação de todas as condutas danosas ao Estado, como se

---

<sup>228</sup> Ibidem.

<sup>229</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, 2010, p. 257-269.

este fosse uma divindade onipresente. Antes pelo contrário, a partir da concepção de deveres fundamentais, gênero que abrange a categoria dos deveres de caráter ambiental, busca-se ampliar a seara de responsabilidade dos cidadãos, com o escopo de ir além da anacrônica e arraigada tese da imunidade dos particulares à incidência dos direitos fundamentais. A preocupante situação de degradação ecológica e o desconcerto socioambiental de nosso tempo são também reflexos do estado letárgico da sociedade, que espera de forma apática que os poderes estatais solucionem, num passe de mágica, as graves e complexas crises hoje enfrentadas. No contexto dos deveres ecológicos, se projeta implicitamente a dimensão normativa da solidariedade, que se traduz em uma exigência de cooperação do ser humano no âmbito das relações intersubjetivas traçadas.

Para fundamentar a vinculação dos particulares ao direito ao ambiente, soma-se a essas razões o fato de que as relações interprivadas são amiúde marcadas pela desigualdade social, cultural e econômica, o que acarreta evidente desequilíbrio entre as partes e uma circunstância de verticalidade tão cristalina quanto a encontrada no bojo da relação entre o Estado e os particulares. Daí porque não se mostra adequada, do ponto de vista do rigor terminológico, a expressão eficácia horizontal, uma vez que a horizontalidade nem sempre está presente. Consideramos, entretanto, que dada a sua tradição ela serve ainda assim ao que se pretende, ou seja, diferenciar a relação entre particulares da relação entre estes e o Estado.

Com efeito, em poucos âmbitos os poderes econômico, político e científico têm tanta influência quanto no campo das questões ecológicas. O próprio imperativo de desenvolvimento sustentável emerge da tentativa de conciliação de dois elementos historicamente antitéticos na dialética do desenvolvimento: o crescimento econômico e a preservação ambiental. Nesse sentido, a ação dos atores privados é o fator decisivo para a perpetuação de tal antítese, porquanto a obsessão por lucros e a tendência à produção ilimitada da dinâmica capitalista são, em grande medida, responsáveis pela crise ambiental hoje enfrentada. Aliás, ressaltar essa circunstância já deveria ser considerado um truísmo. Portanto, é inegável que as relações de poder que provocam consequências funestas ao ambiente se estabelecem também, e quiçá primordialmente, nas relações interindividuais, sobretudo em virtude da dependência econômica dos atores sociais menos privilegiados.

Com base nessas considerações, já se tem fortes indicativos da eficácia do direito ao ambiente nas relações entre particulares. Deve-se acrescentar a elas, entretanto, outros pontos de apoio argumentativo que corroboram a tese defendida. Nessa senda, sobreleva ressaltar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, como um corolário da posição preferencial dos direitos fundamentais no quadro jurídico-constitucional

brasileiro; o princípio da supremacia da Constituição; a imprescindibilidade de incorporação de uma dimensão ecológica ao conteúdo normativo do princípio da dignidade humana; a garantia de um mínimo existencial ecológico; e, ainda, o princípio da solidariedade.

O princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º da CF, significa, em uma primeira aproximação, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais representam, *prima facie*, posições jurídicas justiciáveis de aplicação direta e autônoma. Assim, já se afasta a interpretação de que se trata de normas meramente programáticas ou que simplesmente ordenam a elaboração de outras normas.

Noutras palavras, "[...] com esse dispositivo, a Constituição impõe que os direitos e as garantias fundamentais sejam respeitados, protegidos e realizados 'aqui e agora'."<sup>230</sup> A questão da delimitação do sentido e alcance do dispositivo constitucional não será objeto de análise, bastando para os propósitos do trabalho dizer que a posição preferencial dos direitos fundamentais impõe a sua incidência nas relações entre particulares, uma vez que os atores privados também ameaçam a sua concretização e a Constituição pretendeu, como se verifica à luz desta norma, tomar os direitos fundamentais a sério.

O enunciado normativo em comento traduz, ademais, "uma explicitação do princípio da constitucionalidade"<sup>231</sup>, segundo o qual a validade dos atos estatais depende de sua congruência com o conteúdo da Constituição. Acerca da supremacia da Constituição, Paulo Bonavides leciona que é ela a lei das leis, "a *lex legum*", ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.<sup>232</sup>

A Constituição brasileira postula ser uma estrutura normativa elementar não apenas das relações intra-estatais e das relações entre Estado e atores privados, mas da coletividade como um todo, regulando igualmente os âmbitos nos quais se desenvolvem as relações entre particulares. Consequentemente, a eficácia jurídica das normas de direitos fundamentais não está forçosamente condicionada à mediação do legislador infraconstitucional.<sup>233</sup>

A supremacia da Constituição se revela, sobretudo, na técnica do controle de constitucionalidade e nas limitações ao Poder Constituinte derivado. Nesse quadrante, consoante já referido, utiliza-se a cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, de nossa Carta

---

<sup>230</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121.

<sup>231</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 206.

<sup>232</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 296.

<sup>233</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103-104.

Magna para atribuir o *status* de direito fundamental ao direito ao ambiente. Assim, é cediço que ele está também inserido no rol das cláusulas pétreas da CF. Em suma, a Constituição encontra-se no topo da pirâmide normativa, orientando a atuação dos poderes estatais e também as relações entre particulares.

De outra banda, em razão da própria historicidade dos direitos fundamentais, há um percurso evolutivo que não pode ser ignorado no que se refere ao conteúdo formador do princípio da dignidade humana, erigido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. Desse modo, a partir do reconhecimento de que uma vida saudável depende diretamente do equilíbrio ambiental, deve ser incorporada uma dimensão ecológica à dignidade humana, assim como outrora os direitos sociais passaram a integrar o seu conteúdo, juntamente com os direitos de liberdade. Nesse sentido:

O conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente (onde o ser humano vive, mora, trabalha, estuda, pratica lazer, bem como o que ele come, veste, etc.). A vida e a saúde humanas (ou como refere o caput do artigo 225 da Constituição Federal, conjugando tais valores, *a sadia qualidade de vida*) só são possíveis, dentro dos padrões mínimos exigidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da existência humana, num ambiente natural onde haja qualidade ambiental da água que se bebe, dos alimentos que se comem, do solo onde se planta, do ar que se respira, da paisagem que se vê, do patrimônio histórico e cultural que se contempla, do som que se escuta, entre outras manifestações da dimensão ambiental.<sup>234</sup> (grifo no original).

A visão não reducionista da dignidade humana, consubstanciada em uma compreensão mais profunda das conquistas sócio-históricas que impulsionaram a consagração dos direitos humanos, permite sejam dela extraídos novos significados, consentâneos com as necessidades contemporâneas. Não se pode olvidar que o conceito de dignidade humana é, em sua origem, antropocêntrico, uma vez que reconduzido ao pensamento filosófico de Kant.<sup>235</sup> No entanto, às conquistas do Estado Liberal e do Estado Social mostra-se imprescindível agregar o aspecto ecológico, dentro de uma lógica evolutiva que, se não observada, tornaria o princípio e fundamento da República Federativa do Brasil inócuo no contexto atual.

O mínimo existencial ecológico, por sua vez, já foi objeto de análise (item 2.1.1). Dessa forma, a fim de se evitar tautologia, basta referir que a garantia de um patamar mínimo de qualidade ambiental restaria gravemente ameaçada sem o reconhecimento da eficácia do direito ao ambiente na arena das relações interindividuais.

---

<sup>234</sup> FENSTERSEIFER. Tiago. *Direitos fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

<sup>235</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Coleção Os Pensadores. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 229.

O princípio e dever de solidariedade é o fundamento axiológico do direito ao ambiente, o qual, inclusive, se classifica como um direito de solidariedade, de acordo com a perspectiva já abordada. Representa, antes de mais nada, o rompimento com o paradigma liberal clássico, que se notabiliza pelo individualismo jurídico e, no que se refere à temática ecológica, pelo antropocentrismo. As demandas da sociedade contemporânea exigem uma noção de direitos fundamentais socialmente contextualizada. Por conseguinte, torna-se imperioso que os seres humanos ajam de forma comunitariamente vinculada, não egoísta, adotando postura responsável para a consecução não apenas dos interesses individuais, mas também coletivos.

Nesse cenário, os indivíduos devem tolerar restrições na esfera dos seus direitos fundamentais, com o escopo de salvaguardar bens e interesses de matriz comunitária. Trata-se de mais um reflexo do que se entende por dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Aqui, não é supérfluo ressaltar, uma vez mais, que nas hipóteses de tensão os direitos individuais não podem ser, pura e simplesmente, funcionalizados aos interesses coletivos. O propósito é a inserção social e comunitária dos indivíduos, jamais o atropelamento das liberdades historicamente conquistadas e consolidadas.

O princípio da solidariedade foi positivado no art. 3º, I, da CF, constituindo um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. O imperativo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária vincula o Estado a realizar prestações fáticas e normativas para o bem-viver da população em geral. Para além disso, o princípio em apreço também repercute nas relações intersubjetivas, ainda que de maneira menos intensa.

Tanto é verdade que não apenas o Estado é destinatário do dever de solidariedade que a CF preconiza, por exemplo, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205); no mesmo sentido, a família e a sociedade têm o dever, juntamente com o Estado, de amparar as pessoas idosas, de modo a salvaguardar sua dignidade e bem-estar (art. 230). Ocorre que o dever de solidariedade não se limita aos direitos sociais, exercendo relevante papel na garantia de um ambiente sadio e equilibrado. Daí porquê o art. 225 impõe à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações, o que consolida a exigência de compromisso dos particulares com a solidariedade intra e intergeracional.

Nessa senda, já começa a ganhar aceitação, inclusive, a tese de uma dignidade para além da vida humana e correspondente dever de solidariedade e respeito pelo valor intrínseco da natureza. Benjamin assevera que a consagração constitucional do dever de preservação e

restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I) exemplifica o gradativo abandono da rigidez antropocêntrica que caracterizou a tutela ambiental, abrindo espaço para uma visão biocêntrica ou ecocêntrica, capaz de contemplar a totalidade da vida e de suas bases.<sup>236</sup> A constituição do Equador, por exemplo, preceitua em seu art. 71 que: "A natureza ou *pachamama*, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos." Dessa forma, reconhece os direitos da natureza e estabelece que qualquer pessoa pode reivindicar em Juízo o seu cumprimento, ainda que não tenha sido afetado de forma imediata.

Destarte, seria necessário um tratado para explorar com profundidade o aspecto normativo do princípio da solidariedade. Assim, as questões acima pontuadas são suficientes para contemplar o corte epistêmico-metodológico deste estudo e explicitar as razões de sua invocação como um dos pressupostos que fundamentam a eficácia do direito ao ambiente nas relações entre particulares.

Com espeque nessas premissas e na noção de direito ao ambiente como um direito fundamental completo, ficam estabelecidos, a nosso juízo, os fundamentos primordiais para justificar a incidência do direito ao ambiente nas relações interprivadas. Nessa perspectiva, um litígio entre particulares pode ter como causa de pedir remota a norma insculpida no art. 225 da CF ou, noutras palavras, o direito fundamental ao ambiente não é apenas um direito subjetivo público, porquanto pode ser invocado também por um particular prejudicado em face de outro que infringe o bem jurídico constitucionalmente tutelado, seja ele pessoa física ou jurídica.

O direito fundamental ao ambiente pode servir como fundamento jurídico para os casos em que não há legislação infraconstitucional específica e também para as hipóteses em que essa se mostra insuficiente para resguardar o conteúdo essencial do direito fundamental. De acordo com o desenvolvido ao longo do trabalho, a natureza de mandamento de otimização do direito ao ambiente exige que ele seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. A compreensão da já desenvolvida função contramajoritária dos direitos fundamentais, com o reconhecimento de uma esfera do inegociável, intangível, no tocante ao direito ao ambiente, é crucial para que se descortine o

---

<sup>236</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

real propósito e as vantagens de se fundamentar pretensões jurídicas com base, exclusivamente, na norma formulada no art. 225 da CF.

As normas de natureza ambiental ainda são vistas por muitos como um injustificável entrave à usualmente defendida necessidade de crescimento econômico, um obstáculo a ser superado para o alcance do desenvolvimento. Consequentemente, dada a forte possibilidade de pressões políticas acarretarem retrocessos ou vazios legislativos propositais no campo dos processos ecológicos, não se pode permitir que a tutela ambiental fique à mercê, invariavelmente, da mediação do legislador infraconstitucional.

Malgrado se possa objetar que para essas situações se dispõe da técnica do controle de constitucionalidade, consideramos indispensável franquear aos particulares maiores possibilidades de exigir o cumprimento dos deveres ambientais por parte dos demais, até mesmo para incentivar um senso ético de responsabilidade individual. Outrossim, pelas razões já expostas, essa parece ser também a vontade da Constituição, mormente por ter consagrado um direito subjetivo fundamental ao ambiente e um conjunto de deveres ecológicos de que são destinatários também os particulares.

Para avançar na compreensão do fenômeno da eficácia do direito ao ambiente nas relações interprivadas e delimitar os seus contornos, imperioso diferenciar os efeitos em face das dimensões defensiva e prestacional que lhe compõe. Foi extensamente desenvolvido no primeiro capítulo deste estudo que o direito ao ambiente se apresenta como um feixe de posições jusfundamentais, de caráter definitivo e não definitivo, revestindo-se de uma dimensão negativa e outra positiva.

Desse modo, extrai-se da dimensão defensiva do direito ao ambiente, em linhas gerais, a proibição de intervenções indevidas no campo da integridade ambiental. Em relação à essa faceta do direito fundamental, vislumbra-se um dever geral de respeito que vincula de forma direta os particulares, inclusive no âmbito das relações intersubjetivas. Sob outra ótica, o particular tem direito subjetivo a exigir de outros atores privados, pessoas físicas e jurídicas, a abstenção da prática de quaisquer condutas que importem em danos à segurança e ao equilíbrio ambiental.

Lado a lado com o aspecto coletivo do direito fundamental ao ambiente e indissociavelmente deste, verifica-se a coexistência de uma parcela individual que se manifesta em relação aos indivíduos diretamente prejudicados, permitindo seja buscada a imediata reparação ou cessação da atividade lesiva, ainda que perpetrada por outros particulares, igualmente titulares de direitos fundamentais.

Para esclarecer melhor a questão, oportuno trazer à baila um singelo exemplo prático: o transporte de produtos químicos por embarcação representa ameaça à natureza, e eventual acidente acarreta danos ao bem jurídico integridade ambiental, afetando a coletividade como um todo. Ao mesmo tempo, porém, importa em uma ameaça direta ao patrimônio jurídico individual dos moradores da linha de percurso do veículo transportador, os quais podem sofrer consequências danosas, à guisa de exemplo, relacionadas à saúde, à atividade econômica, à paisagem local de que usufruem etc.

Assim, na hipótese em comento, sem prejuízo de ações de natureza coletiva, deve ser reconhecida a legitimidade dos prejudicados para recorrer ao judiciário com fulcro no direito fundamental ao ambiente, até mesmo para que a proteção do direito em apreço não acabe dissolvida em meio a outros bens e interesses juridicamente tutelados. Outro exemplo elucidativo é a possibilidade de um particular exigir de outro, em Juízo, a cessação de conduta causadora de poluição sonora. Nos parece claro que tanto o direito subjetivo para o exercício de tal pretensão quanto o dever de cessar a atividade poluidora podem ser extraídos diretamente *ex constitutione*, independentemente das repercussões da questão na arena dos direitos de vizinhança.

Portanto, no que concerne à forma e o alcance da eficácia do direito ao ambiente nas relações entre particulares, tem-se, em se tratando de sua perspectiva defensiva, eficácia direta, ao menos *prima facie*. Consoante explicitado no tópico de estudo anterior, a eficácia imediata se caracteriza pela possibilidade de serem deduzidos direitos e deveres diretamente das normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais, tal como ocorre em relação à faceta negativa do direito ao ambiente.

De fato, constata-se a existência de posição subjetiva justificável vinculada ao dever de respeito ao ambiente, que permite sejam levados ao Poder Judiciário os casos de infringência desse dever, tanto se a conduta ilícita for praticada pelos entes estatais quanto pelos particulares. Embora os órgãos estatais se encontrem mais ampla e intensamente vinculados aos direitos fundamentais – o que se verifica também em relação ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado – não há razões fortes para afastar a eficácia imediata entre particulares no que tange à proibição de condutas e atividades lesivas ao ambiente. A eficácia vertical do direito em questão precisa ser complementada pela eficácia horizontal, no sentido de que, a um só tempo, incumbe ao Poder Público proteger o ambiente, e aos particulares, nas suas relações, não o violarem.

Tiago Fensterseifer, que aborda a inversão do ônus da prova em procedimentos judiciais e administrativos relacionados com a temática ambiental como uma projeção da



eficácia do direito ao ambiente nas relações interprivadas, se posiciona em favor da vinculação imediata dos particulares nas relações que estabelecem entre si, inclusive no que se refere à face prestacional do direito ao ambiente:

[...] é conferido ao particular o direito ou posição jurídica subjetiva de exigir a abstenção (perspectiva defensiva) de particulares de ingerência no âmbito de proteção do seu direito fundamental ao ambiente, bem como pode exigir conduta positiva (perspectiva prestacional) dos atores privados diretamente responsáveis pela violação ao seu direito fundamental, com fundamento simultaneamente nos deveres fundamentais ambientais e na eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente nas relações entre particulares.<sup>237</sup>

Em suma, em se tratando do dever ecológico de respeito ao ambiente, que implica um dever geral de abstenção de interferência prejudicial na esfera da integridade ambiental, não é decisiva, em linha de princípio, a mediação do Poder Legislativo e da Administração Pública para dar concretude ao comando constitucional inserto no art. 225.

Contudo, no tocante à perspectiva prestacional do direito ao ambiente e os correlatos deveres ecológicos de promoção e proteção, que impõe juridicamente um agir, uma conduta positiva, entende-se que a solução deve ser distinta.

O dever ecológico de proteção do ambiente é missão precípua do Estado, porquanto não se pode exigir dos particulares, do ponto de vista jurídico, que ajam no sentido de repelir as agressões à natureza causadas por outros atores privados. No máximo, pode-se falar em um dever moral de colaboração na fiscalização do resguardo da integridade ambiental. Com efeito, a renúncia ao direito de autotutela é um pressuposto do próprio Estado de Direito.

Seguindo na dimensão prestacional do direito ao ambiente, surge uma questão dotada de maior complexidade, qual seja, saber se a Constituição confere diretamente ao particular a posição jurídica subjetiva de exigir de outro ator privado o cumprimento de um dever de promoção do direito ao ambiente. À primeira vista, a resposta parece ser negativa. Nesse caso, a vinculação dos particulares se dá, *prima facie*, de maneira mediata, indireta.

O motivo principal para a eficácia ser, em linha de princípio, apenas indireta, é o fato de que o cumprimento do dever de promoção do direito ao ambiente impõe, via de regra, um ônus material para os destinatários.<sup>238</sup> Sendo assim, torna-se imprescindível a mediação estatal para a concretização do dever ecológico de promoção pelos particulares, especialmente por intermédio do desenvolvimento legislativo. À medida que a Constituição não elenca, e nem seria viável que o fizesse, o rol de ações exigíveis dos particulares, fica impossibilitado

---

<sup>237</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 252.

<sup>238</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 285.

ao Judiciário fazê-lo a partir do texto constitucional. Note-se que, nesse particular, a situação é substancialmente distinta da perspectiva defensiva, na qual basta o cumprimento de um dever geral de respeito pelo particular, sendo tal dever extraído diretamente da Carta Constitucional, que não precisa, por óbvio, enumerar hipóteses nas quais a abstenção se impõe.

É lícito afirmar, por conseguinte, que o dever de melhorar as condições dos processos ecológicos e remover obstáculos que impeçam a fruição de um ambiente sadio e equilibrado se dirige precipuamente aos poderes públicos. No entanto, de acordo com o afirmado quando do exame dos deveres ecológicos, não há uma separação estanque entre as diferentes dimensões de direito e dever que compõem o direito fundamental ao ambiente. Nesse contexto, o particular que não respeitar o dever de abstenção de intervenção indevida que lhe incumbe, pode ser compelido, independentemente de legislação infraconstitucional, a reparar o dano causado. Como resultado, o particular lesado passa a ter a possibilidade de exigir do agressor uma conduta positiva, uma prestação - cumprimento do dever de promoção - para, por exemplo, restabelecer o *status quo ante* ou, caso seja impossível, promover medidas mitigadoras do impacto ambiental causado.

Utilizando o mesmo exemplo do transporte de produtos químicos por embarcação, em caso de acidente o particular responsável pelo dano poderia vir a ser obrigado, por intermédio de ação com base na norma do art. 225 da CF ajuizada por prejudicado, a recuperar a área degradada, mediante a adoção de medidas prestacionais para despoluir o corpo hídrico afetado, por exemplo. Dessa forma, do descumprimento do dever constitucional de respeito pode emergir um dever de promoção extraído da norma constitucional.

Ademais, quando a Administração Pública estabelece condutas a serem observadas por atores privados e estes descumprem o exigido, vindo a afetar outros particulares no que tange ao direito ao ambiente - por exemplo, em razão da inobservância de requisitos fixados na licença de operação concedida no curso de procedimento de licenciamento ambiental - vislumbra-se a possibilidade de uma eficácia direta na esfera da face prestacional do direito ao ambiente.

Em suma, igualmente há vinculação dos particulares no âmbito da dimensão prestacional do direito ao ambiente. Todavia, a forma de vinculação é, via de regra, indireta, havendo exceções pontuais, conforme salientado.

---

Por todo o exposto, fica evidenciado que a noção de direito fundamental completo se revela como uma ferramenta analítica profícua para responder a indagação sobre o *se* e o *como* da eficácia do direito ao ambiente nas relações entre particulares. Com efeito, a partir da visualização do caráter multidimensional do direito fundamental se torna possível estabelecer útil e nítida diferenciação entre a vinculação dos particulares em uma perspectiva defensiva e prestacional. Assim, constata-se que respostas do tipo tudo ou nada sobre a incidência do direito ao ambiente nas relações interprivadas não são satisfatórias, tendo em vista os diferentes graus de vinculação conforme se trate da dimensão negativa ou positiva do direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado teve por escopo investigar se a concepção de direito fundamental completo se apresenta como uma ferramenta analítica fértil e útil para a delimitação dos contornos do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem como para a densificação de seu conteúdo e enfrentamento de tensões correlatas, designadamente de ordem jurídica, política e filosófica.

Com base na argumentação desenvolvida e nas conclusões parciais espalhadas ao longo da exposição, responde-se de forma afirmativa. Antes de mais nada, porém, oportuno advertir que a tarefa de enumerar conclusões ao fim de um estudo acerca de tema de incontestável complexidade é ingrata, porquanto se corre o risco de simplificar em demasia as construções arquitetadas e, além disso, há determinadas conclusões que, embora não formuladas de modo exposto no texto, podem ser extraídas do raciocínio seguido no estudo.

Partindo-se desse pressuposto, far-se-á uma explicitação e retomada concisa das principais teses que sustentam a resposta afirmativa ao questionamento exposto na introdução do presente trabalho e no primeiro parágrafo desta conclusão.

Primeiramente, restou demonstrado que no marco normativo da Constituição Federal Brasileira o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado deve ser visto sob o prisma de um direito fundamental completo, isto é, como um conjunto de posições fundamentais jurídicas de natureza heterogênea. Significa dizer que há um feixe de normas reunidas à disposição de direito fundamental do art. 225 da CF. Nesse sentido, o direito ao ambiente se reveste de uma feição negativa (defensiva) e de outra positiva (prestacional).

No âmbito da dimensão defensiva - direito ao ambiente como um direito de defesa - extraem-se projeções normativas que asseguram o resguardo da esfera de liberdade do indivíduo e da coletividade contra intervenções indevidas do Estado e de terceiros no campo da integridade ambiental. Brotam daí deveres ao Estado no sentido de não embaraçar ou impedir comportamentos direcionados para a preservação ecológica, não eliminar posições jurídicas fundamentais já existentes relacionadas à higidez e equilíbrio do ambiente e, por fim, não causar danos ambientais. Ademais, o dever ecológico de respeitar o ambiente vincula imediatamente os particulares na arena das relações intersubjetivas.

No que se refere à dimensão prestacional do direito ao ambiente, deve ser reconhecido direito à proteção, à organização e ao procedimento e, ainda, a prestações fáticas. Em apertada síntese, o direito à proteção do ambiente é um direito oponível em face do Estado para que este atue de modo a evitar intervenções de terceiros lesivas ao equilíbrio

ecológico. Os direitos à organização e ao procedimento, por sua vez, formam um conjunto de direitos de natureza bastante distinta, entretanto, apresentam a característica comum de serem instrumentos diretos destinados à obtenção de resultados conforme o direito fundamental ao ambiente, ou seja, são essencialmente procedimentais. Por fim, o direito ao ambiente como direito à prestação em sentido estrito pressupõe que o Estado atue realizando ações fáticas benéficas para a integridade ecológica.

Evidenciou-se que o reconhecimento dessa natureza multidimensional recrudescer a força normativa do direito fundamental, uma vez que a violação de quaisquer das posições jurídicas mencionadas implica a tutela insuficiente do direito fundamental visto como um todo. Outrossim, a identificação das diferentes facetas do direito ao ambiente cristaliza as tensões que desafiam a sua concretização. Nesse particular, à análise do feixe de direitos e deveres que conforma o direito fundamental foram acrescentadas reflexões advindas de outras áreas do saber, à medida que o viés meramente dogmático de análise é incapaz de dar conta da crise ecológica e da complexidade das causas que a engendram.

Dentro da lógica de que o direito ao ambiente é um direito pulsante, vivo, dinâmico, constatou-se que ele é fortemente marcado pela conflituosidade em face de outros valores ou bens constitucionalmente protegidos. Nesse quadrante, a necessidade de ponderação é recorrente e a abrangência de seu conteúdo exige peculiar cautela na aferição dos interesses que devem prevalecer na situação concreta. O imperativo de crescimento econômico, até hoje visto majoritariamente como sinônimo de progresso, é um dos fatores que mais se choca com o direito ao ambiente.

O direito fundamental estudado é um mandamento de otimização, por conseguinte, deve ser realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa forma, o postulado da proporcionalidade assume singular relevância nas hipóteses de colisão, atuando no ajustamento dos interesses contrapostos, sejam eles individuais ou coletivos.

Contudo, há um núcleo inegociável do direito em questão, que é insuscetível de ponderação. Essa esfera do não-decidível, juntamente com a concepção de mínimo existencial ecológico, impede o esvaziamento do conteúdo do direito ao ambiente, e encontra o seu fundamento de validade externamente ao procedimento majoritário de decisão, característico do sistema democrático. Noutras palavras, elucidou-se que embora o direito ao ambiente seja dotado de uma reserva imanente de ponderação, há uma parcela de seu conteúdo definitivamente garantida, subtraída da esfera de disponibilidade dos poderes públicos e limitante do processo de livre escolha pela maioria.

A dimensão prestacional do direito ao ambiente, que o aproxima em certos aspectos dos direitos sociais, tem a sua concretização tensionada por questões políticas, tais como a reserva do financeiramente possível e os conflitos de atribuições entre os poderes no tocante à formulação e execução de políticas públicas ambientais. No entanto, em que pese a existência de casos em que escolhas trágicas são realmente inevitáveis, há diversas situações nas quais a alegação de insuficiência de recursos é utilizada como instrumento para ocultar a falta de prioridade conferida à questão ecológica, que dificilmente é tratada como um problema público prioritário a ser solucionado.

O modelo hegemônico de desenvolvimento rechaça a implementação de políticas públicas ambientais e a retórica prevalecente costuma ignorar o fato de que o dispêndio de dinheiro público é um pressuposto de realização de todos os direitos fundamentais. Nessa senda, ressaltou-se que a perspectiva de direito fundamental completo propicia identificação mais precisa das necessidades de maior relevo e urgência para a concretização do direito, oportunizando melhores resultados com menores custos sociais e econômicos para a sociedade. Argumentou-se, ainda, que o princípio da separação dos poderes tem natureza instrumental e, portanto, não pode ser afastada a possibilidade de o Poder Judiciário examinar a adequação das medidas políticas adotadas aos padrões jurídicos estabelecidos.

No plano das tensões filosóficas conectadas ao direito fundamental ao ambiente, foram analisadas a perda de sentido na relação do ser humano com a natureza e a coisificação da última como aspectos cruciais para a degradação ecológica de nosso tempo. Além disso, as práticas monoculturais e o conseqüente cenário de desperdício de experiências e saberes também são decisivos para tornar o ideal de justiça ambiental mera utopia distante. Afigura-se primordial ao Direito não somente buscar contornar as tensões socioambientais mencionadas, como também servir de espaço privilegiado para induzir e legitimar postulados ético-ambientais, aptos a contribuir para que a lógica do desperdício seja gradativamente superada e substituída pela cultura da cooperação e da responsabilidade de todos na luta pela preservação dos processos ecológicos essenciais.

A norma do art. 225 da Constituição Federal carrega uma dimensão objetiva bastante latente, que dá ensejo a um conjunto de deveres ecológicos que vinculam juridicamente o Estado e, ainda que em menor grau, também os atores privados. Trata-se dos deveres de respeitar, proteger e promover o direito ao ambiente. Assim, pode-se afirmar que o direito fundamental em apreço se caracteriza como um direito de solidariedade, categoria na qual parcela do encargo de salvaguarda do direito é atribuído à esfera jurídica dos particulares. Daí o porquê de se utilizar a denominação direito-dever. A referida expressão já deixa implícita a

existência de uma dimensão subjetiva do direito ao ambiente, dado que os deveres ecológicos não surgem de forma autônoma.

Com efeito, ao longo da exposição foram reunidos vários argumentos em prol do reconhecimento de um direito subjetivo ao ambiente, tendo como fio condutor a concepção de direito fundamental completo. Dentre eles, cabe destacar que as lesões ao ambiente afetam, nos mais das vezes, de forma simultânea a coletividade e algum indivíduo ou grupo de indivíduos determinados ou determináveis, não se podendo aceitar a objeção de que se trata de direito de titularidade invariavelmente indeterminada; a leitura acurada do enunciado normativo do art. 225 da CF dá indícios de que a Constituição trata de deveres ecológicos associados a um direito subjetivo fundamental; para se tomar a sério a norma constitucional atributiva do direito fundamental ao ambiente é indispensável o reconhecimento de um direito subjetivo, sob pena de a questão ecológica ficar pulverizada no âmbito de proteção de outros direitos fundamentais; há uma presunção de subjetividade das normas de direitos fundamentais, visto que resguardam bens jurídicos de valor essencial.

Ademais, em se tratando de um direito fundamental completo, ainda que fosse acolhida a objeção de que não se pode reconhecer um direito subjetivo ao ambiente de caráter prestacional - com o que não concordamos, pelas razões expostas no trabalho - tal circunstância não teria o condão de afastar a subjetividade de outras posições jurídicas que conformam o feixe de direitos extraídos da norma de direito fundamental ao ambiente, designadamente as relacionadas à dimensão defensiva.

De outra banda, o estudo demonstrou que o direito ao ambiente incide nas relações entre particulares. Os pontos de apoio argumentativos que justificam o asseverado são essencialmente os seguintes: a dimensão objetiva do direito ao ambiente e os deveres ecológicos interligados a ela; as desigualdades econômicas, sociais e culturais que permeiam as relações interprivadas e exercem forte influência no cenário de crise ecológica; a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; o princípio da supremacia da Constituição; a dimensão ecológica da dignidade humana; a garantia do mínimo existencial ecológico; o princípio e dever de solidariedade.

A construção do direito ao ambiente como um todo serviu para elucidar de que modo e em que medida se dá a incidência desse direito no campo das relações intersubjetivas. Nessa perspectiva, em relação à faceta negativa do direito fundamental há um dever geral de respeito que vincula de forma direta os particulares, sendo o dever de abstenção de intervenções indevidas deduzido diretamente do texto constitucional.

No que concerne à dimensão prestacional do direito ao ambiente e aos correlatos deveres ecológicos de promoção e proteção, entretanto, a vinculação dos atores privados é, *prima facie*, indireta, mormente porque a realização de prestações fáticas importa em ônus material para os destinatários.

Em suma, a hipótese de pesquisa acabou confirmada, visto que a concepção de direito fundamental completo para a análise do direito ao ambiente, somada a noções advindas de outras áreas do saber, propiciou a densificação do conteúdo do direito em questão, justificando a existência de um direito subjetivo, de um conjunto de deveres ecológicos e, ainda, delimitando os contornos de sua eficácia nas relações entre particulares. Para além disso, contribuiu para evidenciar tensões que desafiam e obstaculizam a concretização do direito ao ambiente, descortinando horizontes para que sejam abrandadas.

Evidentemente, trata-se de um modelo teórico que não pode ser encarado como uma panacéia para as dificuldades impostas pelo desconcerto ambiental. Porém, se adequadamente utilizado, pode se transformar em uma ferramenta analítica profícua para a interpretação e a aplicação do direito fundamental ao ambiente pelos tribunais, além de guiar estudos teóricos sobre a matéria.

Por fim, importa realçar que o bem-estar analítico esbarra na efemeridade. Desse modo, as teses desenvolvidas ao longo do estudo e as conclusões decorrentes não são imutáveis. Ao revés, devem estar em permanente construção e sempre abertas a análises críticas. É desta maneira que os argumentos se refinam e o conhecimento se edifica.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3 ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- \_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARAGAO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ano XI., nº 22, 02-2008.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AYALA, Patrick Araújo. *Direito e incerteza: A proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito ambiental*. 2002, p. 391. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidade*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao ambiente: Da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

\_\_\_\_\_. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental 639337*. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 de 15-09-2011, vol. 02587-01, p. 00125.

BUSETTI, Caroline. O princípio da vedação de retrocesso e o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Florianópolis: *Revista de Direito Brasileira*, ano 3, vol. 4, abril/2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARVALHO, Délton Winter de. Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Orgs.). *Direito constitucional do ambiente: Teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educ, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. J. Guinsbourg e Bento Prado Jr. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais: Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENRÍQUEZ, Maria Amélia. *Trajetórias do desenvolvimento: Da ilusão do crescimento ao imperativo da sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. F. P. Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: A escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Livro dos Abraços*. Trad. Eric Nepomuceno. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010.

GRAFF, Laíse; RAMMÊ, Rogério Santos. Segurança alimentar e justiça ambiental: Desafios à efetividade do direito humano à alimentação adequada. In: *Iuris Tantum*, Ano XXVII, número 23, 2012.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. I e II. 2. ed. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HERMITTE, M.A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco: Uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana - Européia sobre Governo dos riscos. 2005.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

JUNGUES, José Roque. *(Bio)ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Coleção Os Pensadores. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LARREA, Ana María. La disputa de sentidos por el buen vivir como proceso contrahegemónico. In: Secretaria Nacional de Planificación e Desarrollo (SENPLADES). *Los nuevos retos de America Latina: socialismo e sumak kawsay*. Quito: Senplades, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Limites da jurisdição, separação de poderes e crise: A participação como elemento de abertura e de legitimação da jurisdição constitucional na ordem democrática. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ecologia, capital e cultura: A territorialização da racionalidade ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

LÖWY, Michael. *Ecologia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2005.

LUKÁCS, Georg. *História e Consciência de classe: Estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

\_\_\_\_\_. O capital, livro I. In JINKINGS, Ivana; SADER, Emir (orgs.). *As armas da crítica: Antologia do pensamento de esquerda*. São Paulo: Boitempo, 2012.

MATURANA, Humberto; ZÖLLER, Gerda Verden. *Amar e brincar: Fundamentos esquecidos do humano do patriarcado à democracia*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Disponível em: < [www.teses.usp.br/teses/.../TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf)>. Acesso em: 05 maio 2013.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: Proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2008.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, Brasília, DF: UNESCO, 2004.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, 2010.

OST, François. *A natureza à margem da lei: A ecologia à prova do Direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PELLIZZOLI, M.L. *A emergência do paradigma ecológico: Reflexões ético-filosóficas para o século XXI*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: Um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: 2006.

ROSZAK, Theodore. *The voice of the Earth: An exploration of Ecopsychology*. Michigan: Phanes Press, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3), p. 28.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Orgs.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2011.

\_\_\_\_\_. A influência dos direitos fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neuner; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise e casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: Lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Maria de Fátima St. Aubyn. Porto: Via Optima, 2000.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KRETZMANN, Carolina Giordani. Multiculturalismo e reconhecimento: em busca da emancipação dos "diferentes." In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: ed. Unijuí, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_; HENZ, Bruno Gabriel. A face prestacional do direito ao ambiente: Políticas públicas e gestão ambiental. In: JOBIM, Marco Félix (Org.). *Inquietações jurídicas contemporâneas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; HENZ, Bruno Gabriel. O princípio constitucional do desenvolvimento sustentável: Conteúdo e estrutura à luz das interpretações e da teoria dos princípios. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 39, nº 128, 2012.

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

TOLEDO, Cláudia. Direitos fundamentais sociais: entre ponderação e subsunção. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos direitos humanos*. p. 4. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_hist\\_atualidade\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_hist_atualidade_dh.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2013.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; JÖRG, Neunér; SARLET, Ingo (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

VOLPI, José Henrique. *Fundamentos epistemológicos em direção a uma ecopsicologia*. Disponível em: <<http://www.centroreichiano.com.br/artigos/teses/volpi>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

WALDROW, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí e Agueda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: Fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: Da antiguidade clássica à modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: O desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: *Bolivia – Nueva Constitución Política del Estado: Conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.