



O Meio Ambiente Na Constituição Federal De 1988

Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário:

1. Fundamentos comuns das normas constitucionais ambientais. 2. Introdução ambiental à Constituição de 1988. 3. O meio ambiente nos regimes constitucionais anteriores: vida, saúde, função social e outros fundamentos para a intervenção estatal. 3.1. A saúde ontem. 3.2. A saúde hoje. 4. Técnicas de constitucionalização do meio ambiente no Direito Comparado. 5. Técnicas de tutela do meio ambiente na Constituição de 1988. 5.1. Técnica dos direitos fundamentais. 5.2. Técnica dos deveres fundamentais. 5.2.1 Classificação e categorias de deveres ambientais. 5.2.2. O Estado como sujeito degradador e sujeito de controle da degradação. 5.3. Técnica dos princípios. 5.4. Técnica da função ecológica da propriedade. 5.5. Técnica dos objetivos públicos vinculantes. 5.6. Técnica dos programas públicos abertos. 5.7. Técnica dos instrumentos. 5.8. Técnica dos biomas e áreas especialmente destacados. 6. Conclusão.

"Não se separa o homem e seu ambiente como compartimentos estanques." (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 6)

A constitucionalização da proteção do meio ambiente é uma irresistível tendência internacional, contemporânea do surgimento e do processo de consolidação do direito ambiental¹. Mas *constitucionalizar* é uma coisa; *constitucionalizar bem*, outra totalmente diversa.

Ninguém deseja uma Constituição reconhecida pelo que diz e desprezada pelo que faz ou deixa de fazer².

Assim, no tema da proteção constitucional do meio ambiente interessa conhecer os vários modelos éticos³ e técnicos que vêm sendo propostos e utilizados, para - a partir daí - melhor apreciarmos suas repercussões concretas no campo legislativo ordinário e na implementação das normas jurídico-ambientais.

São múltiplos os benefícios e reduzidos os riscos da constitucionalização da tutela ambiental⁴. No presente ensaio analisaremos, genericamente, os fundamentos ético-jurídicos e técnicas de

¹ Consolidação, esta, que não é pacífica, pois - lembra Vladimir Passos de Freitas - alguns ainda relutam em aceitar o direito ambiental como "um ramo novo do Direito que se distingue de todos os demais" (*A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, 21 ed., São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 26).

² Sobre as conseqüências das normas constitucionais, mormente daquelas definidoras de direitos, cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. De Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 365.

³ Cf., quanto aos fundamentos éticos do direito ambiental, Antônio Herman Benjamin, "A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso", *Caderno Jurídico* 2/151J-171, Ano I, São Paulo, Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2001.

⁴ Cf. Antônio Herman Benjamin (org.), *10 Anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2002, pp. 89-101.

constitucionalização do meio ambiente, em especial na Constituição Federal de 1988⁵.

1. Fundamentos comuns das normas constitucionais ambientais

Um estudo comparado dos regimes de proteção constitucional do meio ambiente vai identificar cinco bases comuns, que, de uma forma ou de outra - e com pequenas variações -, informam seus textos⁶.

Primeiro, adota-se uma compreensão sistêmica (= orgânica ou holística) e legalmente autônoma do meio ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo - precisamente o contrário do paradigma anterior. Com apoio nas palavras de Pontes Miranda, empregadas em outro contexto, podemos afirmar que nos dispositivos constitucionais de salvaguarda do meio ambiente "*não se veio do múltiplo para a unidade. Vai-se da unidade para o múltiplo*"⁷.

⁵ *Sobre a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil*, cf., dentre outros, Antônio Herman V. Benjamin (coord.), : *Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Ed. RT, 1993; Antônio Herman V. Benjamin, José Carlos Meloni Sicoli e Paulo Roberto Salvini, *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*, São Paulo, Procuradoria-Geral da Justiça, 1997; Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, São Paulo, Max Limonad, 1997; Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003; Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*, São Paulo, Max Limonad, 1997; Édis Milaré, *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1990; José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 5ª ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2004; José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002; Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de Direito Ambiental*, vol. 1, São Paulo. Max Limonad, 2002; Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª ed. São Paulo, Malheiros Editores. 2004; Vladimir Passos de Freitas, *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2002; *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 1998; (coord.). *Direito Ambiental em Evolução*, Curitiba. Juruá. 1998.

⁶ Cf., no que se refere a alguns desses pontos, Joseph L. Sax, "The search for environmental rights", *Journal of Land Use & Environmental Law* 6/105. 1990.

⁷ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t.1, São Paulo, Ed. RT, 1967, p. 313 (grifos no original).

Além disso, nota-se um compromisso ético de não empobrecer a Terra e sua biodiversidade, com isso almejando-se manter as opções das futuras gerações e garantir a própria sobrevivência das espécies e de seu *habitat*. Fala-se em equilíbrio ecológico, instituem-se unidades de conservação, combate-se a poluição, protege-se a integridade dos biomas e ecossistemas, reconhece-se o dever de recuperar o meio ambiente degradado - tudo isso com o intuito de assegurar no amanhã um Planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativa e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas suas formas.

Terceiro, convida-se o direito de propriedade a se atualizar, colimando torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, reescrevê-lo sob a orientação da sustentabilidade. Esboça-se, dessa maneira, em maior ou menor escala, uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos ambientais, seja pela mitigação dos exageros degradadores do direito de propriedade, com a ecologização de sua função social.

Quarto, faz-se uma clara opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem-informados e democráticos, estruturados em torno de um devido processo ambiental (= *due process ambiental*⁸). O direito ambiental - constitucionalizado ou não - é uma disciplina profundamente dependente da liberdade de participação pública e do fluxo permanente e desimpedido de informações de toda ordem. Em regimes ditatoriais ou autoritários a norma ambiental não vinga, permanecendo, na melhor das hipóteses, em processo de hibernação letárgica, à espera de tempos mais propícios à sua implementação - como se deu com a Lei da Política Nacional

⁸ Antônio Herman Benjamin, "Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa", RF 317/34, 1992.

do Meio Ambiente, de 1981, até a plena democratização (política e do acesso à Justiça) do país.

Finalmente, observa-se uma nítida preocupação com a implementação, visando a evitar que a norma maior (mas também a infraconstitucional) assuma uma feição retórica - bonita à distância e irrelevante na prática. O direito ambiental tem aversão ao discurso vazio - é uma disciplina jurídica de resultado, que só se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras.

2. Introdução ambiental à Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 sepultou o paradigma liberal que via (e insiste em ver) no Direito apenas um instrumento de organização da vida econômica, unicamente orientado a resguardar certas liberdades básicas e a produção econômica - com isso reduzindo o Estado à acanhada tarefa de estruturar e perenizar, com asséptica eficiência social, as atividades do mercado. Abandonamos, pois, o enfoque convencional da Constituição condenada a se tomar "um simples regulamento econômico-administrativo, mutável ao sabor dos interesses e conveniências dos grupos dominantes"⁹.

Ao mudar de rumo - inclusive quanto aos objetivos que visa a assegurar -, a Constituição, assim como em outros campos, transformou, de modo extraordinário, o tratamento jurídico do meio ambiente, apoiando-se nas técnicas legislativas referidas na primeira parte deste ensaio.

Uma Constituição que, *na ordem social* (o território da proteção ambiental), tem como objetivo assegurar "*o bem-estar e a justiça*

⁹ Fábio Konder Comparato, "O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos", in Associação Juizes para a Democracia, *Direitos Humanos: Visões Contemporâneas*, São Paulo. 2001. p. 16.

sociais" (art. 193 - grifamos) não poderia, mesmo, deixar de acolher a proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de sistema, e não como um conjunto fragmentário de elementos - sistema que, já apontamos, organiza-se como *ordem pública constitucionalizada*.

Na adoção desta concepção holística e juridicamente autônoma, o constituinte de 1988, ao se distanciar de modelos anteriores, praticamente fez meia-volta, admitindo que (a) o meio ambiente apresenta os atributos requeridos para seu reconhecimento jurídico expresso no patamar constitucional, (b) proteção, esta, que passa, tecnicamente, de tricotômica a dicotômica (pois no novo discurso constitucional vamos encontrar apenas dispositivos do tipo *ius cogens* e *ius interpretativum*, mas nunca *ius dispositivum*) - o que banha de imperatividade as normas constitucionais e a ordem pública ambiental; além disso, trata-se de (c) salvaguarda orgânica dos elementos a partir do todo (a biosfera¹⁰) e (d) do todo e seus elementos no plano relacional ou sistêmico, e já não mais na perspectiva da sua realidade material individualizada (ar, água, solo, florestas, etc), (e) com fundamentos éticos explícitos e implícitos, entre aqueles a solidariedade intergeracional, vazada na preocupação com as gerações futuras e, entre estes, com a atribuição de valor intrínseco à Natureza, (f) tutela viabilizada por instrumental próprio de implementação, igualmente constitucionalizado, como a ação civil pública, a ação popular, sanções administrativas e penais e a responsabilidade civil pelo dano ambiental - o que não deixa os direitos e obrigações abstratamente assegurados ao sabor do acaso e da má-vontade do legislador ordinário.

¹⁰ Alexandre Kiss e Dinah Shelton. *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1997, p. 36.

A ênfase nos instrumentos de implementação é um dos mais louváveis aspectos da Constituição de 1988. É nítido o desiderato de evitar que a norma constitucional vire refém do destino retórico - expediente pouco honroso, mas funcional, encontrado por aqueles que, espertamente, advogam um modelo de regulação protetória dos vulneráveis que dê com uma mão e tire com a outra.

Resultado de todo esse conjunto de transformações, substantivas e formais, é a edição de um nova estrutura jurídica de regência das pessoas e dos bens. Da autonomia jurídica do meio ambiente decorre um regime próprio de tutela, já não centrado nos componentes do meio ambiente como coisas; estruturado, ao revés, em um conjunto aberto de direitos e obrigações, de *caráter relacional*, que, vimos, denominamos *ordem pública ambiental*, abaixo examinada.

Não é, pois, sem razão, que José Afonso da Silva afirma que todo "o capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988"¹¹; assim é, dentre outras razões, porque o constituinte - como salienta Vladimir Passos de Freitas - "dedicou *ad tema*, antes não tratado a nível constitucional, todo um capítulo", bem como pelo fato de ter inovado "na forma de repartição de poderes"¹².

De toda corte, é indisputável - como indica Eros Roberto Grau - que a Constituição, nos moldes em que está posta, "dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as

¹¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 825.

¹² *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, 3ª ed., Curitiba, Juruá, 2001, p. 31.

preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de 'retorno à barbárie'¹³.

Capítulo dos mais modernos, casado à generosa divisão de competências e a tratamento jurídico abrangente, conquanto a tutela do meio ambiente, como analisaremos, não foi aprisionada no art. 225. Na verdade, saímos do estágio da *miserabilidade ecológica constitucional*, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro, que, de modo adequado, pode ser apelidado de *opulência ecológica constitucional*, pois o capítulo do meio ambiente nada mais é do que o ápice ou a Face mais visível de um regime constitucional que, em vários pontos, dedica-se, direta ou indiretamente, à gestão dos recursos ambientais. São dispositivos esparsos que, mais do que complementar, *legitimam* (função sócio-ambiental da propriedade¹⁴), quando não viabilizam (ação civil pública e ação popular¹⁵), o art. 225. Procedente, pois, a observação de Luís Roberto Barroso no sentido de que "as normas de tutela ambiental são encontradas difusamente ao longo do texto constitucional"¹⁶.

Contudo, é bom lembrar que, assim modelada - e apesar de seus inegáveis avanços -, a Constituição de 1988 não foi inteiramente revolucionária, na perspectiva do Direito Comparado. Pelo contrário, beneficiou-se da tendência internacional à constitucionalização do meio ambiente e utilizou mapa regulatório desenvolvido pelas Constituições estrangeiras que a antecederam, com uma pitada, aqui e ali, de saudável e criativa inovação própria. Compartilhou o tratamento dado por esses outros

¹³ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 227.

¹⁴ Cf., por exemplo, o art. 186, II, da CF.

¹⁵ Sobre *ação popular ambiental*: José Rubens Morato Leite, "Ação popular: um exercício de cidadania ambiental", *Revista de Direito Ambiental* 17/123-140, janeiro-março/2000.

¹⁶ "A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira", *RF* 317/177, 1992.

países - em especial, Portugal¹⁷ e Espanha¹⁸ -, instauradores de um regime constitucional de caráter pós-industrial e pós-moderno.

De toda sorte, ao atento observador não passará despercebido que nossa Constituição, conquanto siga, às vezes de modo literal, os passos de outras Constituições e, visivelmente, da Declaração de Estocolmo de 1972, nem por isso perde, em muitos pontos, a originalidade de tratamento, estampando estrutura, formulações e remédios *sui generis* para os problemas ambientais brasileiros. Tudo isso faz com que nela encontremos - diz Milaré - "um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente"¹⁹.

3. O meio ambiente nos regimes constitucionais anteriores: vida, saúde, função social e outros fundamentos para a intervenção estatal

Tirante uma ou outra providência legislativa de regência dos recursos naturais no período colonial e Império, a tutela legal do ambiente no

¹⁷ Estabelece o atual art. 66ª ("Ambiente e Qualidade de Vida") da Constituição Portuguesa: "1 - Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. "2 - Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares: "a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; "b) ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e paisagens biologicamente equilibradas; "c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da Natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; "d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de remoção e a estabilidade ecológica."

¹⁸ A Constituição Espanhola inspirou-se, genericamente, na Declaração de Estocolmo e, de modo mais imediato, na Constituição Portuguesa de 1976 (cf., nesse ponto, Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, Editorial Trivium, 1991, p. 107). Assim dispõe seu art. 45: "1) Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. "2) Los Poderes Públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la inexcusable solidaridad colectiva. "3) Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el dano causado."

¹⁹ *Direito do Ambiente*, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 211.

Brasil tem início, de modo fragmentário, na década de 30 do século passado, ganha fôlego nos anos 60 e se consolida nas décadas de 80 e 90.

Quais os fundamentos constitucionais utilizados, à época, para justificar e legitimar tal intervenção legislativa se, como sabemos, só a Constituição Federal de 1988 abrigou, expressamente, a proteção ambiental como direito e dever de todos?

Ontem, como hoje, na penumbra do silêncio constitucional, os tribunais, à falta de porto mais seguro, deduziam ou enxergavam garantias de cunho ambiental mesmo quando não aduzidas claramente. Um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode - e historicamente tem sido - ser derivado indiretamente da Constituição, por meio da interpretação de dispositivos que asseguram outros valores tradicionais²⁰, como a vida²¹ (já que sem meio ambiente adequado inviabiliza-se a vida, nossa e dos outros seres), a saúde²² (sob o argumento de que ela não pode ser assegurada em

²⁰ Ernst Brandl and Hartwin Bungert, "Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad", *Harvard Environmental Law Review* 16/21, 1992.

²¹ "Embora não contemplado expressamente o bem jurídico 'ambiente' no atual texto constitucional, ele está insito no *direito fundamental à vida*, nos termos do art. 153 da Constituição vigente" (Armando Cabral, "Direito ao meio ambiente como direito fundamental constitucionalizado". *Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente* 2/12, Ano II, agosto/1987 - grifos nossos).

²² Cf. Edésio Fernandes, "Constitutional environmental rights in Brazil", in Alan E. Boyle e Michael R. Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 268. Segundo Hélio Gomes: "É axioma popular que a saúde é o maior e o melhor bem da vida" ("Direito de cura", in *Direito*, vol. XV, 1942, p. 90). E continua: "Sendo assim um bem tão estimável, a saúde não poderia deixar de ser legalmente protegida e amparada. E o foi. Os países civilizados criaram o chamado *direito à saúde* - constitucionalmente consagrado entre nós pela Carta Magna de 1937, embora leis anteriores já cuidassem da matéria" (artigo cit., p. 92). Ao contrário do meio ambiente, a saúde foi formalmente tratada, sob vários enfoques, por diversas Constituições anteriores a 1988 (Paulo Eduardo Elias, "A saúde como política social no Brasil", in Associação Juizes para a Democracia, *Direitos Humanos: Visões Contemporâneas*, São Paulo, 2001, p. 136).

ambiente degradado²³), a dignidade da pessoa humana, o *due process*, a função social da propriedade, a disciplina da produção e consumo,²⁴ ou, ainda, a partir das regras constitucionais que dividem as competências legislativa e de implementação da União, Estados e Municípios.

Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto - um dos pioneiros do direito ambiental brasileiro - que a Constituição de 1967 se referia à Ecologia apenas uma vez, ao dispor, no art. 172, sobre a obrigatoriedade de "prévio levantamento ecológico" de terras sujeitas a intempéries e calamidades, no mesmo dispositivo também vedando ao proprietário de terras o fomento público, com incentivos e auxílio, quando inadequado o uso que delas fizesse.²⁵

É fato que antes de 1988 as Constituições Brasileiras não estavam desenhadas de modo a acomodar os valores e preocupações próprios de um paradigma jurídico-ecológico²⁶ - padrão normativo, este, que é invertido na Constituição Federal de 1988, seduzida pela técnica dos conceitos ("equilíbrio ecológico", "ecossistemas"), objetivos (tutela da biodiversidade per se), direitos (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), princípios (da prevenção, da precaução e da reparação integral, por exemplo), instrumentos (áreas protegidas e Estudo Prévio de Impacto

²³ Sobre a evolução da "saúde" à "eco-saúde", cf. Dominique Jacquemin, *Écologie, Éthique et Création: de la Mode Verte à l'Étique Écologique*, Louvain-la-Neuve, Artel - Fides, 1994, pp. 157-161.

²⁴ A Constituição de 1969 previa expressamente a competência da União para legislar sobre "defesa e proteção da saúde" (art. 8º, XVII, "c", *in fine*) e "produção e consumo" (art. 8º, XVII, "d").

²⁵ "Política agrícola e fundiária e Ecologia", RF 317/74, 1992.

²⁶ Para Fábio José Feldmann e Maria Ester Mena Barreto Camino: "Nas Constituições anteriores as normas ambientais eram incipientes, restringindo-se a dispositivos de defesa e proteção à saúde ou eventual menção à preservação do patrimônio histórico e função social da propriedade" ("O direito ambiental: da teoria à prática", RF 317/95, 1992).

Ambiental, por exemplo), inspirados ou profundamente influenciados pela Ecologia e pelo Gerenciamento Ambiental.

Paulo Affonso Leme Machado, na 1ª edição do seu hoje consagrado *Direito Ambiental Brasileiro*, pregava, ainda em 1982, que o meio ambiente merecia "melhor formulação na Constituição Federal. O fato, contudo, da inexistência de um ordenamento específico não pode ser entendido como inibidor das regras sobre a defesa e proteção da saúde, notadamente".²⁷ E acrescentava: "Se de um lado a Constituição não tratou o ambiente de forma abrangente e global, de outro lado, muitas matérias que integram o tema 'ambiente' foram contempladas no Texto Maior do país. Assim, águas, florestas, caça, pesca, energia nuclear, jazidas, proteção à saúde humana, foram objeto das disposições constitucionais".²⁸

Realmente, a lacuna nas ordens constitucionais anteriores a 1988 não foi óbice sério e intransponível à regulamentação legal de controle das atividades nocivas ao ambiente ou - mais comum - aos seus elementos. Tanto assim que neste período de vazio constitucional deu-se a promulgação do Código Florestal de 1965 e da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), verdadeiro marco fundamental do direito ambiental brasileiro.

3.1 A saúde ontem

O Min. José Celso de Mello Filho, escrevendo sob o império da Carta de 1959, apontava que: "A tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência legislativa sobre defesa e proteção da saúde".²⁹ Ao contrário

²⁷ Ob. cit., 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 8.

²⁸ Idem. ibidem.

²⁹ *Constituição Federal Anotada*. São Paulo, Saraiva. 1984, p. 40.

do meio ambiente, a saúde, como valor próprio e separado do núcleo-mãe "vida", foi formalmente tratada, sob vários enfoques, por muitas das Constituições anteriores à de 1988.³⁰

Nesses modelos constitucionais, *degradação ambiental* seria sinônimo de *degradação sanitária*, ou, pior, mero apêndice do universo maior da produção e do consumo. Sem dúvida, uma argumentação de cunho estritamente antropocêntrico, com indisfarçável conteúdo economicista e militarista.

Naquele período tal raciocínio, não obstante sua inegável fragilidade, até que vingou e serviu para dar sustentação à intervenção legislativa, recebendo, inclusive, respaldo judicial. Hoje, contudo, num juízo retrospectivo, bem podemos verificar o caráter limitado - embora ainda válido, como veremos, abaixo, em outro item - desse esforço, *eticamente insuficiente e dogmaticamente frágil*.

Eticamente insuficiente porque - cuidaremos adiante - a tutela ambiental vem, de modo gradativo, abandonando a rigidez de suas origens antropocêntricas, abraçando uma visão mais ampla, de caráter *biocêntrico* (ou mesmo *ecocêntrico*), ao propor-se a amparar a totalidade da vida e suas bases.³¹ Nem sempre a degradação ou até a destruição integral de uma ecossistema ou espécie afetam, de modo visível e calculável, a saúde humana.

³⁰ Paulo Eduardo Elias, "A saúde como política social no Brasil", in Associação Juizes para a Democracia, *Direitos Humanos: Visões Contemporâneas*, São Paulo, 2001. p. 136.

³¹ A Constituição Federal de 1988 refere-se à preservação e restauração de "processos ecológicos essenciais" (art. 225, § 1º, 1); evidentemente, "essenciais" à sobrevivência do Planeta, como o conhecemos - concepção que ultrapassa a fórmula tradicional da sobrevivência do homem.

Dogmaticamente frágil porque o *direito à saúde* não se confunde com o *direito ao meio ambiente ecologicamente* equilibrado: dividem uma área de larga convergência (e até de sobreposição), mas os limites externos de seus círculos de configuração não são, a rigor, coincidentes. Quase sempre quando se ampara o ambiente se está beneficiando a saúde humana, e vice-versa. Realmente, há aspectos da proteção ambiental que dizem respeito, de forma direta, à proteção sanitária. Assim é com o controle de substâncias perigosas e tóxicas, como os agrotóxicos e com a garantia da potabilidade da água e da respirabilidade do ar.

Concepções vizinhas, sim, mas de maneira alguma idênticas. Realmente, inúmeras vezes na intervenção do legislador ambiental a saúde humana joga um papel secundário, periférico e até simbólico, como sucede com a proteção de certas espécies ameaçadas de extinção (o mico-leão dourado, por exemplo) ou de manguezais, no imaginário popular ainda vistos como ecossistemas mal-cheirosos e abrigo de mosquitos disseminadores de doenças. Em algumas situações - a proibição, por exemplo, da caça de espécies peçonhentas ou perigosas aos seres humanos, como o jacaré e a onça - a determinação legal protetória chega mesmo a reduzir a segurança imediata e até a pôr em risco a vida das populações que vivem nas imediações do habitat desses animais.³²

³² Citemos dois exemplos concretos. Na Bahia já não encontramos a ararinha-azul em liberdade. Sua extinção na Natureza certamente teve impacto zero na vida das pessoas, muito menos na sua saúde. Do mesmo modo, no Equador (Ilhas Galápagos), das 14 subespécies de tartarugas gigantes, com peso de até 270 kg, existentes em 1535, quando os europeus chegaram ao local, 3 já estão extintas e uma quarta - a da Ilha de Pinta - tem um só indivíduo sobrevivente, "Solitário Jorge". Qual o impacto direto do desaparecimento de Jorge na saúde da população local, do Equador ou mesmo do mundo? A extinção de uma espécie é sempre lastimada, mas quase nunca por suas conseqüências sanitárias.

Na leitura da Constituição, é de mister separar o direito de não ser atingido por poluentes ou pela degradação ambiental do direito à proteção da Natureza em si considerada. Naquele caso o objetivo não é o meio ambiente como tal, mas o meio ambiente como veículo de danos à pessoa ou à propriedade. Neste, diversamente, o que se visa a assegurar é a manutenção do equilíbrio ecológico, como valor intrínseco, mesmo, que, indiretamente, se garanta uma vida mais segura para todos - ou, para usar a expressão da Constituição, uma *sadia qualidade de vida*.³³

3.2 A saúde hoje

Embora vá além, ao prever a proteção do meio ambiente *per se*, o regime constitucional atual mantém a vinculação vida/ambiente, saúde/ambiente e segurança/ambiente. Trata de aproximação que, não obstante arrimada em longa tradição doutrinária e em regimes constitucionais anteriores, hoje é decorrência da letra expressa da Constituição de 1988. Por exemplo, entre as competências do Sistema Único de Saúde estão o controle, fiscalização e inspeção de "águas para consumo humano" (art. 200, VI), "produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos (...) tóxicos e radioativos" (art. 200, VII), assim como a colaboração "na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" (art. 200, VIII).³⁴

Por conseguinte, no regime constitucional brasileiro, como em outros países, não obstante o exposto reconhecimento de um direito ao

³³ Karl- Heinz Ladeur, "Environmental constitutional law", in Gerd Winter (ed.), *European Environmental Law: a Comparative Perspective*, Aldershot, Dartmouth, 1994, p. 17.

³⁴ *Sobre o meio ambiente do trabalho*, cf. Guilherme José Purvin de Figueiredo, *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, São Paulo, LTr, 2000; Daniela Câmara Ferreira e Guilherme José Purvin de Figueiredo, "Direito constitucional ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo, Max Limonad, 1998, pp. 103-115; Júlio César de Sá da Rocha, "Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos", *Revista de Direito Ambiental* 10/106-122, abril-junho/1998.

meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde - significando a possibilidade de desenvolvimento pessoal tranqüilo - pode (e deve) ser entendido como incluindo proteção contra riscos (e degradação) ambientais.³⁵

Como se percebe da análise dos vários dispositivos citados, estamos diante de simbiose normativa estreita. Não obstante a crítica teórica que acima fizemos (seu marcante traço antropocêntrico original), trata-se, no terreno estritamente pragmático, de conjugação que pode apresentar vantagens práticas, tanto mais se soubermos mitigar seu exagerado antropocentrismo. Em outras palavras, a aceitação de uma proteção autônoma do meio ambiente em muitas situações não exclui - e até recomenda - sua conexão com a saúde e segurança humanas. Considerando-se a posição central que historicamente a saúde ocupa no ordenamento - um dos raros fundamentos, até no Código Civil, capazes de ensejar restrição ao exercício do direito de propriedade -, tal vinculação, se bem trabalhada e utilizada com inteligência, propiciará uma melhor salvaguarda do meio ambiente *in se e per se*.

Exatamente por contar com essa reverência tradicional por parte do legislador e implementador, com força retórica e prática inigualáveis, o argumento da proteção da saúde oferece benefícios inegáveis à tutela do meio ambiente. Entre nós, como, de resto, em todo o mundo, o direito à saúde ocupa patamar máximo no arcabouço constitucional e legal. Perante ele são afastados outros direitos constitucionais, como o direito de greve, o

³⁵ Karl-Heinz Ladeur, "Environmental constitutional law", in Gerd Winter (ed.), *European Environmental Law: a Comparative Perspective*. Aldershot, Dartmouth, 1994, p. 27.

direito de propriedade, o direito de manifestação! e expressão comercial (restrições e até vedação da publicidade de tabaco, por exemplo).³⁶

Alguns países estabeleceram esta conexão no próprio coração dos novos direitos vinculados ao meio ambiente. Assim, por exemplo, a Bélgica, ao reformar, em 1994, o art. 23(1) de sua Constituição, incluiu, no campo dos direitos econômicos e sociais, o "direito à proteção de um meio ambiente sadio" (grifamos) - dispositivo, este, criticado pela melhor doutrina, diante do exagero antropocêntrico e por reduzir o campo de sua aplicação à tutela da saúde humana, mesmo que a entendamos, aqui, como abrangendo o bem-estar de todos os seres vivos.³⁷

4. Técnicas de constitucionalização do meio ambiente no Direito Comparado

São múltiplas as vantagens da constitucionalização do meio ambiente, atrás mencionamos. Um exame da experiência estrangeira revela que a norma constitucional comumente estabelece uma obrigação geral de não-degradar, fundamenta direitos e obrigações ambientais, ecologiza o direito de propriedade, legitima a intervenção estatal em favor da Natureza, reduz a discricionariedade administrativa no processo decisório ambiental, amplia a participação pública, atribui preeminência e proeminência à tutela da Natureza, robustece a segurança normativa, substitui a ordem pública ambiental legalizada pela constitucionalizada, reforça a interpretação pró-ambiente e, por fim, enseja o controle da constitucionalidade da lei sob bases ambientais.

³⁶ No mesmo sentido, na França, cf. Louis Favoreu *et alii*. *Droit Constitutionnel*. Paris, Dalloz. 1998, p. 856.

³⁷ Jeanl-François Neuray, *Droit de l'Environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 142.

Tais benefícios, contudo, nem sempre aparecem todos conjugados, simultaneamente, no texto constitucional, pois são prisioneiros da *técnica* ou *desenho normativo* escolhido pelo constituinte, cujas opções são variadas na sua expressão formal, valor semântico e efeitos. Para bem entender o sentido da norma constitucional, apreender seus limites e fragilidades e aplicá-la com efetividade, crucial, pois, examinar a formulação levada a cabo pelo legislador.

Sejam direitos, obrigações ou princípios, sejam objetivos, programas públicos ou instrumentos de implementação, o certo é que a norma constitucional busca regular ora o uso dos bens ambientais (água, fauna, solo, ar, florestas), ora as *atividades humanas* propriamente ditas, que afetam ou podem afetar o meio ambiente (biotecnologia, mineração, energia nuclear, caça, agricultura, turismo). Mas, ao fazê-lo, nem sempre alcança, como seria desejável, tal desiderato.

5. Técnicas de tutela do meio ambiente na Constituição de 1988

É no art. 225 que se encontra o núcleo principal da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988. Cuida-se de dispositivo que, pela sua complexidade e feição original (na ótica da tradição constitucional brasileira), certamente merece estudo muito mais aprofundado do que aquele que aqui nos propomos a desenvolver.

Não podemos esquecer, como já referido, que o art. 225 é apenas o porto de chegada ou ponto mais saliente de uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, instituem uma verdadeira malha regulatória, que compõe a ordem pública ambiental, baseada nos *princípios*

da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade, ambos de caráter geral e implícito.

Em termos formais, a proteção do meio ambiente na nossa Constituição Federal não segue - nem seria recomendável que seguisse - um único padrão normativo, dentre os vários acima analisados.³⁸

Ora o legislador utiliza-se da técnica da caracterização de *direito e dever* genéricos (por exemplo, a primeira parte do art. 225, *caput*), ora faz uso da instituição de deveres especiais (por exemplo, todo o art. 225, § 1º). Em alguns casos tais enunciados normativos podem ser apreciados como *princípios* específicos e explícitos (por exemplo, os princípios da função sócio-ambiental da propriedade rural e do poluidor-pagador - previstos, respectivamente, nos arts. 186, II, e 225, §§ 2ª e 32);³⁹ noutros, como *instrumentos de execução* (por exemplo, a previsão de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, no art. 225, § 1º, IV; ou da ação civil pública, no art. 129, III, e § 1º). O constituinte também protegeu certos biomas hiperfrágeis ou de grande valor ecológico (por exemplo, a Mata Atlântica, o Pantanal, a Floresta Amazônica, a Serra do Mar e a Zona Costeira, no art. 225, § 4º).

Na Constituição há direitos, deveres e princípios ambientais (a) *explícitos ou implícitos*, (b) *substantivos ou procedimentais* e (c) *genéricos e específicos*.

³⁸ Na prática constitucional comparada a previsão de direitos fundamentais e de objetivos públicos (*statements of public policy*) são as duas técnicas mais utilizadas de tutela ambiental (Ernst Brandl and Hartwin Bungert, "Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad", *Harvard Environmental Law Review* 1618. 1992).

³⁹ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, "O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental", in Antonio Herman V. Benjamin (coord.), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Ed. RT, 1993. pp. 226-236.

São *explícitos* aqueles incorporados, com nome e sobrenome, na regulação constitucional do meio ambiente (a título de exemplo, citem-se, novamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio poluidor-pagador, ambos previstos no art. 225). Por *implícitos* temos os direitos, deveres e princípios que defluem, via esforço interpretativo, da norma e do sistema constitucional de proteção do meio ambiente. É o caso do dever genérico de não degradar e dos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada.

Por outro enfoque, na Constituição vamos localizar direitos, deveres e princípios ambientais *substantivos* (= *materiais* ou *primários*) e outros que têm índole total ou preponderantemente procedimental (ou *instrumental*). Pertencem àquela categoria os que definem posições jurídicas, qualificam o domínio ou restringem a exploração dos recursos naturais. Entre eles podemos citar o próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais"⁴⁰ - para nos limitarmos a dois exemplos. *Instrumentais* são os que se prestam à execução ou implementação dos direitos e obrigações materiais, alguns com feição estritamente ambiental, outros de aplicação mais ampla, não restritos ao campo da tutela do ambiente (por exemplo, o direito à informação ou o direito a audiências públicas).

Finalmente, uma terceira perspectiva vislumbra direitos, deveres e princípios *gerais e especiais* (ou *setoriais*) Aqueles se caracterizam por sua aplicação fungível a todos os sujeitos ou campos ambientais. Estes, diversamente, vêm com destinação material ou subjetiva mais definida e reduzida, ora dirigindo-se só ao Poder Público, ora só a alguns sujeitos da

⁴⁰ CF, art. 225, § 1º, I.

relação obrigacional (o minerador, por exemplo), ora, ainda, recobrando certas partes do vastíssimo universo da proteção do meio ambiente.

O caráter *ambiental* de certos direitos, deveres e princípios por vezes é *original* ou *direto* (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou o princípio poluidor-pagador, por exemplo); por outras, *derivado*, *reflexo* ou *indireto*. São derivados, reflexos ou indiretos na medida em que, embora não cuidem de maneira exclusiva ou original do ambiente, tangencialmente ou por interpretação terminam por assegurar valores ambientais (direito à vida,⁴¹ direito à saúde,⁴² direito de propriedade com função social,⁴³ direito à informação,⁴⁴ direitos dos povos indígenas,⁴⁵ direito ao exercício da ação popular⁴⁶ e ação civil pública,⁴⁷ para citar uns poucos).

Porta-voz de direitos, obrigações, princípios, objetivos ou programas públicos, o certo é que a norma constitucional, em todas as suas fórmulas e técnicas, conduz sempre ao mesmo objetivo: a regulação do uso dos bens ambientais (água, fauna, solo, ar, florestas) ou das *atividades humanas*, propriamente ditas, capazes de afetar o meio ambiente (biotecnologia, mineração, energia nuclear, caça, agricultura, turismo).

⁴¹ CF, art. 5º, *caput*.

⁴² Estabelece a Constituição que ao Sistema Único de Saúde, dentre outras atribuições, compete "participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos" (art. 200, VII - grifamos), bem como "colaborar na *proteção do meio ambiente*, nele compreendido o do trabalho" (art. 200, VII - grifamos).

⁴³ CF, arts. 5º, XXIII, e 186, II.

⁴⁴ CF, art. 5º, XIV e XXXIII.

⁴⁵ "São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à *preservação dos recursos ambientais* necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (CF, art. 231, § 1º - grifamos).

⁴⁶ CF, art. 5º, LXXIII.

⁴⁷ CF, art. 129, III, e § 1º.

Analisaremos, agora, no âmbito da Constituição Federal de 1988, as seguintes técnicas⁴⁸ mais comuns de constitucionalização da proteção do meio ambiente: (a) direitos fundamentais; (b) deveres fundamentais; (c) princípios ambientais; (d) função ecológica da propriedade; (e) objetivos públicos vinculantes; (f) programas públicos abertos; (g) instrumentos de implementação; e (h) proteção de biomas ou ecossistemas particulares.

5.1 Técnica dos direitos fundamentais

Formalmente, direitos fundamentais são aqueles protegidos pela Constituição) ou por tratados internacionais,⁴⁹ assegurando ao indivíduo ou a grupos de indivíduos uma garantia subjetiva ou pessoal. São variegadas as teorias jurídicas que buscam justificá-los e explicá-los, não cabendo, no espaço limitado do presente ensaio, examiná-las.⁵⁰

A doutrina, de uma forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972. Nessa linha, para J. J. Canotilho e Vital Moreira, o *direito ao ambiente* é um dos "novos direitos fundamentais";⁵¹ ou ainda, nas palavras de Álvaro Luiz Valery Mirra, trata-se "direito humano fundamental".⁵²

⁴⁸ No tema, cf. Richard O. Brooks, "A constitutional right to a healthful environment", *Vermont Law Review* 16/1.104, 1992; Ernst Brandl and Hartwin Bungert, "Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad", *Harvard Environmental Law Review* 16, 1992.

⁴⁹ Louis Favoreu *et alli*, *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998, p. 780.

⁵⁰ Para uma concisa análise dessas várias teorias, cf. Ernst Brandl and Hart win Bungert, "Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad", *Harvard Environmental Law Review* 16/9 e ss., 1992.

⁵¹ *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 37. No mesmo sentido, Milaré enxerga o direito ao ambiente sadio como "um direito fundamental do indivíduo", isto é,

Como direito fundamental - lembra Cristiane Derani -, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é "resultado de fatores sociais que permitiram e até mesmo impuseram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais".⁵³

A configuração deste direito no ordenamento varia. Para uns o direito ao ambiente aparece como "direito da personalidade e, simultaneamente, como um direito e uma garantia constitucional".⁵⁴ Direito fundamental, sim, na visão da Constituição Federal, e direito da personalidade, na perspectiva do direito privado. Para outros estamos diante, a um só tempo, de direito e princípio, ou, ainda, de direito humano⁵⁵ ou de direito subjetivo⁵⁶ ao meio ambiente.

Não são poucas, nem insignificantes, as conseqüências da concessão de *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Antes de mais nada, o direito fundamental leva à

"direito público subjetivo, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo" (*Direito do Ambiente*, São Paulo, Ed. RT, 2000, pp. 212-213). Cf., na mesma linha: Carlos Roberto de Siqueira Castro, "O direito ambiental e o novo humanismo ecológico", RF 317/34, 1992 ("estamos diante da novíssima terceira geração dos direitos humanos"); Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, *Proteção Jurídica do Meio Ambiente (I - Florestas)*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 103 e 121; Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996, p. 37. No *Direito italiano*, cf. Luca Mezzetti, "La 'Costituzione dell'Ambiente'", in *Manuale di Diritto Ambientale, a Cura di Luca Mezzetti*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 85-142.

⁵² *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, pp. 53-58.

⁵³ "Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 92.

⁵⁴ Mário Raposo, "O direito ao ambiente como direito fundamental", in Centro de Estudos Judiciários, *Textos - Ambiente*, Lisboa, 1994, p. 115.

⁵⁵ Concepção, esta, que corre o risco de aprisionar a tutela do meio ambiente em camisa-de-força antropocêntrica. exceto se, ao revisitá-la, estruturalmente expandirmos a noção de *direito humano* para além de sua compreensão tradicional, transformando-o num direito de salvaguarda, a um só tempo, do ser humano e do meio em que vive (cf., neste ponto, Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, 4^ª ed., Paris, Dalloz, 2001, pp. 61-62).

⁵⁶ Sobre os direitos constitucionais como direitos subjetivos, cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*. trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 111-162.

formulação de um *princípio da primariedade do ambiente*,⁵⁷ no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível.⁵⁸

Além disso, como direito fundamental, estamos diante de "direito de aplicação directa", em "sentido preceptivo e não apenas programático; vale por si mesmo, sem dependência da lei. A ulterior regulamentação ou desenvolvimento pelo legislador ordinário ajudará somente a densificar a sua exeqüibilidade. E vincula, desde logo, todas as entidades públicas e privadas".⁵⁹

Há mais. Como direito fundamental, ao *equilíbrio ecológico* atribui-se *irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade*⁶⁰ características que, depois, vão informar a ordem pública ambiental é o próprio marco legal do direito ambiental brasileiro.

Irrenunciabilidade, conquanto não aceita renúncia apriorística, embora tal direito conviva amiúde com a omissão de exercício (a

⁵⁷ Primariedade, esta, que para alguns tem sentido absoluto, conquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado "se encontra acima de qualquer outro direito, posto que diz respeito à garantia da vida" (Helli Alves de Oliveira, "Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do meio ambiente", *RF* 317/141, 1992).

⁵⁸ No *Direito Italiano*, sobre o *princípio da primariedade do ambiente*, cf. Marcello Cecchetti, *Principi Costituzionali per la Tutela dell'Ambiente*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 85-116.

⁵⁹ Mário Raposo, "O direito ao ambiente como direito fundamental", in Centro de Estudos Judiciários, *Textos - Ambiente*, Lisboa, 1994, p. 115. A Constituição Federal, no seu art. 5º, § 1º, não deixa dúvida a esse respeito: "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Apreciam o sentido de tal dispositivo, lembra Eros Roberto Grau, com o exemplar discernimento de sempre: "Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção) de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tomando jurídica ou formalmente efetivas" (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 9ª ed.. São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 287).

⁶⁰ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed.. São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 181.

passividade corriqueira da vítima ambiental). Ou, melhor, não admite que, o infrator alegue direito de degradar por omissão ou até mesmo aceitação, expressa ou implícita, da vítima.

Inalienabilidade, na medida em que, por ser de exercício próprio, é intransferível, inegociável, pois ostenta titularidade pulverizada e personalíssima, incapaz de apropriação individual (= *res extra commercium*).

Por último, é direito *imprescritível*, necessária derivação do seu perfil intertemporal, pois consagra entre seus beneficiários até os incapazes de exercitarem seus direitos diretamente, e mesmo as gerações futuras.

Composto de atributos normativos impositivos, indisponíveis e imprescritíveis - tijolos estruturais do edifício da proteção do meio ambiente e da vida -, o direito fundamental ao meio ambiente toma para si feição ora *primária* (ou *substantiva*), ora *procedimental* (ou *formal*).⁶¹

No que se refere às estruturas normativas formais, a Constituição, ao reconhecer que a simples edição de direitos e obrigações fundamentais não assegura o quadro de tutela que se almeja, elenca direitos (e obrigações, também, como veremos) fundamentais de estirpe procedimental ou de implementação.

São preceitos que se agregam, inevitavelmente, aos direitos (e deveres) substantivos (como a prevenção e reparação do dano ambiental),

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

pois estes amiúde não têm vida própria, à mercê que estão de facilidades técnico-jurídicas que os realizem, seja no que se refere ao conhecimento da própria infração ou possível prejuízo (direito à informação), seja no que tange ao exercício da prestação jurisdicional (direito de acesso à Justiça). Inexiste coincidência necessária entre o titular do ônus nas duas categorias de direitos e deveres: assim, por exemplo, o direito de informação pode atribuir, em uma determinada situação, ônus ao Poder Público e não ao poluidor potencial.

Noutra perspectiva, os direitos (e obrigações) fundamentais podem ser classificados em *positivos e negativos*.⁶² Aqueles determinam um atuar afirmativo; estes, diversamente, exigem um *non facere*, uma abstenção.⁶³

Não é incomum que no texto constitucional apareçam, conjuntamente, ambas as modalidades, como quando do empreendedor exige-se que não degrade o meio ambiente (obrigação negativa) e que, na hipótese de fazê-lo ilegalmente, mitigue o dano e o repare (obrigações positivas).

Evidentemente, as formulações do tipo substantivo/procedimental e positivo/negativo, embora diversas em sua

⁶² Eric T. Freyfogle, "Should we green the bill?", *University of Illinois Law Review*, 1992, p. 161.

⁶³ Referindo-se às obrigações negativas, Jellinek, no início do século XX, já afirmava que as direitos fundamentais traduzem-se em situações ou funções que vão do *status negativus* ao *status positivus* e ao *status activus*. Na primeira categoria temos direitos de caráter defensivo contra o Estado, visando a resguardar uma certa esfera de liberdade do cidadão (direitos de primeira geração); bem mais tarde, na evolução constitucional, aparecem os direitos a uma prestação positiva (segunda geração); e, finalmente, e listem os direitos que asseguram ao indivíduo a participação ativa na formação da vontade do Estado (*apud* Louis Favoreu *et alii*, *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz 1998, p. 789; cf., também, Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 163-177).

expressão formal, dividem o mesmo objetivo maior: assegurar a sustentabilidade das intervenções humanas no meio ambiente.

Na Constituição de 1988 o discurso de direito(s) aparece no caput do art. 225:j "Todos têm *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à 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" (grifamos).⁶⁴

Inserida no Título "Da Ordem Social" (ao lado da Seguridade Social, saúde, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, família, criança, adolescente e idoso, e índios), a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental.⁶⁵ Lembra corretamente Ney de Barros Bello Filho que estamos diante de "direito fundamental, quer na dimensão real ou teórica, quer na dimensão positiva",⁶⁶ tanto mais após 1988. A um, já que a estrutura normativa do tipo constitucional a isso leva ("Todos têm *direito* ..."⁶⁷); a dois, na medida em que o rol do art. 5º, por força do disposto no seu § 22,⁶⁸ não é

⁶⁴ Sobre o *meio ambiente como bem de uso comum do povo*, cf. o excelente. Álvaro Luiz Valery Mirra, *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo, Juarez de Oliveira. 2002, pp. 37-39.

⁶⁵ Cf, no mesmo sentido: Carlos Roberto de Siqueira Castro, "O direito ambiental e o novo humanismo ecológico", RF 317/34, 1992 ("estamos diante da novíssima terceira geração dos direitos humanos"); Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, *Proteção Jurídica do Meio Ambiente* (I - Florestas), Belo Horizonte, Del Rey, 2003. pp. 1)3 e 121. No *Direito Italiano*, cf. Luca Mezzetti, "La Costituzione dell'Ambiente". in *Manuale di Diritto Ambientale, a Cura di Luca Mezzetti*, Padova. CEDAM 2001. pp. 85-142.

⁶⁶ Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI, in Heline Sivini Ferreira e José Rubens Morato Leite, *Estado de Direito Ambiental: Tendências*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 103. No mesmo sentido, cf. Cristiane Derani, "Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 91.

⁶⁷ CF, art. 225, *caput* (grifamos).

⁶⁸ "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º).

exaustivo. Direitos fundamentais há - e muitos - que não estão contidos no art. 5^a. A três, posto que, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida,⁶⁹ garantido no art. 5^o, *caput*, reflexamente recebe deste as bênçãos e o aconchego.⁷⁰ Na boa lição de Nicolao Dinode Castro e Costa Neto: "O direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida".⁷¹

Como abordaremos mais abaixo, trata-se de direito explícito e primário, neste último caso porque enseja o aparecimento de outros direitos, de caráter instrumental (mas nem por isso menos fundamentais), como o direito de participação nos processos decisórios e o direito de acesso à Justiça. Sua índole ambiental é original.

5.2 Técnica dos deveres fundamentais

Quando falamos em *proteção constitucional*, a primeira expressão que nos vêm à mente é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, tão importante - mas desprezada em

⁶⁹ Na mesma linha, Demetrio Loperena Rota assevera que a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é "um direito vinculado à própria vida humana (...). O meio ambiente adequado precede logicamente ao próprio Direito: sem meio ambiente adequado não há vida humana, nem sociedade, nem Direito" (*Los Principios del Derecho Ambiental*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 51-52). Cf., também, Cristiane Derani, para quem: "O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam"; ou, por outras palavras: "O direito fundamental do meio ambiente protegido é um desdobramento do direito fundamental à vida" (Cristiane Derani, "Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 97).

⁷⁰ Retirar a tutela ambiental da salvaguarda da vida não deixa de apresentar desafios, como já notamos, pois há que se evitar que uma vinculação tão estreita a interesses humanos imediatos acabe, por força de um apelo militarista, desfigurando a própria valorização e reposicionamento que se pretende o ordenamento atribua ao meio ambiente (cf. Ryan K. Gravelle, "Enforcing the elusive: environmental rights in East European Constitutions", *Virginia Environmental Law Journal* 16/638, 1997).

⁷¹ *Proteção Jurídica do Meio Ambiente (I - Florestas)*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 17. Na mesma linha, Milaré defende que "(...) a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental - o direito à vida" (*Direito do Ambiente*, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 213).

comentários - é a previsão de *deveres* constitucionais direcionados à tutela ambiental, em favor dos próprios cidadãos e futuras gerações, ou ainda da própria Natureza.

Embora direitos e deveres sejam concepções (normalmente) correlatas, o discurso dos direitos, paradoxalmente, por vezes sensibiliza menos o implementador (e, portanto, é menos efetivo) do que o discurso dos deveres; vale dizer, a implementação concreta e direta destes termina por ser menos espinhosa. No universo da implementação real, a linguagem dos direitos parece carregar cogência ou vinculação mais frágil do que as fórmulas que se utilizam de deveres.

Aqui - é bom ressaltar -, não estamos no campo de deveres correlatos a direitos previamente estatuídos pelo legislador, isto é, obrigações dedutíveis ou derivadas de direitos outorgados. Ao contrário, o legislador exprime-se por meio da decretação de obrigações diretas, que ocupam, por assim dizer, o centro do palco, e a partir das quais se reconhecem poderes aos implementadores e beneficiários para fazê-las valer. Tais deveres ora encontram nos indivíduos ou coletividade seus destinatários, ora direcionam-se ao Poder Público,⁷² isto é, ao Estado, em todas as suas formas de manifestação.⁷³

A Constituição de 1988 impõe ao Poder Público e particulares um "caderno de encargos" - para usar a expressão de Canotilho

⁷² "'Poder Público' é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas" (José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 75), verticalmente nos três níveis da Federação (União, Estados e Municípios) e horizontalmente nos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Cf., ainda, Rudolf von Ihering, *El Fin en el Derecho*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, pp. 154-158.

⁷³ Especificamente sobre os deveres das "Unidades da Federação", cf. Helita Barreira Custódio. "A questão constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competência legislativa concorrente", in Antônio Herman V. Benjamin (coord.), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 133-136.

e Moreira.⁷⁴ Nela vamos identificar um dever geral de não degradar (= núcleo obrigacional) e deveres derivados e secundários, de caráter específico, listados no § 1º do art. 225.

Nem sempre os deveres ambientais do art. 225 e de outros dispositivos da CF ostentam a mesma titularidade obrigacional. Por exemplo, o dever de informar pode ser, em uma determinada situação, ônus do Poder Público e não do futuro poluidor, enquanto noutras hipóteses pode haver coincidência de posições jurídicas.

De toda sorte, impende realçar que a construção de um mundo sustentável é tarefa que não cabe inteiramente ao Estado, só dele exigível.⁷⁵ Ao contrário, os deveres associados a essa mudança de paradigma devem ser cobrados de qualquer pessoa, em especial dos agentes econômicos. Daí que não basta dirigir a norma constitucional apenas contra o Estado, pois a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos - aliás, como bem disposto no art. 225. Acertou a Constituição, pois, ao afastar-se do modelo político do Liberalismo, fundado na cisão Estado/sociedade civil.⁷⁶ Em especial no art. 225 fica clara esta opção legislativa do constituinte, que, ao tratar da questão ambiental, reconhece a "indissolubilidade entre Estado e sociedade civil".⁷⁷ A tutela ambiental não é um daqueles valores sociais onde basta assegurar uma *liberdade negativa*, orientada a rejeitar a intervenção ilegítima ou o abuso do Estado. Além de ditar o que o Estado não deve fazer (= dever negativo) ou o que lhe cabe

⁷⁴ *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 39.

⁷⁵ Eric T. Freyfogle, "Should we green the bill?", *University of Illinois Law Review*, 1992, p. 163.

⁷⁶ Sobre o relacionamento Estado/sociedade civil, cf. Nancy L. Rosenblum e Robert C. Post (eds.), *Civil Society and Government*, Princeton, Princeton University Press, 2002; Adam B. Seligman, *The Idea of Civil Society*, New York, The Free Press, 1992.

⁷⁷ Cristiane Derani, "Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 95.

empreender (= dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade.

5.2.1 Classificação e categorias de deveres ambientais

O texto constitucional brasileiro estatui, a um só tempo, deveres substantivos e instrumentais, genéricos e específicos, expressos e implícitos, todos igualmente relevantes, vinculantes e herdeiros das qualidades da atemporalidade de sua exigibilidade e da transindividualidade de seus beneficiários.

Noutra perspectiva, as obrigações fundamentais podem ser classificadas em negativas e positivas. Vivemos uma era que cada vez mais demanda governabilidade afirmativa⁷⁸ - o que impõe desenhar deveres tanto negativos (= *non facere*, isto é, uma abstenção) como positivos (= *facere*). Não é incomum que na vida prática apareçam ambas as modalidades de forma conjunta, como quando do empreendedor se exige que não degrade o meio ambiente (obrigação negativa) e que, na hipótese de fazê-lo - contrariando as normas de conduta existentes -, mitigue e repare a degradação eventualmente causada (obrigações positivas).

Em *quatro categorias* podemos agrupar os deveres ambientais encontrados na Constituição Federal.

Primeiro, no *caput* do art. 225, uma obrigação explícita, genérica, substantiva e positiva de defesa e preservação do meio ambiente

⁷⁸ Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3ª ed., vol. 1, New York, Foundation Press, 2000, p. 16.

("impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo").

Além disso, o texto constitucional forjou uma obrigação genérica, substantiva e negativa, mas implícita, de não degradar o meio-ambiente, também abrigada no *caput* do art. 225. Em ambos os casos estamos diante de deveres *erga omnes*, em que temos como coobrigados, indistintamente, o Poder Público, os indivíduos e a coletividade.

Terceiro, um conjunto amplo de deveres explícitos e especiais do Poder Público, independentemente de ser ele degradador ou não, dispostos no art. 225, *caput* e § 1º - injunções que são bastante detalhadas, em oposição a dispositivos semelhantes encontrados em Constituições estrangeiras, caracterizados pela sua vagueza.⁷⁹ O intuito do constituinte, aqui, foi afastar qualquer dúvida sobre a índole cogente das determinações dirigidas a todo o Estado, na sua posição bifronte de legislador e de implementador administrativo e judicial do ordenamento. Do legislador espera-se que aprove novas leis e aperfeiçoe as existentes, vedada a redução das garantias ambientais; do Judiciário, uma enérgica e rápida aplicação da lei e interpretação conforme a melhor solução de proteção do meio ambiente.

Por último, temos um leque de deveres explícitos e especiais, exigíveis de particulares ou do Estado (art. 225, §§ 2º e 3º) - este, agora, na posição de degradador potencial ou real (como minerador, por exemplo).

5.2.2 O Estado como sujeito degradador e sujeito de controle da degradação

⁷⁹ Ernst Brandt and Hartwin Bungert, "Constitutional entrenchment of environmental protection: a comparative analysis of experiences abroad", *Harvard Environmental Law Review* 16/78, 1992.

A estrutura do art. 225 demonstra uma profunda desconfiança do constituinte com a capacidade e vontade política do Poder Público no resguardo do nosso meio ambiente. Não sem razão. Sendo certo - como alerta Odete Medauar - que "a atuação rotineira da Administração é um dos elementos reveladores da efetividade das normas constitucionais na vida da sociedade",⁸⁰ a história administrativa brasileira recente, caracterizada por um Estado metamorfoseado em ator assíduo no processo de degradação ambiental, há de inspirar desconfiança nos administrados e naqueles que se importam com a sorte do meio ambiente.

Pelo menos *três* formas de participação estatal na destruição ambiental podem ser identificadas.⁸¹ De um lado, o Poder Público causa degradação *direta* do meio ambiente - é o Estado-empresendedor, ele próprio envolvido, sozinho ou em associação, na construção de empreendimentos degradadores, como hidrelétricas, hidrovias, rodovias, aeroportos, portos e assentamentos rurais (= degradador-agente). Mas na maioria dos casos o papel do Estado é de degradador *indireto*, ao, comissivamente, apoiar ou legitimar projetos privados, seja com incentivos tributários e crédito, seja com a expedição de autorizações e licenças para poluir (= degradador-conivente). Uma terceira modalidade de degradação ambiental estatal, também enviesada e dissimulada, só que por omissão, aparece quando o Estado despreza ou cumpre) insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental (= degradador-omisso), sejam os instrumentos preventivos (exigência de EPIA-RIMA, por exemplo), sejam os mecanismos sancionatórios e reparatórios. As razões para tanto, são as mais variadas, da cooptação ao estrangulamento por falta de recursos

⁸⁰ *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1998, p. 49.

⁸¹ Richard O. Brooks, "A constitutional right to a healthful environment", *Vermont Law Review* 16/1.065, 1992.

financeiros, técnicos e humanos, da incompetência técnica à debilidade de vontade política.

O detalhamento das missões vinculantes do Estado tem, pois, sua razão de ser. Como obrigações afirmativas, colima-se impossibilitar o retorno do Poder Público à situação de hibernação ambiental, própria do modelo liberal. Para tanto, é insuficiente estabelecer o que se veda ao Estado ou estatuir obrigações positivas e genéricas, mas impõe-se apontar, minuciosamente, ações e atividades que deve empreender. O não-fazer só parcialmente atende aos objetivos da ordem pública ambiental e do Estado de Direito Sócio-Ambiental.

O objetivo, portanto, do art. 225, § 1º, é um só: por meio de "cláusulas vinculativas da ação do Poder Público"⁸² - e sem prejuízo dos deveres genéricos explicitados no *caput* do dispositivo e incidentes sobre a conduta de qualquer degradador, ou dos demais deveres formulados nos parágrafos subseqüentes e segmentos outros da Constituição Federal -, retirar o Estado, pela força do destaque e da clareza das obrigações afirmativas estatuídas, da atmosfera de *laissez-faire* ambiental a que estava acostumado, exigindo, além disso, uma atuação positiva pró-meio ambiente, de sorte a expurgá-lo da conhecida dormência, que parece ser sua vocação natural, quando confrontado com fenômenos massificados, complexos e conflitivos.

São deveres que se agregam às missões primárias e próprias dos Vários órgãos da Administração Pública; mais do que obrigações incidentes ou acessórias, são verdadeiros deveres-pressupostos,

⁸² Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, *Proteção Jurídica do Meio Ambiente (I - Floresças)*, Belo Horizonte. Del Rey, 2003, p. 124.

cujo descumprimento é capaz de contaminar o *iter* administrativo de outra forma impecável e de invalidar seu resultado, acarretando responsabilidades pessoais (disciplinar, penal e civil) para os administradores - sem falar na prática de *improbidade administrativa*,⁸³ como co-autor da degradação do meio ambiente. Não é só a dicção da norma que indica sua imperatividade ("incumbe ao Poder Público"), mas também o fato de que a própria Constituição se encarrega de esclarecer - como lembra Alexandre de Moraes - que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".⁸⁴

Na efetivação das normas constitucionais ambientais que têm como destinatário o administrador público não se pode desprezar o poder preventivo (= *deterrence*) das sanções administrativas, civis e penais. Impecável a lembrança de Ney de Barros Bello Filho quando diz que, "ainda que não trazendo a recomposição do dano ambiental causado no caso em que se aplica a lei, a imposição de sanções ao ímprobo acarretará, certamente, a prevenção de outros tantos atentados ao meio, pois os atos administrativos danosos ao meio ambiente deixaram de ser praticados à vista de uma sanção certa e inafastável".⁸⁵

Os deveres atribuídos aos particulares e ao Poder Público - inclusive os derivados do poder regulamentar e de polícia - nada têm de

⁸³ No tema, cf. Marino Pazzagli Filho, "Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental", *Revista de Direito Ambiental* 17/112-122, janeiro-março/2000.

⁸⁴ *Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 680.

⁸⁵ "Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa à atuação da Administração Ambiental Brasileira", *Revista de Direito Ambiental* 18/78, abril-junho/2000.

retóricos, podendo, não há dúvida, ser exigidos "judicialmente na hipótese de omissão em agir".⁸⁶

5.3 Técnica dos princípios

A técnica dos princípios é amplamente utilizada pelas Constituições modernas, em todos os campos.⁸⁷ Não nos cabe, aqui, discorrer sobre a importância dos princípios na ordem jurídica. Basta dizer que a doutrina, na sua unanimidade, os vê como blocos estruturais dorsais na composição do ordenamento. No direito ambiental e outras disciplinas de elaboração recente, "os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos".⁸⁸

Não é incomum que os princípios ambientais sejam acolhidos e batizados expressamente nos textos constitucionais - princípios da precaução e poluidor-pagador, por exemplo, no Tratado (ou, melhor, Constituição) da União Européia,⁸⁹ em outros casos, são deduzidos ou dedutíveis da norma constitucional. Assim, temos na Constituição Brasileira, dentre outros, o princípio da primariedade do meio ambiente, o princípio da explorabilidade limitada da propriedade e o princípio do uso sustentável dos recursos naturais.

Direitos fundamentais e princípios de mesma estirpe convivem na atmosfera constitucional. Como lembra acertadamente Cristiane

⁸⁶ Luís Roberto Barroso, "A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira", RF 317/177, 1992.

⁸⁷ Sobre os princípios na Constituição de 1988, cf. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 23-43.

⁸⁸ Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1998, p. 132.

⁸⁹ Cf. art. 174.

Derani, "é possível verificar que os direitos fundamentais revelam-se simultaneamente no texto normativo como princípios".⁹⁰

A Constituição de 1988 congrega um leque de princípios ambientais, que ora são expressos ou implícitos, ora gerais ou especiais, ora substantivos ou procedimentais.

Entre os princípios implícitos - já adiantamos, atrás - estão o da primariedade do meio ambiente, o da explorabilidade limitada, o da precaução, o da integração e o do uso sustentável dos recursos naturais. Entre os princípios expressos (e genéricos) cabe mencionar o princípio poluidor-pagador e os princípios da função ecológica da propriedade e da defesa do meio ambiente, referidos no art. 170, VI -verdadeiros realizadores do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas atividades econômicas.⁹¹

5.4 Técnica da função ecológica da propriedade

Algumas Constituições (Colômbia⁹² e Brasil,⁹³ por exemplo), não satisfeitas em estabelecer direitos e obrigações fundamentais afeitos à tutela do meio ambiente, modificam, de forma direta, a função social da propriedade, que, tradicionalmente, já era usada como fonte legitimadora dos

⁹⁰ Cristiane Derani. "Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 99. No mesmo sentido Alexy, para quem, "independentemente da precisão de sua formulação, os direitos constitucionais são princípios" (*A Theory of Constitutional Rights*. trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 388, "Posfácio").

⁹¹ Cristiane Derani, "Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 100.

⁹² "A propriedade é uma função social que implica obrigações. Como tal, lhe é inerente uma função ecológica" (Constituição da Colômbia de 1991, art. 58).

⁹³ CF, art. 186, II.

esforços legislativos, administrativos e judiciais de salvaguarda da Natureza.⁹⁴

No caso brasileiro, o texto de 1988 reconheceu - a exemplo dos anteriores - o direito de propriedade, mas impôs limites constitucionais (intrínsecos e extrínsecos⁹⁵) de duas ordens.

Primeiro, agregando ao direito a exigibilidade do cumprimento de uma função social.⁹⁶ Aqui, nenhuma inovação quanto à Carta de 1969. Na doutrina a função social é vista como *princípio* de controle da propriedade, que, conforme salienta magistralmente Eros Roberto Grau, "impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de *não-fazer* - ao detentor do poder que deflui

⁹⁴ Sobre a *ecologização da propriedade*, cf. Antônio Herman Benjamin, "Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente", in Instituto "O Direito por um Planeta Verde", 5 Anos Após a ECO-92, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997, pp. 11-36.

⁹⁵ Sobre os limites internos e externos do direito de propriedade, cf. Antônio Herman V. Benjamin, "Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente", in Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.), *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo. Max Limonad, 1998, pp. 67-69.

⁹⁶ Sobre *função social da propriedade e meio ambiente*, cf. Antônio Herman Benjamin, "Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente", in Instituto "O Direito por um Planeta Verde", 5 Anos Após a ECO-92, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997; Luís Roberto Gomes. "O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental". *Revista de Direito Ambiental* 17/160-178, janeiro-março/2000; Maria Luísa Faro Magalhães, "Função social da propriedade e meio ambiente - Princípios reciclados", in Antônio Herman V. Benjamin (coord.), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Ed. RT 1993, pp. 146-151; Roxana Cardoso Brasileiro Borges, "Função, ambiental da propriedade", *Revista de Direito Ambiental* 9/67-85, janeiro-março/1998.

da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia*".⁹⁷

Segundo - e, agora, de modo original -, o constituinte de 1988, a partir das bases da função social básica, introduziu uma *função ecológica autônoma*, que deve ser cumprida necessariamente pela propriedade, sob pena de perversão de seus fins, legitimidade e atributos.⁹⁸

É exatamente assim que se expressa o art. 186: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...) II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (...)".

5.5 Técnica dos objetivos públicos vinculantes

Por vezes, a voz do constituinte surge por intermédio de objetivos públicos vinculantes, a serem seguidos pelo Estado, na formulação e aplicação de suas políticas públicas, de qualquer tipo. Assim, por exemplo, a "construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I).

5.6 Técnica dos programas públicos abertos

⁹⁷ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 9ª ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2004, p. 222 (grifos no original). Sobre o poder de polícia, cf., dentre outros autores nacionais, Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed.. São Paulo, Ed. RT, 1998, pp. 346-357.

⁹⁸ Cf. Antônio Herman Benjamin, "Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente", in Instituto "O Direito por um Planeta Verde", *5 Anos Após a ECO-92*, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997, pp. 11-36.

No caso brasileiro a vocação do constituinte não foi exatamente por programas públicos abertos, vistosos na roupagem e pobres na implementação, por serem orientações não-vinculantes.

Típica manifestação de programa público aberto há no art. 225, § 1º, VI, quando o legislador diz esperar que o Poder Público promova "a conscientização pública para a preservação do meio ambiente".⁹⁹

5.7 Técnica dos instrumentos

A Constituição prevê vários instrumentos ambientais, como áreas protegidas (art. 225, § 1º, III), licenciamento ambiental (art. 225, § 1º, V), Estudo Prévio de Impacto Ambiental (art. 225, § 1º, IV), sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º) e responsabilidade civil pelo dano ambiental (art. 225, §§ 2º e 3º).¹⁰⁰

5.8 Técnica dos biomas e áreas especialmente destacados

Finalmente, a Constituição, sem prejuízo da tutela que confere a todos os biomas brasileiros, ressaltou alguns que, ao ver do constituinte, reclamam maior atenção do legislador, do administrador e do Judiciário.

São nomeados, como *patrimônio nacional*,¹⁰¹ o Pantanal, a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar e a Zona Costeira.

⁹⁹ Cf., sobre a *conscientização ambiental*. Helita Barreira Custódio. "Direito à educação ambiental e à conscientização pública", *Revista de Direito Ambiental* 18/38-56, abril-junho/2000.

¹⁰⁰ Cf., dentre outros, Antônio Herman V. Benjamin, "Responsabilidade civil pelo dano ambiental", *Revista de Direito Ambiental* 9/5-52, janeiro-março/1998.

¹⁰¹ CF, art. 225, § 4º. O propósito introdutório do presente ensaio não nos permite tratar, aqui, dos efeitos desse dispositivo.

6. Conclusão

Não são singelos os frutos que esperamos da Constituição, pois com ela pretendemos, por meio de fórmula técnico-jurídica, controlar - ou, talvez, menos ambiciosamente, apenas organizar - os conflitos humanos. Se é certo - como afirma Bruce A. Ackerman - que, "enquanto vivermos, não haverá escapatória para a luta pelo poder",¹⁰² papel da norma constitucional é deveras gigantesco. Se o legislador não regula, os conflitos se acirram; se regula, os preceitos correm o risco de não serem aplicados ou de perecerem, passivos e estupefatos, diante da reação de poderosos interesses econômicos e políticos.

Felizmente, sempre haverá a possibilidade (ou seria sonho?) de que, superados os estágios mais bárbaros da evolução humana, os cidadãos enxerguem na Constituição, mais do que um documento de intenções e retórica inocente, um verdadeiro guia implementável, capaz de nos conduzir - mesmo que seja em processo lento e gradual - a uma sociedade livre, justa e solidária, organizada na forma de um Estado Democrático de Direito, no modelo advogado pelo art. 1º da CF de 1988.

Historicamente, a Natureza, valorizada como recurso natural ou vista como óbice à geração de riqueza e emprego, vem sendo uma das principais vítimas colaterais dessa disputa por poder. Nem é de surpreender que assim seja, pois não seria de se esperar comportamento mais atencioso com ela do que aquele que os seres humanos reservam aos próprios seres humanos. Realmente, quem não é capaz de valorizar e preservar a vida de seus semelhantes certamente estará surdo à voz da razão que conclama à

¹⁰² *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven 1980. p. 3.

proteção dos outros seres vivos não-humanos e das bases ecológicas de tudo o que somos.

Nada disso parece desestimular ou assustar o constituinte moderno. Não é por outra razão que as Constituições trazem muito de otimismo, de esperança de mudança e de renovação de conceitos e padrões de convivência. Antes de mais nada, a Constituição é um testemunho de fé na capacidade humana de progresso.

É nesse quadro que se deve aquilatar a constitucionalização da proteção do meio ambiente, nela enxergando um avanço ético-jurídico que deve ser mensurável não só pela análise formal das normas, mas também pela prática constitucional.

Que se acuse a Constituição de 1988 de tudo, menos de que -para usar as palavras de Pontes de Miranda - "muito se legislou e legisla para se retocar; pouco para se resolverem problemas".¹⁰³ Os avanços ético-jurídicos nela estatuídos, ao proteger a Natureza, são numerosos e inegáveis. Sem pretender sumariá-los, chama a atenção a autonomização jurídica do meio ambiente, o tratamento jurídico-holístico da Natureza, o reconhecimento, ao lado da dimensão intergeracional, de valor intrínseco aos outros seres vivos e ao equilíbrio ecológico, a ecologização do direito de propriedade e a instituição dos princípios da primariedade do meio ambiente e da exporabilidade limitada - para citar alguns pontos mais expressivos.

Ultrapassada a fase da formulação dogmática constitucional, o desafio, agora, é um de boa compreensão e de implementação da norma. Não será fácil. Nós, brasileiros - e, infelizmente, nesse ponto, não estamos

¹⁰³ *Comentários à Constituição de 1967*. t. I, São Paulo, Ed. RT, 1967, p. 222.

sozinhos -, somos reféns de uma interpretação excessivamente retórica da norma constitucional. Para piorar, prisioneiros da tradição civilística, ainda usamos como referência diária o Código Civil, aplicando a Constituição apenas no preenchimento de lacunas ou omissões do direito privado.

Elaborar a Constituição de 1988 foi uma festa de cidadania, um momento de celebração nacional, após anos de Ditadura. Agora, com seu texto na mão, é hora de aplicá-la. Razão assiste a Bonavides quando adverte: "A tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, (...)".¹⁰⁴

Entre nós a tradição dos fatos consumados é suficiente para afastar a norma constitucional, por mais clara e inequívoca que se mostre. No campo bancário (juros) ou no ambiental (liberação de OGMs sem licenciamento ambiental) é injustificável a troca da força normativa da Constituição pela força normativa dos fatos, sejam eles econômicos ou técnicos, úteis ou inúteis, geradores de emprego ou não.

"Os factos inconstitucionais continuarão a ser *realidade inconstitucional*, por mais reiterados que sejam."¹⁰⁵

Em 1982 - 10 anos depois da Conferência de Estocolmo e outros 10 antes da ECO-92 -, PAULO AFFONSO LEME MACHADO, num incontido lamento estampado na 1ª edição do seu *Direito Ambiental Brasileiro*, escreveu que quando da promulgação da Emenda Constitucional

¹⁰⁴ *Curso de Direito Constitucional*, 15 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004. p. 186.

¹⁰⁵ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991. p. 47 (grifos no original).

1/1969 o tema do meio ambiente "ainda estava tomando corpo nas preocupações cívicas".¹⁰⁶

Hoje, passados mais de 20 anos desse desabafo acadêmico, temos uma Constituição plenamente sintonizada com a "preocupação cívica" da degradação ambiental. Mas, infelizmente, tal mensagem ainda não transbordou o núcleo constitucional e inundou a prática empresarial, legislativa e administrativa do nosso país. Tempos melhores virão, não duvidemos.

Só resta esperar que a (boa) contaminação de todos pelo civismo ambiental pregado por PAULO AFFONSO LEME MACHADO não se enfraqueça ou chegue tarde demais. Para nós, seus discípulos, mas também para a Natureza exuberante desse nosso Brasil.

¹⁰⁶ Ob. cit., 1ª ed.. São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 6.