

# O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O DIREITO CORRELATO: UMA RELAÇÃO FUNDAMENTAL †

Gleidson de Oliveira Grisoste Barbosa

Sumário: Introdução. Capítulo I – O Esverdear do Constitucionalismo. 1.1. As Pegadas Humanas e a Mudança Necessária de Paradigma. 1.2. A Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais no constitucionalismo contemporâneo – uma perspectiva de dever. Capítulo II – O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado. 2.1. A insuficiência das liberdades tradicionais no trato do direito ao ambiente – uma ótica de solidariedade e equidade intergeracional. 2.2. O direito ao meio ambiente. 2.3. O direito ao meio ambiente como direito fundamental completo. Capítulo III – Os Deveres Fundamentais e a Proteção do Ambiente. 3.1. A força normativa da Constituição. 3.2. A evolução da visão dos deveres fundamentais e a concretização da dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana: uma questão de solidariedade. 3.3. A dogmática constitucional dos deveres fundamentais. 3.4. O “direito-dever” de proteção do meio ambiente e os limites para a concretização do dever associado num quadro de proporcionalidade e de “efeitos recíprocos”. 3.5. Tarefa de proteção do Estado na concretização suficiente do dever fundamental do indivíduo de proteger o meio ambiente – o problema da insuficiência. Conclusão. Referências Bibliográficas. Sítios Eletrônicos Jurídicos.

---

† Relatório de Mestrado da Disciplina de Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente no âmbito do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito, da Universidade Clássica de Lisboa, no Ano Letivo 2012/2013, sob regência da Professora Doutora Carla Amado Gomes.

“A primavera chega agora sem ser anunciada pelo regresso dos pássaros, e as manhãs, outrora preenchidas pela beleza do canto das aves, estão estranhamente silenciosas” (Rachel Carson, *Primavera Silenciosa*, 1962).

## INTRODUÇÃO



As linhas que se seguem constituem um relatório final, produto de investigação realizada na disciplina de Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, sob a regência da Professora Doutora Carla Maria Amado Gomes, no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em convênio com a Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco, no Brasil, ano letivo de 2012/2013.

A percepção da fragilidade no desenvolvimento teórico e dogmático dos deveres fundamentais pela doutrina constitucional contemporânea, herança clara do legado da matriz liberal, trouxe uma motivação ímpar para a presente pesquisa, já que para além de direitos como foro de liberdade do indivíduo frente ao poder estatal, mister distinguir um regime constitucional próprio de deveres, que reforça de modo peculiar o antídoto de preservação dos valores comunitários, com tentáculos que alcançam e se entrelaçam ao regime dos direitos fundamentais, tudo para conservar, a final, a constituição na maior medida possível.

A atual Constituição brasileira, ao franquear uma constitucionalização definitiva da proteção ambiental, consagrou, em meio a inúmeros deveres, o direito fundamental a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O direito fundamental dispensa apresentação no campo

doutrinário, mas a sua relação com os deveres fundamentais ambientais, ante o próprio quadro de esquecimento que assola tais deveres, é algo ainda pouco explorado.

Longe está de se propor no presente texto uma abordagem definitiva, única e inovadora sobre o assunto. O que se procura é despertar o interesse, ainda que modicamente, à atual e crescente valorização de tais deveres (fundamentais de proteção do ambiente) no quadrante de satisfação desta proteção, notadamente quando se relacionam com o direito fundamental correlato ou mesmo com outros direitos que possam a vir com eles flertar.

Não há dúvida que outros valores e bens jurídicos fazem parte desse complexo quadro relacional, porém especificamente no campo ‘direitos e deveres constitucionalizados’ é onde as maiores disceptações em torno do ambiente se materializam, não sendo possível pensar em tal proteção sem lançar mão de uma dogmática atual, constituída no alvorecer de uma consciência jurídico-política segundo a qual o indivíduo existe para além de sua própria individualidade.

Foi pensando nisso que a presente pesquisa fora dividida em três capítulos. Num primeiro momento se chama a atenção para esse despertar ecológico da humanidade, cuja conscientização vem a promover mudanças estruturais no próprio sentido dos direitos fundamentais, oriundas de uma leitura hodierna da dignidade da pessoa humana, notadamente no seu quadrante comunitário, onde a ideia de deveres fundamentais e limites aos direitos toma importância ímpar não só na proteção do bem coletivo, como também na própria concretização do direito fundamental a um ambiente sadio e equilibrado em si.

No segundo capítulo, numa perspectiva mais objetiva do direito fundamental ao ambiente, busca-se demonstrar a necessidade de uma releitura das liberdades tradicionais – liberdade positiva x liberdade negativa – para uma adequação a essas novas exigências despontadas, segundo uma ótica de solidarie-

dade que pensa a subjetividade na intersubjetividade, já que a complexidade compósita do direito fundamental ao ambiente o qualifica como um direito fundamental completo (Alexy), onde a interação com deveres fundamentais de proteção impostos ao indivíduo forma um quadro peculiar, de destaque às posições objetivas, de predominância de deveres ambientais como forma de garantir e concretizar o próprio direito ao ambiente.

Tais considerações passam, então, a conduzir o eixo central da pesquisa, de modo a formatar os deveres fundamentais ambientais diante dos direitos respectivos. Para cumprir tal desiderato, invoca-se uma dogmática constitucional atual dos deveres fundamentais, onde aqueles deveres voltados para a proteção ambiental exercem papel substancial não só na preservação dos direitos fundamentais correlatos, como também na própria preservação da força normativa da constituição (Hesse).

É assim que no terceiro capítulo se desenvolve, ainda que singelamente, diante da limitação espacial da presente pesquisa, uma formatação sequencial dos deveres fundamentais que tem o seu cume nos deveres ecológicos correspondentes a terceira dimensão dos direitos fundamentais, dimensionando-se, uma vez mais, os aspectos deontológicos e axiológicos da solidariedade que se conecta a tais deveres.

Interessante observar que esta transição sequencial dos deveres fundamentais, de deveres liberais a sociais, e de sociais a ecológicos, está associada a um quadro de evolução focado na forma com que tais deveres passaram a se relacionar com os valores e bens jurídicos que o circundam, designadamente com os direitos associados, trazendo à tona o problema da funcionalização destes.

Ai está o motivo pelo qual se busca, nos itens 3.4. e 3.5. do capítulo derradeiro, formatar, ainda que timidamente, critérios para a concretização legislativa de tais deveres fundamentais, bem como discernimento para resolver o problema da

omissão estatal, já que tanto a atuação insuficiente quanto a atuação excessiva do legislador implica em inconstitucionalidade.

Poderá o leitor questionar tais abordagens por concernirem, em parte, a deveres de proteção do Estado, e não propriamente do indivíduo. Tudo foi proposital, já que, como se verá, é designadamente a atuação estatal na tarefa de escorreita implementação dos deveres fundamentais de proteção ambiental que ditará, em grande parte, o autêntico sentido de tais deveres impostos a cada um dos indivíduos numa perspectiva comunitária.

Também não se pode olvidar que é neste momento de atuação legislativa que se verificam os maiores problemas no campo da harmonização dos efeitos restritivos da lei concretizadora do dever fundamental do ambiente e os efeitos recíprocos contra-restritivos irradiados do direito fundamental candidato à restrição.

Enfim, um problema conectivo de relação fundamental.

## CAPÍTULO I – O ESVERDEAR DO CONSTITUCIONALISMO

### 1.1. AS PEGADAS HUMANAS E A MUDANÇA NECESSÁRIA DE PARADIGMA

Não se pode negar, que de uma forma ou de outra, nas mais variadas manifestações, o amor pela natureza sempre esteve presente na Humanidade. <<Produza a terra erva verde, erva que dê semente, árvore frutífera que dê fruto segundo a sua espécie; produzam as águas abundantemente répteis de alma vivente; e voem as aves sobre a face da expansão dos céus>><sup>1</sup>. E assim foi, segundo o primeiro livro de Moisés.

---

<sup>1</sup> Bíblia Sagrada, Gênesis, capítulo 1, versículos 11 e 20.

Se esse amor é antigo<sup>2</sup>, antigo também é o flerte individualista e egoístico que o homem travou com a Mãe Natureza ao longo da história, fonte inesgotável de recursos ao seu total dispor. Uma demonstração clara dos “espíritos simples”<sup>3</sup> a que se refere Stuart Mill, desconhecedores do sentido próprio da doutrina que professam, estranhos à parte da verdade que de há muito deveria servir de fiel balança para uma consideração apropriada do tratamento ambiental.

Um cento de páginas seria insuficiente para descrever os inúmeros descasos do homem para com o meio natural em que habita. O aquecimento global (*global warming*)<sup>4</sup>, a poluição das águas, a poluição atmosférica, a questão nuclear, a extinção de espécies animais, são alguns dos exemplos de de-

---

<sup>2</sup> Documento antigo a demonstrar esse amor é a famosa ‘Confissão Negativa’, um papiro encontrado com as múmias do Novo Império Egípcio, que fazia parte do ‘Livro dos Mortos’, datado de três milênios e meio. Alguns excertos do capítulo 126 do referido livro: “Homenagem a ti, grande Deus...Não fiz mal algum...Não matei os animais sagrados. Não prejudiquei as lavouras...Não sujei a água...Não cortei um dique...Sou puro, sou puro, sou puro!” GUIMARÃES JR, Renato, *O futuro do Ministério Público como guardião do meio ambiente e a história do direito ecológico*, São Paulo: *Justitia*, 113:152, abril/junho 1981.

<sup>3</sup> MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade. Capítulo II: Da Liberdade de Pensamento e Discussão*, Petrópolis: Vozes, 1991, p. 75.

<sup>4</sup> Rangel Barbosa e Patrícia Oliveira chamam a atenção para a escurreita aplicação do Protocolo de Quioto no trato do problema transfronteiriço, de modo que, evitando-se a reprodução das diferenças de poder existente entre os Estados, necessário olhar para o assunto sob uma ótica liberal do direito internacional, num sistema de cooperação interestatal, plasmado numa equidade, que deve ser entendida não no plano de uma igualdade formal, mas sim no sentido de que “as responsabilidades dos Estados são comuns, mas diferenciadas”. BARBOSA, Rangel e OLIVEIRA, Patrícia, *O Princípio do Poluidor-Pagador no Protocolo de Quioto*, RDA 44/112, out-dez/2006, Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental*, Vol. VI, *Direito Ambiental Internacional e Temas Atuais*, ed. RT, 2011, p. 590-609. A mesma questão, na mesma obra, p. 299-311, agora sob uma ótica voltada para a instrumentalização do mercado de carbono, é tratada por GALDINO, Valéria Silva e WEBER, Gisele Bergamasco, *Do Protocolo de Quioto: Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e Seqüestro de Carbono*. Cf. também na mesma obra OLIVEIRA, Robson José de e outros, *Mercado de Carbono: Oportunidades com o sequestro de carbono florestal e aterro sanitário no Brasil e na União Europeia*, p. 535 e ss.

seu equilíbrio ecológico com origem na ação humana. Ainda na década de 60 Carson chamava a atenção do mundo para a utilização indevida de produtos químicos não naturais, criados pelo homem, com destaque a seus efeitos devastadores<sup>5</sup>.

Esse colapso de ordem ética, suscitado pelas “pegadas”<sup>6</sup> do homem no meio natural, conduz então a um despertar para uma mudança comportamental, a um esverdear do direito constitucional, cuja abordagem ecológica transpassa os modelos tradicionais pensados, para se estabelecer novas ferramentas, ou ao menos novas roupagens para o adequado trato da matéria.

O fim, ou pelo menos o começo de um fim para este estado de letargia, fora realmente percebido com a crise do modelo do Estado Social, a revelar que aquela ideologia otimista do crescimento econômico, do progresso venerado pelo Estado Providência, não podia persistir em absoluto, pelo que somente muito recentemente é que o meio ambiente assume uma dimensão coletiva, tornando-se realmente um “problema político” das sociedades contemporâneas<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Dentre eles a deficiência mental, o câncer, o aumento de resistência de algumas espécies de insetos, além daquele que deu origem ao título do livro, o desaparecimento das espécies de pássaros que outrora abrilhantavam a primavera. Cf. FONTES, Ricardo Jafé Carelli, Resenha de CARSON, Rachel Louise, *Primavera Silenciosa*, Tradução Cláudia Sant’Ana Martins, São Paulo: Gaia, 2010. 327 p., in *Revista UniABC*, v. 2, n. 1, 2011, p. 136 e ss.

<sup>6</sup> A expressão “pegada ecológica” é uma metodologia muito utilizada por entidades ambientalistas, como a World Wide Fund for Nature (WWF), para contabilizar e avaliar a relação entre o consumo efetivo e a capacidade de recursos naturais disponíveis (capacidade de recuperação dos ecossistemas). Cf. [http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/especiais/pegada\\_ecologica/](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica/), acessado em: 03 de maio de 2013.

<sup>7</sup> SILVA, Vasco Pereira da, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 17-20. O autor aponta com razão que as primeiras manifestações em defesa do ambiente foram marcadas pelo extremismo, pela radicalização típica dos movimentos sociais nascentes, difusora de uma nova utopia resolutive de todas as mazelas sociais, politizadora de uma questão que até bem pouco tempo sequer era politizada.

## 1.2. A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO – UMA PERSPECTIVA DE DEVER

Impossível pensar no constitucionalismo atual sem colocar no centro a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, típicos de um Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>.

Falar em dignidade da pessoa humana, na mesma proporção da simplicidade das palavras que a qualifica, está a complexidade valorativa que representa<sup>9</sup>. No entanto, enquanto princípio-valor<sup>10</sup> jurídico supremo conformador da conduta estatal, muito mais que valor moral legitimador de um Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana se materializa em um modulador de um dever-ser (âmbito deontológico) que obriga todos os poderes estatais a atuar e fazer respeitar seus parâmetros, afastando-se qualquer ideia de perspectivação do Estado como fim em si, já que à pessoa enquanto indivíduo singular é que cabe definitivamente ocupar esse papel, numa ótica da inspiração Kantiana, de pessoa e não de objeto<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> <<Não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral>>. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, 5ª ed., Coimbra editora, 2012, p. 10.

<sup>9</sup> Aqui procura-se se afastar de algumas heterogeneidades de conceito típicas de uma abordagem internacional. Cf. BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010, p. 92-6.

<sup>10</sup> Robert Alexy qualifica os princípios como normas de mandamentos de otimização, distinguíveis das normas do tudo ou nada (regras). Para ele, estabelecer uma diferença entre valor e princípio depende da compreensão da divisão dos conceitos práticos, pelo que o primeiro (valor) integra o nível axiológico (conceito de bom, e não do dever-ser), enquanto o segundo (princípio), por ser mandamento, pertence ao âmbito deontológico (do dever-ser), embora traga a noção de íntima relação entre ambos, já que podem ser colididos e sopesados (dimensão do peso), diferente das regras, cujos conflitos se resolvem introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando inválida uma delas (dimensão de validade). ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., Malheiros, 2011, p. 86-94 e 144-7.

<sup>11</sup> A “fórmula do objeto” foi influência doutrinária de Dürig e acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estru-*

Assim que, a ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que consagra constitucionalmente a orientação das margens de abertura e atualização de um catálogo desses direitos ditos fundamentais, de que o Estado não dispõe, mas que respeita, garante e promove, conformando unidade de sentido explicativo aos mesmos, também ajuda a perceber, pela própria enumeração diversificada e pluridimensional ou multifuncional<sup>12</sup> dos direitos fundamentais, o sentido constitucional da própria dignidade da pessoa humana neles explicitada<sup>13</sup>.

Mas não é só. A projeção de um *ethos*, de uma consciência jurídico-política segundo a qual o indivíduo existe para além de sua própria individualidade, traz atrelado no fundamento da dignidade da pessoa humana, notadamente no seu quadrante comunitário (perspectiva objetiva), a ideia de deveres fundamentais, em razão, vale dizer, <<da vinculação direta que (estes deveres) mantêm com a concretização dos direitos fundamentais em si>><sup>14</sup>.

Assim se consagram, portanto, os deveres e os direitos fundamentais, quanto aos últimos, numa relação de interdependen-

---

*turantes da República Portuguesa*, 1ª ed., Coimbra, 2011, p. 57.

<sup>12</sup> Sobre a plurifuncionalidade dos direitos fundamentais CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1402 e ss, segundo o qual <<aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única *dimensão* (subjéctiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente>>. Canotilho cita outros autores que discorrem sobre o tema, tais como Luhmann e Wilke. Cf, também, NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 66 e 72.

<sup>13</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 52-3. Importante registrar, no entanto, que não existe historicamente uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, cuja ligação jurídico-positiva só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial. Cf. MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 215-6.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

dência e reciprocidade com a democracia<sup>15</sup>, e ao mesmo tempo numa atuação contramajoritária, historicamente limitativa de poder<sup>16</sup>, segundo a ideia de serem fundamentais justamente por estarem subtraídos da plena disponibilidade dos poderes democraticamente constituídos<sup>17</sup>: verdadeiros “trunfos contra a maioria”<sup>18</sup>.

A construção de um conceito material de direitos fundamentais<sup>19</sup> tem muito a ver com os valores dominantes e relevantes de uma dada ordem constitucional e, dentre outras, com suas circunstâncias sociais, políticas e econômicas<sup>20</sup>, pelo que não se trata de uma expressão unívoca entre os Estados. No Brasil, por disposição expressa da Constituição<sup>21</sup>, há uma abertura material de catálogo dos direitos fundamentais para além da fundamentalidade formal, numa enumeração sistemática e alargada de posições jurídicas fundamentais.

Tradicionalmente<sup>22</sup> há uma visão tripartite das dimensões

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61

<sup>16</sup>SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>17</sup> Aqui se concretiza o que Alexy chamou de “paradoxo da democracia”. Para o autor direitos fundamentais <<são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples>> cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 446-7.

<sup>18</sup> A ideia originária de Dworking, segundo a qual ter um direito fundamental equivale a ter um trunfo num jogo de cartas, foi devidamente desenvolvida por Reis Novais, in NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, 2006, p. 17 e ss.

<sup>19</sup> E é justamente diante deste sentido material dos direitos fundamentais que Jorge Miranda critica a expressão ‘direitos do homem’ como referência aos direitos fundamentais, já que estes são direitos efetivamente assentes na ordem jurídica, e não direitos derivados da natureza do homem e que venham a subsistir sem embargo de negação ou de esquecimento da lei. O autor reconhece, no entanto, o acerto da referida expressão no plano internacional por ela clarificar a atinência dos direitos aos indivíduos em contraposição aos Estados ou outros organismos internacionais. MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 14-5

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

<sup>21</sup> Arts. 5º, § 2º, 6º e 7º da Constituição Federal de 1988.

<sup>22</sup> Diz-se tradicionalmente porque a tendência de reconhecimento de uma quarta e de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais ainda carece de consagração nas

dos direitos fundamentais, ligadas aos diferentes movimentos constitucionais estabelecidos. Os direitos de primeira dimensão são os chamados <<direitos de resistência ou oposição perante o Estado>><sup>23</sup>, calçados num modelo de liberdades predominantemente negativas, com contornos puramente individualistas<sup>24</sup>, cujo vértice se fixa na mera abstenção estatal, na visão separatista entre o Estado e o indivíduo. Os direitos de segunda dimensão são constituídos por obrigações estatais de cunho positivos, com caractere intervencionista e corretivo de desigualdades (busca da igualdade no sentido material<sup>25</sup>), além das ‘liberdades sociais’<sup>26</sup>.

Já os direitos de terceira dimensão, entre os quais se inclui o meio ambiente<sup>27</sup>, a qualidade de vida, o patrimônio histórico e cultural, caracterizam-se por terem sua proteção voltada para grupos humanos, coletividades, e não para o indivíduo de modo isolado, daí que se diz que sua titularidade é difusa ou

---

ordens constitucionais, não obstante haja influentes autores defendendo sua autonomia. Cf. BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524 e ss, referindo a quarta geração como o resultado da globalização dos direitos fundamentais, composta pelos direitos à informação, à democracia e ao pluralismo. A quinta geração seria o direito à paz.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 517.

<sup>24</sup> “Para o liberalismo oitocentista, por outro lado, verdadeiros direitos fundamentais são apenas os direitos do homem enquanto direitos do homem isolado e abstractamente considerado” - NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>25</sup> Segundo Bonavides, os direitos de segunda dimensão nasceram abraçados ao princípio da igualdade, em seu sentido material - BONAVIDES, Paulo, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 518.

<sup>26</sup> Há que atentar para a circunstância de que os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve etc. SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 48.

<sup>27</sup> O STF adotou a denominação direitos de terceira geração, ao dispor em um de seus julgados que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, *caput*) – RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello. Cf. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745994/recurso-extraordinario-re-134297-sp-stf>

coletiva<sup>28</sup>. Em face de seu caráter transindividual, também são chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade<sup>29</sup>.

Estas dimensões revelam o modo de interpretação dos respectivos direitos, designadamente o modo como são protegidos pelo Estado, sendo certo que mesmo nos direitos de prestação (segunda dimensão), reconhece-se a dimensão defensiva (primeira dimensão), e vice-versa, bem como nos de terceira dimensão há aspectos de positividade e negatividade, não se podendo negar que a todo momento o Estado tem o dever de proteção contra qualquer ataque voltado a tais direitos, sejam eles quais forem e, por vezes, existem também deveres fundamentais autônomos ou não<sup>30</sup>, que influenciarão no modo de concretização dos direitos.

Com isso se pode fixar uma dimensão jurídico-objetiva positiva sempre presente nos direitos fundamentais, da qual notadamente decorre a existência de deveres fundamentais<sup>31</sup>.

E é neste viés de interpenetração, expansão e fortalecimento, que surge o direito ao meio ambiente saudável como direito de solidariedade, de proteção coletiva, voltada para bens que não são nem individuais e nem públicos propriamente ditos, pelo menos não no sentido tradicional.

Assim que, ao caminhar pelo terreno das liberdades ou igualdade, a estrada principal a ser trilhada é aquela que conduz ao campo dos direitos fundamentais segundo uma noção ‘subjativada’ de bem individual. Essa sempre foi a visão clássica, cujo desenvolvimento através de gerações, no entanto, veio a demonstrar que o surgimento da ideia de bens coletivos apontava ser necessária uma construção diferenciada, ou pelo me-

---

<sup>28</sup> Bonavides afirma ser titular de tais direitos “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” – BONAVIDES, Paulo, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 523.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 48.

<sup>30</sup> BELO, Ney, “Os Deveres Ambientais na Constituição Brasileira de 1988”, *Direito Público Sem Fronteiras*, coord. Vasco P. da Silva e Ingo W. Sarlet, Universidade de Lisboa e PUC/RS, ed. Icj, junho/2011, p. 862.

<sup>31</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 89.

nos o estabelecimento de uma visão mais elaborada de tais direitos, para além de um esquema unilateral posto<sup>32</sup>.

Isso não exclui, pelo contrário, preservam os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, que devem ser devidamente plugados com os de terceira, estabelecendo-se doravante um elo entre indivíduo e sociedade, entre bens individuais e coletivos, entre liberdade positiva e liberdade negativa, mutacionando (mas não inovando), até certo ponto, a primazia absoluta da ideia de direito sobre a ideia de dever fundamental.

Assim que o paradigma ambiental se desenvolve num sistema onde os deveres e os limites aos direitos predominam, tendo em vista a necessidade de proteção que desponta do bem coletivo. É nesse sentido que, diante da importância da qualidade e do equilíbrio ambiental para a tutela dos direitos fundamentais do homem, sente-se, sem mais, o esverdear da constituição brasileira.

## CAPÍTULO II – O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

### 2.1. A INSUFICIÊNCIA DAS LIBERDADES TRADICIONAIS NO TRATO DO DIREITO AO AMBIENTE – UMA ÓTICA DE SOLIDARIEDADE E EQUIDADE INTERGERACIONAL

As liberdades clássicas – liberdade positiva x liberdade negativa – são responsáveis pela promoção dos modelos da sociedade contemporânea, numa dicotomia já bastante conhe-

---

<sup>32</sup> Jorge Miranda vê nos interesses difusos em que se enquadra o meio ambiente um entrosamento específico de Estado e Sociedade, a implicar formas complexas de relacionamento que só pode ser apreendida numa nova cultura cívica e jurídica. E destaca: <<os interesses difusos oferecem, pois, uma impressão de volatilidade e de cruzamento de linhas de força insuscetíveis de se reconduzirem a esquemas unilaterais>>. Cf. MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, op. cit., p. 84-5.

cida: na visão liberal, ao privilegiar a liberdade negativa, o direito assume uma vertente subjetiva, num quadro de um Estado absentista, que não interfere; na visão social igualitária, ao conferir primazia à liberdade positiva, o Estado assume a forma intervencionista, na busca de uma igualdade substancial, num quadro de participação democrática, caracterizado pela presença de autodomínio<sup>33</sup>.

Ocorre que, enquanto a primeira não promove a democracia em seu sentido material, não supera as desigualdades socioeconômicas, a segunda, em nome desta superação, pode destruir a individualidade e a capacidade criativa dos indivíduos<sup>34</sup>, contrariando sobremaneira a postura de “espírito aberto às críticas de suas próprias opiniões e condutas” e o ideal de liberdade a que John Stuart Mill<sup>35</sup> se refere, firmado no conhecimento profundo de cada um dos argumentos das opiniões contrárias, numa entrega sincera à busca da verdade, já que <<quem conhece do caso apenas o seu lado, pouco conhece dele>><sup>36</sup>. Há o perigo, assim, de incidir no mal da <<tirania do maior número>><sup>37</sup>.

Daí que, pensada de modo estanque, a consagrada dicotomia não se mostra suficiente para justificar um direito ao

---

<sup>33</sup> Vinicius Scarpi registra que tal classificação é defendida por Isaiah Berlin. SCARPI, Vinicius, *Equidade Intergeracional: Uma Leitura Republicana*, in Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental/Maurício Mota (coord), Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 66.

<sup>34</sup> SCARPI, Vinicius, *Equidade...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>35</sup> MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>36</sup> MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade...*, *op. cit.*, p. 73-4 e 87-8. Stuart Mill se refere à necessidade de ouvir os argumentos contrários dos que neles acreditam efetivamente, que os defendem com seriedade, na forma mais plausível, no modo mais persuasivo, de maneira a sentir toda a força da dificuldade que a verdadeira vista do assunto encontra, sob pena de uma imaginada conclusão verdadeira ser falsa diante de algo que o portador ignora. Adverte, ainda, que mesmo diante do choque entre verdades imparciais e incompletas, deve-se considerar preciosa cada opinião que incorpora algo da parte da verdade omitida pela opinião corrente, qualquer que seja a quantidade de erro e confusão que a verdade aí se mescla.

<sup>37</sup> MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade*, Capítulo I: Introdução. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 26.

ambiente. Necessário recorrer a uma terceira possibilidade de conceituação de liberdade republicana – liberdade entendida como não-dominância –, valorativa da participação democrática em toda a sua extensão, segundo a qual a liberdade não está relacionada apenas à não interferência, mas sim à não interferência arbitrária, pelo que não se pode desconsiderar a opinião do afetado, nem permitir o domínio resultante de uma típica relação de dependência.

Para Habermas<sup>38</sup>, é insuficiente uma lógica de direitos subjetivos a serem extraídos da lei que serviria às necessidades funcionais de uma sociedade econômica voltada para indivíduos descentralizados orientados pelo sucesso próprio, já que deve ser levado em conta a ideia de integração social, a ser realizada através do entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, pelo que a legitimidade do direito vai além da simples funcionalidade, para se apoiar num processo legislativo democrático que confronte seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, numa lógica de que o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo.

É a legitimidade na legalidade, pelo que Habermas propõe uma terceira via em relação às teses liberais (autonomia privada) e comunitárias (autonomia pública), propondo sim que a proteção do indivíduo leve em conta a opinião do afetado, numa leitura não individualista dos direitos subjetivos, que não se referem a <<indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros>>, já que deve haver a colaboração dos sujeitos, que devem se reconhecer reciprocamente na lógica intersubjetiva de seus direitos e deveres, pelo que, nesse sentido, <<os direitos subjetivos são co-origenários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos

---

<sup>38</sup>HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 114-5.

que os sujeitos se atribuem reciprocamente>><sup>39</sup>.

É nessa vertente que o direito ao ambiente se assume como um direito legítimo, de todos, radicalmente democrático, construído numa esfera pública de liberdade e participação, numa nova ética de solidariedade, que <<pensa a subjetividade na intersubjetividade e que tem como fundamento a necessidade do reconhecimento da figura do outro>><sup>40</sup>.

Neste quadro se apresenta a equidade intergeracional disposta no artigo 225 da CF/88, que impõe ao homem presente deveres para com o homem futuro (não direitos?)<sup>41</sup>, numa ideia de diálogo mútuo, designadamente um <<diálogo com o outro que ainda não existe>><sup>42</sup>.

## 2.2. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE

O direito ao ambiente, apesar de figurar esporadicamente em legislações esparsas ao longo do tempo, somente fora efetivamente apresentado para o mundo em 1972, na Conferência de Estocolmo, onde se expressou a convicção comum de que << o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e

---

<sup>39</sup>HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia...*, op. cit., p. 121.

<sup>40</sup> SCARPI, Vinicius, *Equidade Intergeracional...*, op. cit., p. 80.

<sup>41</sup> Não se pretende aqui afirmar, como fazem alguns, direitos fundamentais das gerações futuras, que encontraria dificuldade não só por disciplinar situações jurídicas antes e sem o consentimento dos próprios interessados, que bem poderiam vir a ter direitos (ou deveres) bem diversos dos atuais vivos, como também por inviabilizar um campo de responsabilização jurídica entre as gerações. Há, sim, e isso não se questiona, um dever fundamental de proteção dos presentes que proporciona o caminho dogmático para uma ótica de equidade intergeracional. Cf. MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, op. cit., p. 47-9; cf. também NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 240. Em dúvida sobre o reconhecimento do direito, mas atribuindo categoricamente deveres fundamentais a geração atual em prol das gerações futuras, cf. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 163.

<sup>42</sup> SCARPI, Vinicius, *Equidade Intergeracional...*, op. cit., p. 80.

gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras>><sup>43</sup>.

Perspectiva-se, daí, uma visão antropocêntrica do ambiente, edificado designadamente no homem, conforme, aliás, mais tarde, a CRFB/1988 assumiu expressamente no *caput* do seu artigo 225 e, posteriormente, em 1992, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento consagrou em seu princípio 1: <<Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a Natureza>>.

Importante observar que tais declarações internacionais foram fatores indispensáveis para o processo de elaboração do correspondente *soft law* (direito flexível) ambiental, que mais tarde viria a tornar um *hard law*<sup>44</sup> em muitos países. Apesar de não se tratar de um privilégio exclusivo do direito internacional<sup>45</sup>, a verdade é que é nesta seara que tal instrumento (*soft law*) encontra origem e aplicação costumeira, permitindo a internalização às ordens constitucionais, como verificado no Brasil, das regras pretensamente não obrigatórias<sup>46</sup> outrora idealizadas.

---

<sup>43</sup> Princípio 1 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano – 1972, <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>, acessado em 06/09/2013.

<sup>44</sup> <<*In any event, it is evident that a substantial part of “soft” law today, in an impressionistic way, describes part of the “hard” law of tomorrow*>>. DUPUY, Pierre-Marie, *Soft Law and the International Law of the Environment*, Michigan Journal of International Law, vol. 12:420, Winter: 1991, p. 433.

<sup>45</sup> <<*It would, however, be a mistake to believe that, given these considerations, “soft” law is solely an attribute of international law. For partly the same reasons, particularly given the rapid evolution of scientific advances, one can observe its appearance in certain domains of municipal law*>> Dupuy exemplifica com a questão das pesquisas genéticas para a reprodução assistida, onde são estabelecidas diretrizes éticas dirigidas para os estudiosos sem recorrer a *hard* instrumentos. DUPUY, Pierre-Marie, *Soft Law and... op. cit.*, p. 422.

<sup>46</sup> mas com um elemento psicológico dotado de persuasão e juridicidade importante para a comunidade ambiental internacional. Não foi por outro motivo que Amaral Júnior chamou referidos instrumentos de “fontes de baixa intensidade”. Cf. AMA-

zadas no âmbito internacional do ambiente.

Assim que a CRFB/1988, inspirada no artigo 66º da Constituição Portuguesa de 1976, consagrou então, com alguma melhoria estrutural<sup>47</sup>, a visão antropocêntrica originária, estabelecendo, não indene de crítica, um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao preconizar que <<Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações>><sup>48</sup>.

Essa perspectiva ecológica antropocêntrica, defendida por Vasco Pereira da Silva, e muito bem sintetizada na expressão <<verdes são também os direitos do homem>><sup>49</sup>, idealiza o direito ao ambiente não numa visão subjugada ou instrumentalizada pelo homem, mas sim numa perspectiva de que sua preservação é uma condição da realização da dignidade da pessoa humana, mediante a coexistência de direitos subjetivos públicos fundamentais das pessoas e da tutela objetiva de bens ambientais.

Mas se nem mesmo um ‘direito ao ambiente’ é pacificamente aceito, que dirá o reconhecimento da fundamentalidade subjetivada de tal direito no quadro da Constituição brasileira.

Assim que, Carla Amado Gomes propõe uma visão ecocêntrica moderada do direito ‘do’ ambiente, sem pôr em xeque o valor do Homem diante da Natureza, embora reconheça que uma tal visão, se levada ao extremo, é tão inoperante como a perspectiva antropocêntrica, <<porque é, além de irrealista,

---

RAL JÚNIOR, Alberto do, *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 54.

<sup>47</sup> GOMES, Carla Amado, *O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar Português*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. I, AAFDL. Lisboa: 2008, p. 279-282.

<sup>48</sup> Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil/1988.

<sup>49</sup> SILVA, Vasco Pereira da, *Verde Cor...*, *op. cit.*, p. 21.

tecnicamente impossível (os recursos naturais, não tendo personalidade jurídica, não são sujeitos de direito)>><sup>50</sup>.

E não é por outro motivo que a professora não só nega a existência do direito ‘ao’ ambiente<sup>51</sup>, considerando-o uma parcela de sonho que qualquer Constituição alberga<sup>52</sup>, como também a sua pretensa subjetivização, seja por não constituir um direito com um substrato autônomo de outros direitos individuais que lhe dão sustância, tais como a vida, a integridade física e a propriedade<sup>53</sup>, seja pela indeterminabilidade estrutural de seu conteúdo e respectiva inexigibilidade permanente, porquanto não se mostra possível, em termos universais, <<determinar o nível, quantitativo e qualitativo, das componentes ambientais de que cada indivíduo necessita para viver>><sup>54</sup>.

Para a autora, a expressão deve ser despida da carga simbólica e egoística<sup>55</sup> que carrega historicamente pelo contágio do Direito Internacional e pela pretensa assunção de uma posição subjetivada, distante da perspectiva solidarista que deve presidir a gestão dos bens ambientais, pelo que sugere sua reconstrução segundo a ideia de dever de proteção do ambiente, corroborando assim a responsabilidade primária do Estado de efetivar a adequada tutela ambiental<sup>56</sup>. Em suas palavras, <<a

---

<sup>50</sup> GOMES, Carla Amado, *O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. I, AAFDL, Lisboa: 2008, p. 33.

<sup>51</sup> O que não se confunde com o ‘direito do ambiente’. Cf. GOMES, Carla Amado, *O Ambiente...*, *op. cit.*, p. 27 e ss. Na mesma obra, da mesma autora, cf. *Ambiente (Direito do)*, p. 75 e ss.

<sup>52</sup> GOMES, Carla Amado, *O Direito ao Ambiente...*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>53</sup> GOMES, Carla Amado, *Escrever verde por linhas tortas: O direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. III, AAFDL, Lisboa: 2010, p. 165 e ss.

<sup>54</sup> GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Lisboa: 2007, edição digital (e-book), Lisboa: 2012, p. 85.

<sup>55</sup> Para a autora <<uma ética de responsabilidade ambiental não se constrói a partir de um direito individual>> GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>56</sup> GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 74 e ss.

melhor doutrina é aquela que vê no direito ao ambiente um direito-dever de utilização racional dos bens ambientais>>><sup>57</sup>, assertiva que parece ser corroborada no direito brasileiro diante da previsão constitucional e legal da ação popular e da ação civil pública<sup>58</sup>, que já conferem legitimidade processual para a tutela repartida do ambiente pelos membros da comunidade, independentemente da tônica de um direito subjetivo ao ambiente.

Escapa ao objetivo do presente texto mergulhar na discussão bastante complexa acerca de uma pretensa subjetivização do direito ao ambiente, não obstante deva-se reconhecer o domínio na doutrina e jurisprudência brasileira da visão do meio ambiente saudável e equilibrado como um direito fundamental, nada mais que uma decorrência quase que automática da opção do legislador constituinte (art. 225 da CRFB/1988), e da sua perfilhada fundamentalidade formal e material, ainda que fora do catálogo<sup>59</sup>.

Mas mesmo perfilhando um direito fundamental ao ambiente, impossível fechar os olhos a uma marca sua característica, que é a preponderância da perspectiva objetiva, no que diz com a conformação de posições jurídicas, em detrimento da perspectiva subjetiva<sup>60</sup>.

Partir-se-á, portanto, do reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente, sem se descurar, no entanto, da dúplice faceta identificada por Carla Amado Gomes na Constituição brasileira, uma objetiva consistente na tarefa do Estado de proteção ativa do bem ambiental, e outra subjetiva, material-

---

<sup>57</sup> GOMES, Carla Amado, *O Ambiente como...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>58</sup> Art. 5º, LXXIII da CF e Lei 7.347/85.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 116-8

<sup>60</sup> Sobre a distinção entre as perspectivas subjetiva e objetiva, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1256-7. Enquanto a primeira se refere a relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses e ideias, a segunda (perspectiva objetiva) leva em conta o significado para a comunidade, para o interesse público, para a vida comunitária.

zada no dever de cada pessoa de efetivar tal proteção, na comezinha lógica solidária, para as gerações presentes e futuras<sup>61</sup>.

### 2.3. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO

Não há como falar em dever fundamental de proteção do ambiente sem pousar, ainda que de passagem, no campo prescricional do direito fundamental ao ambiente, já que é justamente neste âmbito que a aludida técnica de proteção ambiental se completa, numa aliança simbiótica inquebrantável.

A despeito de existir abalizada doutrina defendendo um conceito amplo e único de direitos prestacionais, a rechaçar qualquer distinção interna artificiosa<sup>62</sup>, a verdade é que será em Alexy que se encontrará a maior aceitação teórica para o trato do tema. Partindo da distinção entre direitos a ações negativas/abstenções (direito de defesa) e direitos a uma ação positiva por parte do Estado (ao que chama de direitos a prestações em sentido amplo), o autor alemão propõe uma visão tripartite dos últimos, enxergando neles *a*) direitos à proteção, *b*) direitos à organização e ao procedimento e *c*) direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais).

Perspectivando tais categorias numa visão ambiental, poder-se-ia imaginar, respectivamente, *a*) o direito de exigir do Estado ações de proteção ao meio ambiente, como aponta o

---

<sup>61</sup>GOMES, Carla Amado, *O Direito ao Ambiente...*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>62</sup> Doménech Pascual aponta como única utilidade para a classificação tripartite de Alexy realçar que existem alguns direitos prestacionais que não correspondem com a imagem típica dos direitos sociais, já que, no mais, a classificação não se exime de críticas como o fato de existir direitos prestacionais que não se encaixam em nenhuma das categorias propostas (ex: celebrar atos religiosos ou ter acesso a informações confidenciais em poder do Estado), bem como por existir sobreposição inevitável entre as categorias propostas. Cf. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 74-5.

inciso VII do § 1º do artigo 225 da CRFB-1988<sup>63</sup>, o que numa relação triádica<sup>64</sup> corresponde ao dever do Estado de proteger a fauna e a flora, *b*) no plano judicial a ação civil pública e a ação popular para anular ato lesivo ao meio ambiente, ou ainda o dever objetivo do Estado de criar órgãos que dê efetividade a proteção do ambiente, como aqueles integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), e, por último, *c*) a imputação judicial do dever de a administração pública fornecer o serviço de coleta de lixo de forma continuada, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 575.998/MG<sup>65</sup>.

Sem embargo das críticas lançadas contra o clássico contraponto “direitos positivos x direitos negativos”, havendo quem chegue mesmo a afirmar que todos os direitos são positivos, já que todos os direitos têm custos e pressupõem uma atuação do Estado<sup>66</sup>, a verdade é que a lucidez de tal abordagem dicotômica converge harmonicamente para a ideia traçada por Alexy de direito fundamental completo<sup>67</sup>, ou seja, de feixe de posições jusfundamentais, na qual indiscutivelmente se insere o meio ambiente.

De efeito, o conceito amplo de direitos a prestações de Alexy permite não só rechaçar a existência de direitos funda-

---

<sup>63</sup> Art. 225 (...) § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

<sup>64</sup> <<enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva>>, pelo que ao direito corresponderia o dever estatal, a proporcionar uma exigibilidade tida como perfeita. ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 445-6.

<sup>65</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 575.998/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 191.

<sup>66</sup> Nabais registra que do ponto de vista do seu suporte financeiro, os clássicos direitos de liberdades (direitos negativos) são tão positivos como os direitos positivos. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 177, 195. Cf. também LOPES OLSEN, Ana Carolina, *Direitos Fundamentais Sociais*, Curitiba: Juruá editora, 2011, p. 59-61.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 248-253.

mentais exclusivamente negativos (de defesa) ou exclusivamente positivos (prestacional) – o que existe é a preponderância de um ou de outro –, como também vem a relevar o meio ambiente como um direito fundamental completo, constituído por um feixe de posições jurídicas que dizem respeito tanto a prestações fáticas (o Estado deve adotar ações concretas e materiais em favor do meio ambiente) quanto a prestações normativas ou procedimentais, tanto a direito de defesa (o Estado deve se abster de degradar o ambiente) quanto a direito de proteção (o Estado deve proteger o titular contra intervenções de terceiros lesivas ao meio ambiente)<sup>68</sup>.

Mais uma vez, desponta cristalina a ideia outrora traçada de insuficiência das liberdades positiva e negativa. O direito fundamental completo e legítimo do ambiente não pode ser lido sem a lógica intersubjetiva de direitos e deveres. Legitimidade na legalidade (Habermas). Liberdade na opinião do afetado, sem dominação, própria de um direito democrático, erigido numa ética de solidariedade.

## CAPÍTULO III – OS DEVERES FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DO AMBIENTE

### 3.1. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Pressuposto para a consideração de um dever fundamental de proteção ambiental é o juízo da força normativa da Constituição. Em 1862 Ferdinand Lassale, numa conferência sobre a essência da Constituição, proferiu sua tese fundamental segundo a qual “questões constitucionais não são questões jurídicas, e sim políticas”, expressivas das relações de poder dominantes (poderes militar, social, econômico, intelectual). Segundo ele, a

---

<sup>68</sup>Em abono, Novais registra que o direito fundamental como um todo é também a contrapartida do conjunto de deveres e obrigações estatais que resultam da imposição constitucional da norma de direito fundamental. NOVAIS, Jorge Reis, *As Respostas...*, *op. cit.*, p. 55.

correlação desses fatores reais do poder é que formariam a “Constituição real” do país, enquanto que a “Constituição jurídica” não passaria de um pedaço de papel, condenada a sempre sucumbir diante daqueles fatores reais, diante da Constituição real<sup>69</sup>.

Quase um século mais tarde (1959) Konrad Hesse contrapôs tais conclusões, afirmando que Constituição real e Constituição jurídica estão numa relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas não dependendo simplesmente uma da outra, pelo que <<ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio>><sup>70</sup>, não se podendo resumi-la a simples pedaço de papel, tal qual proposto por Lassale.

Apesar de a Constituição (jurídica) se vincular à realidade de poder (fatores reais de poder) e histórica de seu tempo, não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de um eventual conflito, não se pode simplesmente concluir que a Constituição (jurídica) seja a parte mais fraca, já que há pressupostos realizáveis que asseguram sua força normativa e, somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, haverá a conversão dos problemas constitucionais enquanto questões jurídicas em questões de poder, sucumbindo, agora sim, a Constituição jurídica em face da Constituição real<sup>71</sup>.

Assim, para Hesse, diferentemente de Lassale, a preservação da força normativa da Constituição não deve assentar-se numa “estrutura unilateral”, devendo sim incorporar parte da estrutura contrária, mediante meticulosa ponderação, pelo que, conclui, <<direitos fundamentais não podem existir sem deve-

---

<sup>69</sup> Sobre a posição de Lassale, cf. HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1991, p. 9.

<sup>70</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>71</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa...*, *op. cit.*, p. 25.

res>><sup>72</sup>.

Dáí que, imaginar uma Constituição que concretize um direito fundamental do ambiente sem prever um dever ambiental correlato, é imaginar uma Constituição que ultrapassa os limites da sua força jurídica, já que inevitavelmente a realidade porá fim à sua normatividade. Os próprios direitos fundamentais poderiam ser então postos em xeque.

E se efetivar a Constituição é o traço marcante do constitucionalismo contemporâneo, denota-se que aos deveres fundamentais de proteção ambiental se atribui uma parcela de responsabilidade nisso.

Necessário, então, entender um pouco mais desse aspecto imêmore da dimensão normativa da Constituição brasileira.

### 3.2. A EVOLUÇÃO DA VISÃO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E A CONCRETIZAÇÃO DA DIMENSÃO COMUNITÁRIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA QUESTÃO DE SOLIDARIEDADE.

O tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente um dos mais esquecidos pela atual doutrina constitucional<sup>73</sup>. E a razão não se prende apenas ao exagerado discurso quantitativo dos direitos fundamentais, mas também à conjuntura político-social do segundo pós-guerra, cuja preocupação era estabelecer um regime de proteção dos direitos e liberdades fundamentais forte o suficiente para extirpar de uma vez por todas qualquer tentativa de regresso ao passado totalitário<sup>74</sup>.

Uma hipertrofia tal dos direitos subjetivos em face dos deveres é resultado evidente do Estado Liberal individualista, com sentido único aos direitos fundamentais de escudo contra

---

<sup>72</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa...*, *op. cit.*, p. 21

<sup>73</sup> NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>74</sup> Novais registra a preocupação clara dos constituintes da época sobre os perigos que poderia ter a consagração de uma fórmula idêntica para os direitos e os deveres fundamentais. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 16.

as ingerências estatais, numa visão estrita de um <<instituto específico>><sup>75</sup> das relações entre o Estado e o indivíduo.

Em outras palavras, a preocupação excessiva de preservar o espaço de liberdade do cidadão em face do Estado, configurando direitos com feição puramente defensiva, traz consigo uma ideia de deveres relegados a um segundo plano, cuja atrofia desmedida conduz a uma muito tímida, ou quase inexistente preocupação comunitária. É o que se pode chamar de *deveres fundamentais liberais* ou de primeira dimensão.

Mas essa ideia de que o dever traz limitação à principal bandeira do Estado, então liberal, não foi longe, já que os indivíduos não podem se considerar desligados dos valores comunitários que preenchem o espaço normativo em que se movem, mas têm sim o dever jurídico de os respeitar, numa ideia de auto-responsabilidade social<sup>76</sup>.

Esse repensar da posição dos deveres fundamentais, em prol de uma efetiva comunidade política, vem então a vincular e a harmonizar o exercício dos deveres e dos direitos, reestruturando a teoria dos direitos e deveres fundamentais, numa vertente de que os deveres fundamentais não encerram apenas deveres, e nem os direitos apenas direitos.

Surgem, então, os *deveres fundamentais sociais*, banhados pelas mesmas águas dos direitos fundamentais correlatos de segunda dimensão. Esse movimento constitucional garantidor de uma liberdade limitada pela responsabilidade, que não enxerga apenas direitos, mas também deveres, é acompanhado no plano internacional por inúmeros instrumentos (*soft law*), como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)<sup>77</sup>,

---

<sup>75</sup>VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Almedina, 2004, p. 247.

<sup>76</sup>VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>77</sup>“Art. XXIX. 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. Cf. [http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf), acessado em 02 de agosto de 2013.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)<sup>78</sup>, Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969)<sup>79</sup>, Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (1981)<sup>80</sup> e, mais recentemente, e em posição de destaque, por inserir os deveres fundamentais no campo dos deveres ecológicos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), que em seu preâmbulo dispõe que o gozo dos direitos nela consagrados “*implica responsabilidade e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras*”<sup>81</sup>.

A formatação sequencial da consagração dos deveres jurídicos de caráter fundamental tem o seu cume, então, com a vinculação dos indivíduos no plano transindividual, para além de um mero dever de respeito mútuo entre indivíduos de um mesmo grupo social.

Os *deveres ecológicos*, típicos do <<Estado Pós-social em que vivemos>><sup>82</sup>, marcam então o ápice do gradual alargamento do catálogo dos deveres fundamentais, vocacionados, numa crescente exponencial, a perceber os direitos do homem considerado na sua relação com os demais, numa consideração

---

<sup>78</sup>Ao dispor em seu preâmbulo que o indivíduo, por ter deveres para com os outros indivíduos e a coletividade a que pertence, está obrigado a procurar a vigência e observância dos direitos reconhecidos neste Pacto. Cf. <http://www.uniceub.br/media/123120/PIDESC.pdf>, acessado em 01 de agosto de 2013.

<sup>79</sup>Art. 32. 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”. Cf. [http://www.rolim.com.br/2002/\\_pdfs/pactoSanJose.pdf](http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/pactoSanJose.pdf), acessado em 01 de agosto de 2013.

<sup>80</sup>Onde os deveres humanos vêm destacados, notadamente no artigo 29º/7. cf. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>, acessado em 02 de agosto de 2013.

<sup>81</sup> Cf. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf), acessado em 02 de agosto de 2013.

<sup>82</sup> SILVA, Vasco Pereira da, *Verde Cor...*, *op. cit.*, p. 23.

positiva<sup>83</sup> dos deveres ambientais.

Mas a abordagem mais ajustada dos deveres fundamentais repele os extremismos. Nem ao céu, nem à terra. Nem o liberalismo conhecedor apenas de direitos, nem o totalitarismo conhecedor apenas de deveres são vias transitáveis.

Por isso Ingo Sarlet<sup>84</sup> e Vieira de Andrade relacionam a concepção de deveres fundamentais à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, <<por se entender estarem em causa em ambos os casos a moderação, a correcção ou a superação das teses emancipatórias do liberalismo individualista, quer para defesa da democracia, promovendo a participação activa dos cidadãos na vida pública, quer a favor de um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais>><sup>85</sup>.

A CRFB-1988 (art. 225, *caput*), ao dispor que incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, para lá de anunciar ‘deveres de proteção ambiental’ ao Estado, afirma a corresponsabilidade dos particulares, que também estão juridicamente vinculados a uns tais deveres, ainda que não se confundam, vale dizer, com aqueles dirigidos ao Estado.

Assim que, ao estender seus tentáculos aos particulares em geral, a Constituição propõe por meio dos ditos deveres fundamentais uma parceria democrática, uma consciência ambiental participativa<sup>86</sup>, solidária<sup>87</sup>, numa vertente mais (e não

---

<sup>83</sup> BELO, Ney, *Os Deveres Ambientais...*, *op. cit.*, p. 871.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 227.

<sup>85</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>86</sup> Sobre o princípio da democracia participativa, a dar lugar e voz aos titulares dos direitos, cf. MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 480-1. <<if the public does not understand why and how environmental quality can be maintained, incremental acts of unenlighted self interest will perpetuate the negative trends of environmental degradation>> ROBINSON, Nicholas A., *International environmental law: “common but differentiated responsibilities”*, in *Revista de Direito Ambiental (RDA)* 24/9, out-dez/2001; Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental*, Vol. V, *Responsabilidade em Matéria Ambiental*, ed. RT, 2011, p. 1.207.

apenas) de norma princípio do que de valor, mais deontológica (dever-ser) do que axiológica ou, nas palavras de Alexy, autêntico <<mandamento de otimização>><sup>88</sup>, firmado na dignidade da pessoa humana de forma individualizada (perspectiva subjetiva) e também institucionalizada no quadrante comunitário ou social (perspectiva objetiva)<sup>89</sup>.

Pode-se concluir, nessa ótica, que a solidariedade a que se atrelam os deveres fundamentais do ambiente é aquela que se originou no terceiro termo da Revolução Francesa (fraternidade), e que se carregou de sentido com o Estado Social, após a quebra do jejum de individualismo<sup>90</sup>, ao que Nabais chamou de ‘solidariedade dos modernos’<sup>91</sup>, solidariedade como princípio jurídico e político.

Mas não é só isso, a solidariedade que desponta de tais deveres dito fundamentais é também uma solidariedade que vai além daquela estabelecida verticalmente no Estado Social, provedor absoluto das prestações fáticas dos cidadãos, para se consolidar, utilizando-se mais uma vez dos ensinamentos de Nabais, numa ‘solidariedade horizontal’ ou dos deveres, que exige, de um lado, os deveres fundamentais que o Estado não pode deixar de concretizar legislativamente e, de outro, os deveres de solidariedade que cabem à sociedade civil, aos indivíduos entre si, que se desenvolvem fora da esfera das relações

---

<sup>87</sup> O pleno do STF consignou que a proteção constitucional do ambiente enseja “especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005

<sup>88</sup> Cf., mais uma vez, ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 86-94 e 144-7.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>90</sup> GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>91</sup> E não uma dimensão fraca e débil da solidariedade concebida como simples virtude, a chamada solidariedade dos antigos.

de poder do estado<sup>92</sup>, solidariedade essa que, na ausência, vem a comprometer a própria eficácia das normas jurídicas de proteção ambiental<sup>93</sup>.

Até o momento se dimensionou, ainda que de forma contida, justificada pela natureza do presente trabalho, os aspectos deontológicos da solidariedade a que se atrela o dever fundamental de proteção do ambiente. Mas há também quadrantes axiológicos, que exercem papel decisivo para escoreta exegese e aplicação do dever fundamental.

Hart<sup>94</sup> sustenta que, embora haja conexões ocasionais diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, pelo que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais (ou mesmo moralmente iníquos), o que vai de encontro a Dworkin, segundo o qual deve haver pelo menos fundamentos morais indiciários para a existência de direitos e deveres jurídicos (direitos e deveres morais).

Do diálogo chega-se a uma conclusão: é manifesto que nem toda norma jurídica possui conteúdo moral, como algumas que estabelecem deveres estritamente processuais. No entanto, em matéria de defesa do ambiente, parecem fazer sentido as considerações de Dworkin que relevam a moral.

Assim que deve ser reconhecida, no campo axiológico, uma dimensão moral solidarizante do dever fundamental de proteção do ambiente, a ser agregada à força normativa da Constituição, ligada a compromissos de ética ambiental intra-geracional<sup>95</sup>, intergeracional<sup>96</sup> e interespecies<sup>97</sup>, cabendo ao

---

<sup>92</sup> NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, op. cit., p. 135-143.

<sup>93</sup> BIANCHI, Patrícia, *Eficácia das normas ambientais*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286-9. A autora destaca a influência da educação ambiental na eficácia das normas jurídicas, ao promover o despertar da consciência ética solidária.

<sup>94</sup> HART, Herbert L.A., *O conceito de direito (Pós-escrito)*, 3ªed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 331.

<sup>95</sup> A que Sarlet chama de “deveres fundamentais de proteção do ambiente de cunho transnacional”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito*

*Constitucional...*, *op. cit.*, p. 159-161. Toda a atividade humana que possa romper com o equilíbrio ambiental deve ser responsabilizada por isso, independentemente da localidade de onde se originam, já que a degradação ambiental é um problema transfronteiriço, indene dos conceitos tradicionais de soberania empunhados pelo homem. Daí a necessidade de se olhar para o assunto sob uma ótica liberal do direito internacional (os Estados devem privilegiar a cooperação ao invés da competição - BULL, Hedley, cf. BARBOSA, Rangel e OLIVEIRA, Patrícia, *O Princípio do Poluidor...*, *op. cit.*, p. 591), reconhecendo-se, ainda, “deveres ecológicos” também nas relações entre cidadãos de diferentes Estados. A equidade, nesta senda de cooperação, deve ser entendida não no plano de uma igualdade formal, mas sim no sentido de que “as responsabilidades dos Estados são comuns, mas diferenciadas” (princípio desconhecido na Declaração de Estocolmo, mas lembrado por reivindicação dos países em desenvolvimento pela Declaração do Rio de Janeiro - Princípio 7). Em outras palavras, as obrigações diferem consoante a capacidade dos Estados e seus históricos de contribuição no passado e no presente para o dano ambiental. Um exemplo claro ressaí do Protocolo de Quioto. Enquanto os países desenvolvidos e os países em transição, listados no anexo B de Quioto, haveriam de se obrigar a uma redução da emissão dos GEE em 5% abaixo dos níveis do ano de 1990 (de 2008 a 2012), aos países em desenvolvimento foram estabelecidos compromissos bem menos audaciosos, como manter os patamares de emissão já fixados anteriormente. Sobre o afirmado no texto, Lang registra que esta nova diferenciação ou discriminação positiva em favor de países em desenvolvimento tem que ser digerida pelo direito internacional, que ainda segue as regras da igualdade soberana. LANG, Winfried, *UN-Principles and International Environmental Law*, Max Planck UNYB 3, 1999, p. 167.

<sup>96</sup> Tal assertiva vai ao encontro da posição de Carla Amado Gomes, que descarta de um conceito jurídico a ‘solidariedade intergeracional’, que para ela, por obstáculos práticos (ausência de representatividade política das gerações futuras), jurídicos (impossibilidade de responsabilização entre as gerações), científicos e sociais, se resume a um imperativo moral, mas não jurídico. GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 108-9. Canotilho enxerga três campos problemáticos onde evidenciam os interesses destas gerações, (i) o das alterações irreversíveis dos ecossistemas, (ii) o do esgotamento dos recursos e (iii) o campo dos riscos duradouros. Como bem observado pelo autor, a efetividade e a operacionalidade prática da proteção dos interesses das gerações futuras pressupõe, logo, como ponto de partida, a efetivação do princípio da precaução, princípio fundante e primário desta tarefa, a impor prioritária e antecipadamente a adoção de medidas preventivas, segundo as melhores técnicas disponíveis. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato, orgs, *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, 4<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28-9.

<sup>97</sup> Seriam os “deveres fundamentais de proteção do ambiente para com os animais não humanos e a natureza como um todo” a que se refere Sarlet. Nabais se refere a um conjunto de deveres indiretos para com a humanidade, reconhecendo <<os deveres para com os nossos companheiros de aventura humana – os animais, as plantas e até os rios, os mares>>, apesar de afastar uma visão ecocêntrica, calçada num pre-

exegeta buscar, com supedâneo nessa ordem de valores, o maior alcance possível da norma impositiva do respectivo dever<sup>98</sup>.

Isso não significa que dever jurídico e dever moral possam vir a se confundir. Kelsen já negava tal assertiva<sup>99</sup>. O dever fundamental, ligado a uma ordem jurídica positiva, “*não é uma situação de fato diversa da norma jurídica que prescreve esta conduta*”<sup>100</sup> e, portanto, sua leitura, ainda que traga contornos de uma feição axiológica, não pode ir além da prescrição normativa, como, aliás, se verá.

### 3.3. A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Ninguém questiona que no plano ético-axiológico, ou mesmo espiritual, a ideia dos deveres fundamentais releva primado indispensável para a existência de uma sociedade organizada, já que, pelo fato de o homem não viver isoladamente, nenhuma liberdade pode ser absoluta, mas sim limitada por uma responsabilidade comunitária.

A problemática se inicia, no entanto, a justificar uma teoria geral para o trato da matéria, quando se busca estabelecer o alcance jurídico desses deveres fundamentais, que é algo bem diferente.

Schlink e Pieroth entendem que os deveres fundamentais se desenvolvem nas atualizações do direito ordinário, que os conforma, todavia <<não estão, como obrigações fundamentais, no mesmo nível dos direitos fundamentais, mas são inge-

---

tenso “direito dos animais”. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 164-6. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, op. cit., p. 239.

<sup>98</sup>SGARIONI, Márcio Frezza e RAMMÊ, Rogério Santos, *O dever fundamental de proteção ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais*, in *Direito Público, Síntese*. Brasília: ano VIII, Vol. 42, Nov-Dez/2011, p. 35 e ss.

<sup>99</sup>KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 82-3.

<sup>100</sup>KELSEN, Hans, *Teoria Pura...*, op. cit., p. 81.

rências, como todos os outros deveres impostos por lei>><sup>101</sup>.

Vieira de Andrade reconhece o dever geral de respeito pelas normas constitucionais, como limites aos direitos dos cidadãos, mas afasta um modelo funcionalista dos direitos no campo das liberdades de atuação, o que, para ele, não significa que se deva desvalorizar o conceito de deveres fundamentais, que tem seu lugar na definição do estatuto da pessoa na comunidade política<sup>102</sup>.

Nabais registra que os direitos e os deveres fundamentais não constituem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa “conexão funcional”, que de um lado impede a unilateralidade ou exclusivismo dos direitos fundamentais e, de outro, não constitui obstáculo à ideia de primazia dos direitos fundamentais (de liberdade) face aos deveres fundamentais<sup>103</sup>.

A primeira premissa que se institui, conforme já estabelecido, é que direitos fundamentais não podem existir sem deveres (Hesse)<sup>104</sup>, e nem deveres sem direitos (Nabais)<sup>105</sup>.

Não existe no direito constitucional brasileiro um conceito material de deveres fundamentais tal qual ocorre com os direitos fundamentais. Mas isso não impede de se proceder, desde logo, a uma ilação bastante lógica, a de que somente se qualificam como deveres fundamentais aqueles que constam expressa ou implicitamente da Constituição<sup>106</sup>, ainda que Cano-

---

<sup>101</sup> SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos Fundamentais*, tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, série IDP, São Paulo: Saraiva, 2012, item 209.

<sup>102</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 166-7

<sup>103</sup> Já que estes (deveres) servem, ainda que indiretamente, o primado da liberdade. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 316.

<sup>104</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa...*, *op. cit.*, p. 21. Cf também SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 227.

<sup>105</sup> NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 315.

<sup>106</sup> NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 170-1 e 278-288; MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 214. Caso contrário, se não encontrarem previsão constitucional, ainda que de importância material irretorquível, nada impede que sejam impostos pelo legislador ordinário, mas ainda assim serão puramente

tilho, Sarlet e Fensterseifer admitam o contrário<sup>107</sup>. E isso por uma razão óbvia: não há cláusula de abertura material da Constituição aos deveres, mas apenas aos direitos fundamentais (§ 2º, art. 5º, CRFB-1988), sendo uma tal ausência justificada pela primazia engendrada na Constituição da liberdade do indivíduo face à autoridade do estado<sup>108</sup>.

Já se disse que os deveres fundamentais de proteção do ambiente não se confundem com os deveres de proteção estatais da mesma ordem. E quanto a estrutura dos mesmos, tem-se que, enquanto os primeiros incluem como destinatários os interessados no uso dos bens naturais<sup>109</sup> – que na sua dimensão imaterial são todos os habitantes do planeta –<sup>110</sup>, os últimos têm como titulares passivos os Poderes Públicos. De outro norte, na seara da titularidade ativa, no que concerne aos deveres fundamentais de defender o ambiente, está a coletividade, entendida como toda a comunidade humana, nacional e internacional<sup>111</sup>.

---

deveres legais.

<sup>107</sup> Canotilho se refere a “deveres fundamentais extraconstitucionais”. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 1ª Ed, Revista dos Tribunais, 2007, p. 322. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>108</sup> O próprio Canotilho reconhece a inexistência dessa cláusula de abertura. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 534.

<sup>109</sup> Não só as pessoas físicas (eventualmente estrangeiros e apátridas) são destinatárias dos deveres fundamentais, mas também as pessoas coletivas, sejam as desprovidas de personalidade jurídica, sejam as “públicas”. Quanto as últimas, deve-se consignar que as hipóteses tendem a ser excepcionais, o que, no entanto, não as exclui da titularidade passiva. Se se aceita a titularidade dos “direitos” fundamentais por partes de pessoas públicas, como o fazem Canotilho, Ingo Sarlet, por corolário deve-se reconhecer tal titularidade no que tange aos “deveres” fundamentais que tais direitos integram. Cf. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 299 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 224-5.

<sup>110</sup> GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 121

<sup>111</sup> Isso não quer dizer que outros deveres fundamentais não possam ter outros titulares ativos. Assim, nos deveres clássicos (defesa da pátria, dever de pagar impostos), por relacionarem a existência do próprio estado, está-se perante deveres fundamentais para com o estado. Há deveres para com o próprio destinatário: promoção da saúde própria. Há deveres para com grupos de pessoas: dever dos pais de manuten-

Também se deve reconhecer a independência jurídica dos deveres fundamentais com relação aos direitos fundamentais, não obstante compartilhem do mesmo regime geral, do mesmo (e único) estatuto constitucional do indivíduo<sup>112</sup>.

No entanto, ao contrário do que se dá com os direitos, liberdades e garantias na CRFB-1988<sup>113</sup>, as normas que albergam os deveres fundamentais, por força do próprio princípio da liberdade<sup>114</sup>, não são diretamente aplicáveis aos seus destinatários subjetivos<sup>115</sup>, já que, por via de regra, <<não têm o seu conteúdo concretizado ou concretizável na constituição, sendo, pois, deveres de concretização legal>><sup>116</sup>, o que não significa se subsumirem ao conceito de normas programáticas no velho sentido oitocentista<sup>117</sup>.

---

ção e educação dos filhos. Mas no fim, sejam quais forem os deveres (todos eles), estão ao serviço de valores comunitários e, nessa medida, ao menos de um modo indireto, são deveres para com a comunidade estatal.

<sup>112</sup> Tanto que no capítulo I do Título II da CRFB-1988, que alberga o artigo 5º, consta a expressão “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”

<sup>113</sup> Art. 5º (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>114</sup> NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, op. cit., p. 365.

<sup>115</sup> Sarlet afirma que os deveres fundamentais podem ter eficácia e aplicabilidade imediatas, mas que dependem do respeito ao princípio da legalidade, o que, na essência, vem ao encontro do que ora se afirma, porque uma coisa é a aplicabilidade imediata comum às normas constitucionais (com alguns efeitos de revogar legislação anterior contrária ou inconstitucionalidade de atos posteriores) e outra a necessidade de mediação legislativa para determinados fins, como imposição de sanções. SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, op. cit., 11ª Ed, p. 230-1.

<sup>116</sup> NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, op. cit., p. 174. Comparato, para além de afirmar uma aplicabilidade direta do dever fundamental de exercício da função social da propriedade, reconhece ainda que tal dever fundamental possa não só restringir o direito fundamental da propriedade, com uma desapropriação sancionativa por interesse social, como também utiliza-se da proporcionalidade para justificar uma indenização incompleta, o que se mostra equivocado, não só por atestar uma aplicabilidade imediata de tal dever, em afronta a reserva legal do dever fundamental, como também por criar sanção não concretizada pelo legislador mediante uma adequada consideração da proporcionalidade. Cf. COMPARATO, Fabio Konder, *Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade*, <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>, site visitado em 24/08/2013.

<sup>117</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 535-6.

Por vezes a concretização dos deveres fundamentais se realiza na própria Constituição<sup>118</sup>, caso em que o legislador estará vinculado quanto à existência e quanto ao conteúdo de tais deveres<sup>119</sup>, mas ainda assim disporá de alguma liberdade, seja de conformação seja para eleger as sanções aplicáveis para as hipóteses de descumprimento, um aspecto que, de alguma maneira, aproxima o instituto aos já citados direitos prestacionais em sentido estrito<sup>120</sup>.

Boa parte da doutrina<sup>121</sup> distingue os “deveres fundamentais autônomos” dos “deveres fundamentais conexos ou associados a direitos”. Os primeiros independem da existência de qualquer direito correlato, não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo (dever de pagar impostos, de prestar serviço militar etc), enquanto os segundos são aqueles que tomam forma a partir do direito fundamental a que estão materialmente atrelados.

As maiores dificuldades se prendem aos deveres associados, por haver implicações na estrutura e no significado dos direitos, que teriam de admitir uma mais profunda intervenção dos poderes públicos, numa espécie de funcionalização ou anulação, indo de encontro a sua essência histórica de direitos de defesa contra o Estado. E essas dificuldades aumentam na mesma proporção da preponderância em dado dever fundamental da atuação dos indivíduos sobre a atuação dos poderes pú-

---

<sup>118</sup>Vieira de Andrade reconhece a aplicabilidade direta dos deveres fundamentais quando a Constituição determina expressamente o seu conteúdo concreto. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 170.

<sup>119</sup>NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, op. cit., p. 174.

<sup>120</sup>Já que, via de regra, também se dirige ao legislador para serem concretizados. Importante registrar, nessa senda, que o pano de fundo da problemática dos direitos sociais está realmente ligado a questão competencial ou da separação de poderes, ou seja, saber a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, alcance e conteúdo. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33-5.

<sup>121</sup>Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 161 e ss. SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, op. cit., 11ª Ed, p. 229. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, V., *Constituição...*, op. cit., p. 319-321.

blicos, conforme deixa a entender Vieira de Andrade<sup>122</sup>.

Saber como desatar tais questões, na esfera de um dever fundamental de proteção do ambiente, pode não ser tarefa das mais simples, e nem ter uma resposta incontestada, mas é o que, desde já, se procurará desincumbir no presente trabalho.

#### 3.4. O “DIREITO-DEVER” DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E OS LIMITES PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DEVER ASSOCIADO NUM QUADRO DE PROPORCIONALIDADE E DE “EFEITOS RECÍPROCOS”.

Já se discorreu sobre o amadurecimento histórico dos deveres fundamentais, justaposto à história das dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais e dos correlativos modelos de Estados de Direito que as consagraram. Referiu-se, então, a deveres ditos liberais, deveres sociais e, agora, deveres ecológicos, típicos do atual modelo de Estado Pós-social ou, numa visão ambientalista, próprios de um Estado Socioambiental.

Essa transição histórica também evidencia a transição dos deveres autônomos aos deveres associados aos direitos e, portanto, também traz a tona o problema da funcionalização dos direitos conexos<sup>123</sup>.

Os deveres fundamentais de proteção do ambiente, por força da disposição constitucional de regência (art. 225, CRFB-1988), encontram-se diretamente vinculados aos direitos fundamentais correlatos, cuidando-se, portanto, de típicos “deveres do tipo conexo”<sup>124</sup>. Mesmo Carla Amado Gomes, que re-

---

<sup>122</sup>Para o autor a questão não aparece habitualmente no âmbito, por exemplo, dos direitos a prestações (habitação, segurança), mas já há polêmica no que respeita aos direitos políticos (direitos de participação). Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 162-5.

<sup>123</sup>VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Ed. 3ª, 2004, p. 162.

<sup>124</sup>Essa integração num texto constitucional dos deveres associados aos direitos ecológicos não foi inaugurada pela Constituição brasileira, porquanto já havia norma

chaça um direito ao ambiente, e mesmo sua subjetivização, não discorda que o dever de proteção do ambiente esteja vinculado a determinados direitos, ainda que na sua visão estes direitos tenham objetos diversos (de circulação, de propriedade etc)<sup>125</sup>.

O Supremo Tribunal Federal<sup>126</sup> já destacou o dever fundamental de solidariedade a todos atribuído, projetado a partir do direito fundamental ao ambiente, reconhecendo, portanto, que o dever fundamental de proteção do ambiente é mesmo um dever conexo, dotado de fundamentalidade material.

De toda sorte, não há como negar que a constitucionalização de um dever de proteção do ambiente, imposto fundamentalmente aos cidadãos, tem por corolário promover a alteração do conteúdo estrutural do correlato direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando até mesmo seu dinamismo e natural abstração<sup>127</sup>.

E por que não ir mais longe, reconhecendo mesmo que tal dever, por coincidir com parte do conteúdo do respectivo direito, atinge a sua natureza<sup>128</sup>, que tem de ser configurado, diante de uma tão íntima ligação, como “direito-dever”, com dupla vertente, de direitos de solidariedade<sup>129</sup> e de deveres fundamentais de solidariedade, a serem exercidos num quadro de reciprocidade e circularidade, onde a perspectiva objetiva ocu-

---

constitucional portuguesa (1976) neste sentido.

<sup>125</sup>E por incluir direitos na sua órbita, a professora classifica o dever fundamental de proteção do ambiente como heterogêneo. GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Lisboa:2007, edição digital (e-book), Lisboa:2012, p. 125 e 130.

<sup>126</sup>ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello (01/09/2005).

<sup>127</sup>BELO, Ney, *Os Deveres Ambientais...*, *op. cit.*, p. 870

<sup>128</sup>Apesar disso não parece que haja uma exclusão da liberdade negativa do correlato direito ao ambiente a que se encontra associado, apesar de ser uma tendência dos deveres não autônomos e associados com outros direitos. Sobre tal tendência, cf. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 308 e 312.

<sup>129</sup>Com isso não se quer afirma um direito (subjetivo) à solidariedade, reconhecida de difícil delimitação de um âmbito de proteção. A relação pretende dar ênfase à solidariedade como dever, já que um direito de tal natureza passaria a fazer sentido quando conectado a outros direitos e deveres, como no caso da proteção do ambiente.

pa lugar de destaque. Estabelece-se, em certo ponto, a correspondência à ideia de “deveres imanentes” a que se refere Andrade<sup>130</sup> ou, nas palavras de Nabais, de “direitos boomerang”<sup>131</sup>.

Fabrizio Fraccia, ao fragilizar a ideia de *full rights*, destaca que o direito de viver em um meio ambiente específico atribuível à humanidade <<só pode ser assegurado por meio da imposição de deveres concretos ao homem>><sup>132</sup>, pelo que a perspectiva do dever, associada ao conceito de solidariedade e responsabilidade, parece mesmo permear toda a legislação ambiental, chegando quase a ser auto-suficiente para traduzir inúmeros princípios que a circundam (prevenção, precaução, poluidor-pagador), mesmo num cenário internacional (Conferência de Estocolmo, Rio de Janeiro e muitos outros)<sup>133</sup>.

Com isso não se pretende funcionalizar os direitos, mas sim demonstrar, como já referido, que os deveres fundamentais de proteção do ambiente, apesar de associados, possuem uma realidade autônoma e exterior aos direitos, ainda que possam fundamentar uma limitação dos mesmos, por meio da exigência expressa de um valor ou interesse comunitário muito forte<sup>134</sup>, o que não é completa novidade, já que da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais exsurge um tal viés.

Assim que as limitações/restrições aos direitos fundamentais não se encontram circunscritas à ordem subjetiva das liberdades de outros particulares, mas também podem ser efeti-

---

<sup>130</sup>Sobre direitos circulares, de solidariedade e deveres imanentes, cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 168-170.

<sup>131</sup>Já que eles são, por um lado, direitos e, por outro, deveres para o respectivo titular ativo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares. Cf. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, op. cit., p. 238-9.

<sup>132</sup>FRACCIA, Fabrizio, *The Legal Definition of Environment: From Rights to Duties*, Bocconi Legal Studies, Research Paper nº 06-09, in <http://ssrn.com/abstract=850488>, acessado em 10/09/2013, p. 29.

<sup>133</sup>Sobretudo, cf. FRACCIA, Fabrizio, *The Legal Definition...*, op. cit., p. 14 e ss.

<sup>134</sup>Mais uma vez retoma-se a lição de Canotilho sobre o conceito de fundamentação objetiva. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 1256-7.

vadas pelos deveres fundamentais “imanescentes”, designadamente, e o que interessa ao presente trabalho, os de proteção do ambiente<sup>135</sup>, do que parece não se distanciar a posição de Reis Novais que, apontando para um reconhecimento germânico, doutrinário e jurisprudencial, dos deveres fundamentais como “limites imanescentes” dos direitos fundamentais<sup>136</sup>, aduz que tais deveres não assumem qualquer especificidade relativamente a quaisquer outros bens ou interesses candidatos a fundamentos de restrição daqueles direitos (fundamentais)<sup>137</sup>.

E aqui se rebobina a ideia inicialmente lançada<sup>138</sup>, segundo a qual a transindividualidade do bem coletivo não prescinde de um sistema onde os deveres e os limites aos direitos tenham relevância para uma adequada proteção do ambiente.

Já se disse que os preceitos constitucionais relativos aos deveres se dirigem fundamentalmente ao legislador ordinário que, apesar de não se investir de qualquer poder de restrição sobre os mesmos<sup>139</sup>, poderá ter, conforme o caso, ampla ou limitada liberdade de conformação.

No caso do dever fundamental de proteção do ambiente, por sua forte irrealização conteudística<sup>140</sup>, justificada pelo princípio da liberdade<sup>141</sup>, e dada a sua complexidade que lhe permi-

---

<sup>135</sup> Já se falou a respeito da conexão entre os deveres fundamentais e a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

<sup>136</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 445.

<sup>137</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 464.

<sup>138</sup> Cap. I, 1.2.

<sup>139</sup> É que, como o constituinte se guia pelo princípio da liberdade, o conteúdo dos deveres fundamentais será fixado em termos minimalistas (e o dos direitos o mais amplo possível), ficando o legislador habilitado a concretizá-los em termos ampliativos, se for o caso, mas não restritivos. Cf. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 371

<sup>140</sup> Carla Amado ressalta que, ao contrário de outros deveres fundamentais, como o de pagar impostos ou de votar, cujo tipo de prestação é uniforme, o dever fundamental de proteção do ambiente metamorfoseia-se em função do elemento natural cuja proteção está, em concreto, em causa. GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 125-6.

<sup>141</sup> Como dever fundamental, a obrigação de proteção do ambiente é uma limitação da esfera de liberdade dos indivíduos, e por isso deve se dar a nível constitucional na

te transitar simultaneamente entre a função defensiva (deveres negativos) e a função prestacional (deveres positivos)<sup>142</sup>, praticamente fica a cargo do legislador a ampla concretização do seu conteúdo<sup>143</sup>, como, aliás, se dá com a generalidade dos deveres associados a direitos sociais, a despeito da indeterminação destes se atrelarem mais a quadros de impossibilidade real ou fática<sup>144</sup>.

E é em Jorge Miranda<sup>145</sup> que se buscam, então, os limites para essa conformação legislativa, que não pode ser livre e discricionária: (i) observância dos princípios da universalidade e da igualdade, (ii) a proibição, sob o pretexto de deveres, de imposição de restrições não autorizadas ou que afetem o conteúdo essencial do direito, (iii) necessidade, por isso mesmo, de lei geral, abstrata e não retroativa e, por fim, esquecido pelo autor, mister acrescer a tal rol, o (iv) princípio da proibição do excesso<sup>146</sup>, que se procurará conferir enfoque mais detido, ante as peculiaridades que lhes são ínsitas.

Esse é, então, o quadro em que deve ser estabelecido o dever de proteção do ambiente, o qual, nas palavras de Carla Amado, <<nas suas múltiplas configurações, resulta justamente de ponderações valorativas que, de forma algo simplista, contrapõem a necessidade de protecção dos valores ambientais ao imperativo de desenvolvimento econômico e social – forjando, para cada sociedade, o padrão de “desenvolvimento sustentado”>><sup>147</sup>.

---

menor medida possível, já que um sacramento rígido poderia ser mais gravoso para a liberdade do que o necessário.

<sup>142</sup>SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>143</sup>A auto-aplicabilidade se torna de difícil execução no campo dos deveres porque para o cumprimento de um dever se faz mister procedimentos e estruturas organizatórias que não são necessárias para o gozo de um direito. Cf. BELO, Ney, *Os Deveres Ambientais...*, *op. cit.*, p. 864.

<sup>144</sup>NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 350 e 367.

<sup>145</sup>MIRANDA, Jorge, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 214-5.

<sup>146</sup>BELO, Ney, *Os Deveres Ambientais...*, *op. cit.*, p. 868-870.

<sup>147</sup>GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 133.

Como pontua a professora lusitana, o legislador, salvo se da Constituição emanar ordem de legislar, não está obrigado a estabelecer deveres, mas, se assim o fizer, deve atuar num processo ponderativo de valores<sup>148</sup>, verificando a aptidão (se a ‘deverosidade’ a ser imposta é apta a realizar o fim visado com a restrição ao direito), a necessidade (de todas as manifestações de deveres igualmente idôneas disponíveis, deve-se optar por aquela que produza efeitos menos restritivos a direitos<sup>149</sup>) e a proporcionalidade em sentido estrito (justa medida, relação de adequação entre os bens e interesses em colisão).

Tais etapas já foram suficientemente exploradas pela doutrina<sup>150</sup>, de modo que imperiosa, no presente contexto, a análise das especificidades que elas apresentam no âmbito dos deveres fundamentais do ambiente.

Segundo Nabais, dos três testes em que se desdobra o princípio da proporcionalidade *lato sensu*, apenas o juízo da proporcionalidade *stricto sensu* tem papel decisivo na concretização do conteúdo de um dever fundamental, já que os demais testes (idoneidade e necessidade) caberão necessariamente ao legislador constituinte, que é quem decidirá da sua consagração constitucional ou não<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 133. A autora, na mesma obra, às f. 124-9, refere-se a variabilidade da conformação do conteúdo do dever de proteção consoante as atividades desenvolvidas e seus respectivos potenciais lesivos, que vão desde um nível mínimo de “deverosidade ambiental” (simples abstenção de causar dano – obrigações de *non facere*) até deveres que podem exigir comportamento positivo cada vez mais específicos (limite de emissões poluentes a um dado ramo da indústria – obrigações de *facere*). Gomes registra, ainda, as obrigações de *pati* (de suportação ou toleração), que para ela ganham sentido nos deveres de estrutura compósita (com obrigações positivas e negativas).

<sup>149</sup> A carga imposta ao destinatário não deve revelar-se excessiva, nem na fixação de condutas concretas, nem no sancionamento do desrespeito por tais condutas. GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação...*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>150</sup> Com muita propriedade é a abordagem de Alexy e Novais sobre o tema. Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos...*, *op. cit.*, p. 588-611; NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais...*, *op. cit.*, p. 161 e ss.

<sup>151</sup> Nesse sentido, cf. NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade...*, *op. cit.*, p. 345. A ideia está associada a não aceitação dos deveres fundamentais extraconstitucionais.

No entanto, tal assertiva deve ser acatada com reservas no âmbito dos deveres fundamentais de proteção do ambiente que, diante da complexidade compósita que lhes são inerentes, requerem alto grau de concretização por parte do legislador ordinário, o que se justifica, até certo ponto, por possuírem ao mesmo tempo carga normativa de natureza prestacional e defensiva no seu conteúdo, o que remete, em certa medida, à ideia de completude de Alexy.

Daí que, o legislador ordinário, quando da concretização, passará pelas três etapas da proporcionalidade (em sentido lato), não questionando nas duas primeiras (idoneidade e necessidade) o “dever de proteção ambiental” – este já fora testado pelo constituinte que o consagrou –, mas examinará sim no processo legislativo de conformação do conteúdo específico deste dever fundamental as três fases da proporcionalidade (se o dever de realizar um estudo prévio de impacto ambiental é apto, necessário e proporcional à restrição impingida ao direito fundamental de propriedade e à livre iniciativa), até porque, segundo acertadamente adverte Reis Novais, a ponderação não deve ser realizada de modo estanque, apenas no terceiro nível, devendo ser combinada com o controle de indispensabilidade (segundo nível), num quadro global de avaliação de vantagens e desvantagens, já que a <<ponderação é mais produtiva quando não fica espartilhada no quadro da relação isolada entre um meio e um fim>>, pelo que <<o que acaba por ser ponderado no quadro do controlo de proporcionalidade não são bens, valores ou interesses, mas, sobretudo, vantagens e desvantagens recíprocas de alternativas legítimas e disponíveis>><sup>152</sup>.

Cabe, a partir de então, um mergulho importante no tema das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. É comezinha a ideia de que os direitos fundamentais sofrem restrições pelas “leis gerais”<sup>153</sup>,

---

<sup>152</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 185.

<sup>153</sup> Neste ponto, apesar da similitude, não há referência às limitações imanentes dos

ou seja, por aquelas leis não especificamente dirigidas contra eles<sup>154</sup>, pelo que a natureza dessas restrições depende de uma dogmática consistente, sob pena de se colocar nas mãos do legislador ordinário, da decisão política da maioria, todas as conquistas democráticas seculares, pondo em causa designadamente a ideia dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria.

E aqui entra a “teoria do efeito recíproco” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, coroada na famosa decisão do caso Lüth<sup>155</sup>. Tal decisão, para lá de sua importância para com o tema da eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*Drittwirkung*), reconhece a generalidade objetiva/formal já referida, e também uma generalidade material da lei pretensamente restritiva, no sentido de que <<só há lei geral se o bem por ela protegido merecer preferência relativamente à liberdade de expressão, o que exige um procedimento de ponderação de bens>><sup>156</sup>.

Para referida teoria, <<sendo certo que as leis gerais têm a virtualidade de limitar os direitos fundamentais, elas devem, por sua vez, ser interpretadas à luz do significado que o direito fundamental restringido cobra no Estado democrático, pelo que o efeito restritivo produzido pela lei geral deve sofrer, ele pró-

---

direitos fundamentais baseada nos “direitos dos outros” (campo subjetivo), mas sim ao interesse público e valores comunitários perseguidos por essas leis (campo objetivo).

<sup>154</sup>Segundo uma concepção objetiva ou técnico-formal de generalidade, “leis gerais” devem ser entendidas no sentido de leis não especialmente dirigidas contra um direito fundamental, e não como contraponto de leis “individuais e concretas”. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 461-3.

<sup>155</sup>No ano de 1950 Eric Lüth apelou à população pelo boicote de um filme realizado por Veit Harlan. O filme em si, nada tinha de especial. O boicote era pelo fato de o mesmo ter difundido ideias nazistas na época do regime. Após queixa constitucional aviada por Harlan e proprietários de cinema, Lüth foi condenado pelo tribunal comum a cessar seus apelos, por violar, dentre outros, os bons costumes do Código Civil alemão. Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional invocando a violação do seu direito fundamental a liberdade de expressão do pensamento por parte do tribunal comum, sendo então reformada a decisão de instância singela.

<sup>156</sup>Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 467.

prio, a limitação correspondente a esse valor>><sup>157</sup>.

Partindo da posição ora defendida de que os deveres fundamentais de proteção do ambiente dependem de ampla concretização legal, na medida em que o legislador atua<sup>158</sup>, densificando tais deveres (exigência de unidades de conservação, reserva legal, criação de APP's<sup>159</sup>), não está, como regra, se dirigindo a restringir especialmente os direitos fundamentais que possam a vir, eventualmente, a sofrer uma tal restrição (como o direito de propriedade), mas sim almejando a proteção ambiental, a efetivação do valor comunitário perseguido, ainda que a restrição ocorra num plano mediato (daí a generalidade formal).

De outro norte, é na lei dotada de generalidade material (com bens adequadamente ponderados), numa exigência geral de proporcionalidade (no fundo, uma proporcionalidade em sentido estrito<sup>160</sup>), que se busca por meio da “concordância prática”, da harmonização entre os efeitos “restritivos” da lei concretizadora do dever fundamental do ambiente e os efeitos recíprocos “contra-restritivos” irradiados do direito fundamental candidato à restrição, uma adequada fórmula realizadora do dever e respeitadora do direito, uma fórmula própria de um direito-dever.

### 3.5. TAREFA DE PROTEÇÃO DO ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO SUFICIENTE DO DEVER FUNDAMENTAL DO INDIVÍDUO DE PROTEGER O MEIO AMBIENTE – O

---

<sup>157</sup> Novais destaca que por vezes a teoria é apresentada por fórmulas como ‘efeitos de irradiação’ dos direitos fundamentais ou interpretação conforme a Constituição, o que é indiferente. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 467-8.

<sup>158</sup> Respeitando sempre os limites já citados para uma escorreita concretização: princípios da universalidade, igualdade, proporcionalidade etc.

<sup>159</sup> Lei nº 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, que regulamenta o artigo 225, § 1º, I, II, III e VII da CRFB-1988, e que, para além de deveres estatais, projetam deveres fundamentais aos particulares proprietários ou possuidores.

<sup>160</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 475.

## PROBLEMA DA INSUFICIÊNCIA

A atuação estatal, no plano dos deveres, é, de certa forma, amalgamada à atuação do indivíduo, já que a ação ou omissão do Estado na tarefa de implementação ditará, substancialmente, o verdadeiro sentido do dever fundamental imposto a cada um dos envolvidos no cenário comunitário.

Um direito fundamental de propriedade, por exemplo, é afetado pelo dever fundamental de que esta propriedade exerça sua função ecológica, por meio da preservação da reserva legal ou da área de preservação permanente<sup>161</sup>. Este dever fundamental nitidamente afetará o conteúdo do correspondente direito fundamental. É claro que a conformação do aludido dever se deu pelo legislador ordinário, no exercício do imbricado dever de proteção que cabe ao Estado. Não se pretende, com isso, afirmar que existiria, na hipótese, um direito subjetivo público à legislação, não obstante haja uma tendência de subjetivização do dever de proteção a cargo do Estado<sup>162</sup>. Mas parece irretorquível a conclusão que conduz, no caso, a um dever objetivo do Estado de legislar na proteção do ambiente (dever de proteção como dever de legislação)<sup>163</sup>, conformando, na outra ponta, o conteúdo do dever fundamental de mesma natureza.

Uma estreita ligação entre os deveres fundamentais e a perspectiva objetiva das normas ambientais jusfundamentais, possui a vantagem de produzir um direcionamento interpretativo mais amigável ao ambiente, e justificar, designadamente, a incidência de deveres jurídicos ao indivíduo mesmo nas situa-

---

<sup>161</sup> Lei 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da CRFB-1988.

<sup>162</sup> Sobre uma tal tendência de subjetivização, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Omissões normativas e deveres de proteção*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 120.

<sup>163</sup> Sobre as dimensões da estrutura do dever de proteção estatal, tendo o dever de legislação só e na medida em que a proteção reclama imperativamente a emanção de um ato legislativo, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Omissões normativas...*, *op. cit.*, p. 112 e ss.

ções onde a omissão estatal legislativa seja verificada no dever de implementação dos deveres.

Essa afirmação é perfeitamente conciliável com a inaplicabilidade imediata do dever fundamental, já que a responsabilidade primária para sua concretização continua a cargo do legislador, no plano do direito ordinário. No que ai extrapola, ou seja, nas situações de ausência de lei, de uma forma ou de outra, ter-se-á sempre os deveres de proteção<sup>164</sup> oriundos do direito fundamental ao ambiente, que poderão, até que a omissão seja suprida, satisfazer peremptoriamente uma promessa de proteção por meio da exigência de um dever jurídico-ambiental por parte de determinado indivíduo<sup>165</sup>.

Não se trata, portanto, de extrair um dever subjetivo fundamental ou um direito subjetivo diretamente da norma jusfundamental do ambiente, mas sim de uma intervenção mediata, com recurso a sua dimensão objetiva (e a norma de dever fundamental é designadamente focada numa perspectiva objetiva), de onde emanam deveres de proteção que permitem, excepcionalmente, garantir esta proteção suficiente nas relações entre particulares desprovidas de lei ordinária<sup>166</sup>.

E o fato de os deveres ambientais de um modo geral existirem na quadratura dogmática sem a assunção da posição jurídica subjetiva própria dos direitos não lhes retira a justiciabilidade, ainda que diferida ou reflexa, na medida em que as normas de eficácia objetiva reconhecem neles um interesse jurídico legítimo, dotado de vinculatividade a ser exercitada tanto contra o Estado como contra a sociedade, sempre no plano da relação fática estabelecida entre o sujeito do interesse e o sujei-

---

<sup>164</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2006, p. 52 e ss., a partir de onde o autor aborda efetivamente a problemática do *Drittwirkung*, segundo a teoria dos deveres de proteção..

<sup>165</sup> Sobre a inseparabilidade da eficácia do direito fundamental ao ambiente nas relações privadas e do dever de proteção estatal ambiental, cf. BELO, Ney, *Os Deveres Ambientais...*, *op. cit.*, p. 878-880.

<sup>166</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 74-5.

to a quem se dirige o dever<sup>167</sup>.

Nesta quadra, registre-se, Canotilho desenha a tendência de uma subjetivização, *prima facie*, dos deveres de proteção do Estado, por meio dos direitos de proteção ancorados em tais deveres, e cujos contornos de definitividade (dever objetivo de legislar) somente tomariam formato após acurado juízo de ponderação de outros direitos ou bens protegidos<sup>168</sup>.

Mas a tarefa do legislador de concretizar suficientemente os deveres ambientais descritos na Constituição, bem como de proteger o direito fundamental correlato, não é um poder, é um dever-poder. A densificação ou não dos deveres fundamentais ambientais pelo legislador, restringindo quase que inevitavelmente a liberdade e a autonomia privada no primeiro caso, leva então a se perquirir se nesta empreitada não houve ‘excesso’ ou ‘défice’ de proteção, já que tanto aquele quanto este são proibidos.

Naquelas situações onde há o problema da omissão do Estado na proteção do direito fundamental ao ambiente, a solução passa pela função dos imperativos de tutela a que se refere Canaris<sup>169</sup>. Mas também a satisfação dos deveres fundamentais ambientais não pode ser compreendida sem a ideia da vedação a uma proteção insuficiente, ou seja, de que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção<sup>170</sup>, como um mecanismo de controle contra a omissão ou ação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus respectivos

---

<sup>167</sup>Sobre a justiciabilidade diferida e a vinculatividade das normas tuteladoras dos deveres ambientais enquanto interesses legítimos, cf. BELO, Ney, *Os Deveres Ambientais...*, *op. cit.*, p. 881-4.

<sup>168</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Omissões normativas...*, *op. cit.*, p. 120-2. Para Novais, a única pretensão subjetiva geral de *prima facie* necessariamente existente é a de que a margem de conformação de que o Estado dispõe neste domínio seja corretamente exercida, não podendo as medidas tomadas no exercício desse dever serem completamente inidôneas ou insuficientes. Cf. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>169</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 61 e 134

<sup>170</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 59-60.

deveres<sup>171</sup>, de modo que não apenas as desproporções para mais, mas também para menos<sup>172</sup>, devem ser rechaçadas constitucionalmente neste plano.

Nesta senda, tanto o excesso das funções estatais como a inatividade discricionária no âmbito dos deveres fundamentais, a sugerir uma omissão eloquente configuradora de uma agressão ambiental, devem importar em controle interno pelo Poder<sup>173</sup>, e em caso de inércia deste deverá ser o caso levado ao imediato recurso judicial protetivo<sup>174</sup>, o que, aliás, encontra reforço até mesmo no cenário internacional, já que a chamada Convenção de Aarhus<sup>175</sup> destaca a participação do Poder Judiciário no controle da matéria socioambiental (cf. art. 9º, 3).

Assim que, como a Constituição impõe, designadamente, apenas a proteção ambiental <<como resultado, mas não a sua conformação específica>><sup>176</sup>, tanto na fase de normatividade como na fase de execução, a proibição da insuficiência atua sempre de modo decisivo no processo de definição da maneira “como” o dever fundamental de proteção ambiental se materializará no caso concreto, tendo em vista o direito ordinário como instrumento auxiliar.

Daí se afastar a visão pessimista do princípio veiculada por Canotilho, que não só coloca em xeque a sua autonomia em

---

<sup>171</sup> CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2011, p. 465.

<sup>172</sup>A despeito da controvérsia, tem-se sustentado que o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando tanto na proibição do excesso quanto no controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres. SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 406.

<sup>173</sup>No Brasil, sobre a hipertrofia do Poder Executivo como herança da ditadura militar, e o entrave causado à eficácia das normas ambientais, cf. BIANCHI, Patrícia, *Eficácia das...*, *op. cit.*, p. 277 e ss.

<sup>174</sup>SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>175</sup>Disponível em: <http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm>, acessado em 05 de novembro de 2013.

<sup>176</sup>BVerfGE, vol. 88, p. 203, 254, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 122-3.

face do princípio da proporcionalidade, como também sustenta a sua incapacidade de explicar a exigência definitiva de uma ação do Estado, por se revelar vazio quando está em causa a necessária ponderação de bens conflitantes<sup>177</sup>.

Por certo que a definição de proibição do déficit não é conceito de tão simples definição como parece. Os primeiros rumores acerca do princípio surgiram na Alemanha<sup>178</sup>, em paralelo com a teoria dos deveres de proteção, e o *leading case* também se verificou em terras germânicas, precisamente quando do julgamento sobre o aborto, em maio de 1993, onde restou vedada a proteção insuficiente ao direito à vida<sup>179</sup>.

Desde então o princípio vem sendo pouco desenvolvido, ou pelo menos pouco vem se alcançando dogmaticamente na fixação de critérios harmônicos para sua densificação correta.

No entanto, não obstante o estudo do tema tenha surgido no campo do direito, como reverso da proibição do excesso, parece estar sendo superada, aos poucos, a ideia de que proibição da insuficiência é o contraponto da proibição do excesso - dois lados da mesma moeda - ou que sua aplicação não possa atingir o conteúdo de outros institutos, como os deveres fundamentais, ainda que Ingo Sarlet<sup>180</sup>, na esteira de Christian

---

<sup>177</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Omissões Normativas...*, *op. cit.*, p. 117-8.

<sup>178</sup> Tendo como precursor Canaris que, a despeito de chamar a atenção para o tema nos idos do ano de 1984, foi somente com a publicação de seu clássico que o princípio foi melhor desenvolvido. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>179</sup> SCHWABE, JUNGEN, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 171.

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos...*, *op. cit.*, 11ª Ed, p. 408 e ss. O primeiro passo seria examinar a *idoneidade ou aptidão*, verificando se a medida e a própria concepção de proteção adotada ou mesmo prevista para a tutela fundamental é apta a proteger de modo eficaz o bem protegido. Em sendo afirmativa a resposta, deve-se averiguar *se existe uma concepção de segurança ou proteção mais eficaz e que tenha o mesmo grau de intervenção ou que seja sensivelmente mais suave ou menos restritiva a bens de terceiros*. De todas as proteções disponíveis e aptas a satisfazer o dever de proteção, se deve escolher aquela que produza efeitos menos restritivos a terceiros, sem descuidar da eficácia (princípio da necessidade). Compararam-se as proteções igualmente idôneas e com igual ou menor grau de restrição, com

Calliess, sustente a aplicação à proibição do déficit do mesmo desdobramento trifásico da proibição do excesso.

O professor português Jorge Reis Novais<sup>181</sup>, no entanto, é quem melhor traz a noção da suficiência dogmática do princípio, ao propor o recurso a um controle autônomo de razoabilidade, verificando se a omissão estatal deixou o afetado numa situação objetiva pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões do Estado de Direito, bem como a uma lógica centrada na delimitação positiva do conteúdo mínimo obrigatório desse dever, sempre associado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, tal perspectiva num plano de dever fora tratada, ainda que não explicitamente, em paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro – a “farra do boi” –<sup>182</sup>, onde visões antropocêntricas e ecocêntricas moderadas se digladiaram, prevalecendo, ao fim, a última, na esteira do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, dispositivo que veda práticas que <<submetam os animais a crueldade>>.

Tratava-se de uma manifestação popular com origem na

---

vistas àquela que possui um maior grau de eficácia. É uma relação de meio e meio. Christian Calliess anota que assim se torna possível controlar medidas isoladas no âmbito de uma concepção mais abrangente de proteção, como quando esta proteção envolve um conjunto de políticas públicas. Num terceiro nível, investiga-se *se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais, estabelecendo-se uma ‘concordância prática multipolar’*, correspondente a uma ponderação que leve em conta as exigências do dever de proteção e os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros, num quadro global de visão.

<sup>181</sup>NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 307-311. A abordagem do autor tem o brilho de considerar a especificidade de que o princípio da proibição da insuficiência atua no campo da omissão, e não da ação, como o faz a proibição do excesso, e que por isso a dogmática deve seguir caminhos que efetivamente atendam tal diferença substancial. Cf. também NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições...*, *op. cit.*, p. 76 e ss.

<sup>182</sup> Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio Proteção aos animais e defesa da ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 13 de março de 1997.

migração de açorianos para o litoral catarinense no século XVIII, consistente em submeter o animal (o boi) à fobia do público, que o persegue e o machuca durante o trajeto, até ser, no mais das vezes, sacrificado ao final da brincadeira.

O que há de interessante nesse julgado é que o STF reformou a decisão da instância singular, concluindo que o Estado de Santa Catarina estava em omissão na implementação do dever jurídico de proteção dos animais contra a crueldade (art. 225, § 1º, VII, CF)<sup>183</sup> e, ainda que nas entrelinhas, esboçou-se o reconhecimento velado da proibição da proteção insuficiente da fauna, ao se efetivar um juízo de proporcionalidade no campo da omissão, tendo como vetor tanto a razoabilidade quanto a dignidade de não-humanos, na mesma leitura, diga-se, de Novais.

Resta evidente na referida decisão a interação entre o dever jurídico propalado e o direito fundamental à livre manifestação cultural, com prevalência do primeiro, a encetar efetivamente um dever fundamental ao indivíduo tanto de cunho defensivo quanto prestacional, já que o comportamento negativo de não praticar crueldade contra a fauna é reforçado pela função positiva de impedir tal prática por terceiros, numa vertente, insista-se, de solidariedade.

Saber, portanto, se o dever fundamental de proteção do ambiente fora implementado a contento pelo Estado, passa por um processo gradativo de ponderação, para se aquilatar se uma simples tarefa de proteção é suficiente ou, se mais, necessário um dever de proteção que se transmuda em dever de legislação<sup>184</sup>, o que deve ser feito de maneira contida pelo judiciário, sem saltos lógicos, numa visão principiológica de proscrição da proteção insuficiente, num juízo de discricionariedade de ‘evidência’ ou de ‘manifesta irrazoabilidade’ da insuficiência de

---

<sup>183</sup> O Ministro Marco Aurélio é categórico ao destacar o dever atribuído ao Estado por meio da proibição delineada na disposição constitucional de regência.

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Omissões Normativas...*, *op. cit.*, p. 112-120.

proteção<sup>185</sup>, com o que converge não só a aplicação dogmática de Novais, como também a ideia do <<caráter dinâmico do justo equilíbrio>> de Gabriel Doménech Pascual<sup>186</sup>, a apontar que um dever incorporado em lei (dever de legislar) porventura necessário em um determinado momento não o seja mais diante dos avanços tecnológicos surgidos, conduzindo-se não só a uma desnecessidade de continuar restringindo aquele direito fundamental outrora constricto, como também a uma desnecessidade de se manter a exigência de um dever ambiental a ser satisfeito pelo indivíduo.

## CONCLUSÃO

É bastante comezinha a ideia de que nenhum valor constitucional tem grandeza absoluta. Mesmo o direito à vida, pressuposto para o exercício de qualquer outro bem jurídico, passa por um método ponderativo de concordância prática.

Esse fenômeno de colisão aparente que permeia as ordens constitucionais, muitas vezes tendo como pano de fundo titulares de direitos fundamentais, sofre a influência exegética dos valores de uma determinada comunidade em um determinado momento e, portanto, está historicamente condicionado.

Os direitos fundamentais deixaram de ser unicamente escudo contra as ingerências estatais já há algum tempo. Uma tal visão liberal evoluída reconhecedora também do caráter prestacional de tais direitos, assume então na atualidade uma feição coletiva, onde se tem uma espécie de desvinculação dos titulares direto dos direitos, como um fator limitador, tudo para que haja a proteção contra a arbitrariedade que o próprio exercício desses direitos possa originar quando postos em choque com os valores comunitários.

---

<sup>185</sup>PASCUAL, Gabriel Doménech, *Derechos fundamentales e riesgos tecnológicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 167-176.

<sup>186</sup>PASCUAL, Gabriel Doménech, *Derechos fundamentales...*, op. cit., p. 163-176.

Essa visão objetiva que se empresta aos direitos fundamentais concretiza designadamente a própria essência dos deveres fundamentais.

No Brasil, o texto constitucional consagra não apenas o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mas também o dever de preservação ambiental, imposto ao Estado e a todos que compõem a coletividade.

A complexidade compósita de tal direito fundamental completo (Alexy) reflete diretamente na relação com o dever fundamental de mesma natureza, promovendo uma conectividade, no mais das vezes, em torno de um feixe de posições jusfundamentais, onde o clássico contraponto liberdade positiva x liberdade negativa parece carecer de um complementar valor comunitário de integração social, no qual a lógica egoística de direitos subjetivos deve ser repensada segundo uma lógica intersubjetiva de direitos e deveres colmatados por uma ética de solidariedade atual.

Se direitos fundamentais não podem existir sem deveres (Hesse), e nem deveres sem direitos (Nabais), desvendar as nuances desse plano de intersecção no âmbito do direito ambiental é mesmo tarefa indispensável para a efetivação da Constituição no constitucionalismo contemporâneo.

Por isso que ao longo da presente pesquisa, mais do que abordar a dogmática constitucional dos deveres de proteção ambiental, buscou-se dimensionar, a partir do processo evolutivo que os consagraram (liberais, sociais e, finalmente, ecológicos), a influência cada vez mais intensa na estrutura e no significado dos direitos fundamentais correlacionados, seja do conexo direito ao ambiente equilibrado, seja de outros direitos fundamentais que venham a sofrer restrições diante de tais deveres associados.

Não há uma fórmula matemática delineadora dessa concordância prática razoável de valores, mas a doutrina, apesar de ministrar uma atenção tímida ao assunto, fornece alguns crité-

rios operativos de grande valia.

A primeira constatação é a de que a Constituição impõe a todos o dever fundamental de proteção ambiental como resultado, mas não traz a sua conformação específica. Existem, então, restrições à liberdade de conformação legislativa e à liberdade de atuação executiva na consecução de políticas públicas implementadoras de tais deveres, tanto para mais quanto para menos, já que o texto constitucional talha o parâmetro para a atuação de todos os entes estatais.

Mas é devido a essa forte abstração de conteúdo oriunda de sua complexidade compósita, que os preceitos constitucionais impositivos de deveres de proteção ambiental acabam por cobrar primariamente do legislador ordinário a sua formatação, para então se delinear junto ao indivíduo os contornos da vontade constitucional, o que exige certo esforço dogmático. É preciso lei geral (formal e materialmente), que harmonize seus efeitos restritivos com os efeitos contra-restritivos irradiados do direito fundamental candidato à restrição. Uma lei que, para lá de preservar direitos, imponha deveres fundamentais ao indivíduo.

E mesmo quando o legislador se omite nessa tarefa constitucional, a sugerir uma omissão eloquente configuradora de uma agressão ambiental, haverá sempre o dever do Estado de proteger o titular do preceito fundamental da agressão de outros particulares (Canaris), o que não afasta os mecanismos de controle de constitucionalidade à disposição. A Justiça Constitucional não servirá como substitutivo do legislador e do administrador, mas corrigirá as violações à proporcionalidade oriundas da proteção deficiente, perquirindo não só o “se” da proteção, mas também a maneira “como” o dever fundamental de proteção se materializará no plano do indivíduo, numa lógica de razoabilidade e dignidade da pessoa humana (Novais).

Afinal, entre deveres de proteção do Estado e deveres fundamentais do indivíduo, há mais diferenças teóricas do que

práticas. A satisfação constitucional da proteção ambiental como resultado é uma só, e os instrumentos para consecução de tal fim são incindíveis. O indivíduo depende do Estado para explicitar as obrigações exigidas constitucionalmente, e o Estado, vice-versa.

E não diga que o caminho a trilhar seja solitário: os deveres fundamentais de proteção do ambiente estarão sempre formatando, ainda que em diferentes graus, o exercício de direitos fundamentais, sejam eles quais forem.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2<sup>a</sup> ed., Malheiros, 2011.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente*, São Paulo: Atlas, 2011.
- BARBOSA, Rangel e OLIVEIRA, Patrícia, *O Princípio do Poluidor-Pagador no Protocolo de Quioto*, RDA 44/112, out-dez/2006, Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental*, Vol. VI, *Direito Ambiental Internacional e Temas Atuais*, ed. RT, 2011.
- BELO, Ney, “Os Deveres Ambientais na Constituição Brasileira de 1988”, *Direito Público Sem Fronteiras*, coord. Vasco P. da Silva e Ingo W. Sarlet, Universidade de Lisboa e PUC/RS, ed. Icj, junho/2011.
- BIANCHI, Patrícia, *Eficácia das normas ambientais*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

- BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010.
- CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, Revista dos Tribunais, ed. 2ª, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, Revista dos Tribunais, 1ª Ed, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, Ed. 7ª, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato, orgs, *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, 4ª. edição revista, Saraiva, São Paulo: 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Omissões normativas e deveres de protecção*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II, Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder, *Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade*, Cf. <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf> visitado em 24 de agosto de 2013.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- DUPUY, Pierre-Marie, *Soft Law and the International Law of the Environment*, Michigan Journal of International Law, vol. 12:420, Winter: 1991.
- FONTES, Ricardo Jafé Carelli, Resenha de CARSON, Rachel Louise, *Primavera Silenciosa*, Tradução Cláudia

- Sant'Ana Martins, São Paulo: Gaia, 2010. 327 p., in *Revista UniABC*, v. 2, n. 1, 2011.
- FRACCIA, Fabrizio, *The Legal Definition of Environment: From Rights to Duties*, Bocconi Legal Studies, Research Paper nº 06-09, in <http://ssrn.com/abstract=850488>, acessado em 10 de setembro de 2013.
- GALDINO, Valéria Silva e WEBER, Gisele Bergamasco, *Do Protocolo de Quioto: Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e Seqüestro de Carbono*, in RDA 44/112, outubro/2006, Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental*, Vol. VI, *Direito Ambiental Internacional e Temas Atuais*, ed. RT, 2011.
- GOMES, Carla Amado, *Ambiente (Direito do)*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. I, AAFDL, Lisboa: 2008.
- GOMES, Carla Amado, *Escrever verde por linhas tortas: O direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. III, AAFDL, Lisboa: 2010.
- GOMES, Carla Amado, *O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. I, AAFDL, Lisboa: 2008.
- GOMES, Carla Amado, *O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar Português*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. I, AAFDL. Lisboa: 2008.
- GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Lisboa: 2007, edição digital (e-book), Lisboa: 2012.
- GUIMARÃES JR, Renato, *O futuro do Ministério Público como guardião do meio ambiente e a história do direito ecológico*, São Paulo: *Justitia*, 113:152, abril/junho 1981.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I, tradução Flávio Beno Siebeneich-

- ler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, Herbert L.A., *O conceito de direito (Pós-escrito)*, 3ªed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1994.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1991.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LANG, Winfried, *UN-Principles and International Environmental Law*, Max Planck UNYB 3, 1999.
- LOPES OLSEN, Ana Carolina, *Direitos Fundamentais Sociais*, Juruá Editora, Curitiba: 2011.
- MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade. Capítulo I: Introdução*, Petrópolis: Vozes, 1991.
- MILL, John Stuart, *Sobre a Liberdade. Capítulo II: Da Liberdade de Pensamento e Discussão*, Petrópolis: Vozes, 1991.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra, Ed. 5ª, 2012.
- NABAIS, José Casalta, *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*, Coimbra, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 1ª Ed, 2011.
- OLIVEIRA, Robson José de e outros, *Mercado de Carbono: Oportunidades com o sequestro de carbono florestal e*

- aterro sanitário no Brasil e na União Europeia*, in RDA 44/112, out-dez/2006, Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental*, Vol. VI, *Direito Ambiental Internacional e Temas Atuais*, ed. RT, 2011.
- PASCUAL, Gabriel Doménech, *Derechos fundamentales e riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ROBINSON, Nicholas A., *International environmental law: “common but differentiated responsibilities”*, in Revista de Direito Ambiental (RDA) 24/9, out-dez/2001; Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental*, Vol. V, *Responsabilidade em Matéria Ambiental*, ed. RT, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, *Direito Constitucional Ambiental*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCARPI, Vinicius. *Equidade Intergeracional: Uma Leitura Republicana*, in *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*/Maurício Mota (coord), Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo, *Direitos Fundamentais*, tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, série IDP, São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCHWABE, Jungen, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SGARIONI, Márcio Frezza e RAMMÊ, Rogério Santos, *O dever fundamental de proteção ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais*, in *Direito Público*,

Síntese. Brasília: ano VIII, Vol. 42, Nov-Dez/2011.

SILVA, Vasco Pereira da, *Verde Cor de Direito Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Almedina, 2004.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS JURÍDICOS

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.onu.org.br](http://www.onu.org.br), acessado em 06 de setembro de 2013.

[www.unece.org](http://www.unece.org), acessado em 03 de setembro de 2013.

[www.wwf.org.br](http://www.wwf.org.br), acessado em 03 de maio de 2013.

<http://unicrio.org.br>, acessado em 02 de agosto de 2013.

[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), acessado em 02 de agosto de 2013.

[www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br), acessado em 02 de agosto de 2013

[www.gddc.pt](http://www.gddc.pt), acessado em 02 de agosto de 2013.

[www.uniceub.br](http://www.uniceub.br), acessado em 01 de agosto de 2013.

[www.rolim.com.br](http://www.rolim.com.br), acessado em 01 de agosto de 2013.