

**PATRYCK DE ARAÚJO AYALA**

**DIREITO E INCERTEZA: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS  
GERAÇÕES NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

**FLORIANÓPOLIS**

**2002**



**PATRYCK DE ARAÚJO AYALA**

**DIREITO E INCERTEZA: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS  
GERAÇÕES NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.**

**Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração Instituições Jurídico-Políticas.**

**Orientador: Professor Dr. José Rubens Morato Leite**

**Co-orientadora: Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese**

**FLORIANÓPOLIS**

**2002**

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Os argumentos, posições e críticas realizadas ao longo deste trabalho científico são de responsabilidade integral de seu autor, de modo que não refletem necessariamente a posição dos membros da banca examinadora e especialmente a de seu presidente.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO

A dissertação DIREITO E INCERTEZA: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL, elaborada por Patryck de Araújo Ayala, foi aprovada com distinção e louvor por todos os membros da banca examinadora e julgada adequada para a atribuição do título de MESTRE EM DIREITO.

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite (UFSC)

Orientador

Prof. Dra. Olga Maria B. Aguiar de Oliveira (UFSC)

Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito

COMPOSIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA:

ORIENTADOR:

Presidente: Prof. Dr. José Rubens Morato Leite (UFSC)

Membro: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (UFMG)

Membro: Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski (UFSC)

Florianópolis, 28 de agosto de 2002.

**Aos meus pais.**

**A todos aqueles que à distância fizeram-se presentes  
ao longo de todos os momentos deste trabalho.**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Cleide de Araújo Ayala e Blás León Ayala, pelo inabalável e irrestrito apoio e incentivo, que se fizeram presentes desde o início da cogitação do ingresso no programa de Mestrado do CPGD/UFSC, decisivos durante todo o período de permanência em Florianópolis, mesmo perante as mais difíceis decisões e obstáculos.

A apresentação dos resultados deste trabalho científico não teria sido possível sem a participação da CAPES, mediante a concessão da bolsa de pesquisa que permitiu seu desenvolvimento e execução durante grande parte do período.

De outra forma, digna de lembrança é a colaboração e o auxílio prestado por todo o corpo administrativo do CPGD/UFSC (Gilvana, Telma e Carla) e de sua coordenação, onde merecem registro especial, os agradecimentos ao professor Ubaldo César Balthazar e Rose, marcantes almas humanas, cuja intervenção, sempre preciosa e atenciosa, foi fundamental para minha permanência desde o início.

Ao professor Dr. José Rubens Morato Leite, pessoa de extrema simplicidade, amigo, orientador e estimulador de personalidade sempre serena, que reúne na condição do pesquisador os raros atributos de profundo compromisso ético, honestidade e humildade intelectuais, que se mostraram fundamentais na forma do apoio integral desde o início, pelo incentivo irrestrito, pela interatividade dos diálogos, e pela liberdade intelectual proporcionada ao longo de toda a pesquisa.

Sou grato por compartilhar as várias oportunidades ao longo do caminho, e sobretudo por nunca deixar de acreditar nos resultados deste trabalho. Mesmo antes da formulação de meu pedido de orientação, colocou-se cordialmente à disposição contribuindo para o enfrentamento das angústias iniciais produzidas pelas inúmeras dúvidas relacionadas à escolha do tema, e no momento posterior, às próprias possibilidades de realização e execução da proposta enfim sugerida. Meus sinceros agradecimentos pelo decisivo auxílio na busca de novas alternativas possíveis para o pesquisa do Direito do Ambiente, que puderam revelar nesta pesquisa, faces até então pouco conhecidas da comunidade jurídica brasileira.

Por fim, meus sinceros agradecimentos sobretudo pela paciência e atenção no sabidamente difícil e tenso momento final da conclusão da pesquisa, onde a até então tranqüilidade na pesquisa acadêmica passou a compartilhar (mas não ceder) involuntariamente certos espaços com a nova realidade institucional originária das recentes atribuições pertinentes à defesa do Estado.

À professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese, co-orientadora, por contribuir em suas

aulas, para que pudesse compreender a extensão do problema dos direitos das futuras gerações, permitindo observasse sua comunicação com outros domínios do conhecimento jurídico.

À Yael pela oportuna elaboração do *abstract*.

Também merece registro especial a compreensão de todas as dificuldades pela instituição, através de Carlos Antônio de Almeida Melo, demonstrada na ocasião da concessão da licença que foi decisiva para a conclusão da redação deste trabalho.

E enfim, a todas as amizades cultivadas durante o mestrado, em especial, André Luiz de Souza Costa e Eduardo Saldanha, grandes amigos e companheiros de aluguel no apartamento, ao eterno núcleo, Alexandre Rosa, Wilton e Adriana, ao Mário, Marcos Fabiano, Elusa, Jaime, Alessandra, Danielle, e a todos aqueles que pela grata oportunidade da companhia, contribuíram de alguma forma para tornar mais agradável a convivência!

Breve Ah! Muito em breve tu empalidecerás; deixarás este belo  
mundo e será esquecido.  
Com isto não deves te preocupar,  
Sempre é hoje, nunca é amanhã,  
Tempo é aparência.  
Não sonhes com o que está demasiado distante,  
Isto pode tirar-te a felicidade,  
Apenas aquilo que tu agarras é teu.  
Hans Kelsen (1969)

A chi appartiene l'aira che respiro?  
Mauro Cappelletti

## RESUMO

A dissertação propõe a análise da proteção jurídica das futuras gerações na configuração de Estado de direito ambiental inaugurada pelo constituinte brasileiro de 1988. Apesar de reconhecida expressamente no texto constitucional de 1988 (art. 225, *caput*), a condição jurídica das futuras gerações continua a exigir maior atenção da comunidade jurídica, no sentido de compreensão de qual seja sua qualidade jurídica, e da importante função que desempenha no contexto da implementação da proteção jurídica do ambiente. Adiante investiga a organização e as condições jurídicas de realização desses novos direitos. O reconhecimento dogmático de posições jurídicas titularizadas nas futuras gerações importa considerar uma nova racionalidade de regulação normativa, tipicamente associada ao novo contexto de sociedades complexas e de um direito pós-moderno, que lidam constantemente com problemas próprios de sociedades de risco, relacionados à incerteza e à imprevisibilidade dos resultados de decisões humanas (riscos). Reconhece que nessa nova ordem, os clássicos padrões de regras estáveis e abstratas que condicionavam soluções previamente definidas, cedem espaço a conteúdos de regulação moralmente plurais, e a técnicas de regulação flexíveis e processualmente vinculadas, que privilegiam um modelo jurídico reflexivo, prático, e baseado em princípios. Por essa razão, verifica a necessidade de reorganização da teoria jurídica dos direitos fundamentais, que permita a realização de novos padrões de justiça (justiça intergeracional). Para isso, privilegia a perspectiva de novas escolhas fundamentais, que são realizadas considerando outras gerações (tempo) e necessidades de proteção de interesses não-humanos (pluralismo moral), caracterizando a emergência de novos direitos fundamentais *biodifusos*. Considera que esses novos direitos fundamentais buscam soluções de conteúdo conciliatório (ambiente e futuras gerações), e que lidam no momento de sua implementação, com graves defeitos de comunicação e de referência normativa com origem direta na Constituição, por compreender o ambiente de forma cognitivamente equivocada. Nesse contexto desenvolve os princípios de direito ambiental e o princípio da equidade intergeracional, fundamentando este último no texto constitucional brasileiro, para considerar a existência de direitos que possuem como beneficiários as futuras gerações, mas que comportam obrigações assimétricas assumidas pelos membros das atuais sociedades. Estes precisam superar estados de risco, incertezas e imprevisões através de processos, onde as decisões são resultados de ponderações ecologicamente orientadas em avaliações integrais de situações práticas. Por fim examina os problemas originários da implementação de exigências diferenciadas propostas pelos novos direitos fundamentais, situando-os na jurisprudência dos tribunais brasileiros e de algumas cortes estrangeiras, para demonstrar de forma prática, os defeitos de sua implementação no espaço judiciário nacional. Nessa análise conclusiva, enfatiza que a ineficácia é, sobretudo, um problema de referência e contextualização da regulação jurídica, que para proteger e concretizar direitos de futuras gerações, precisa lidar adequadamente com problemas de risco, que são, fundamentalmente, problemas vinculados à obrigação jurídica de se oferecer respostas a partir de bases de conhecimento limitadas, exigindo para isso, a aplicação dos princípios da precaução e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito, futuras gerações, risco, incerteza, princípios, processo, complexidade, pós-modernidade, direitos fundamentais biodifusos, princípio da proporcionalidade, princípios de direito ambiental, justiça intergeracional, equidade intergeracional.

## ABSTRACT

The thesis proposes the analysis of the legal protection of the future generations in the configuration of the State of environmental law inaugurated by Brazilian Constitution in 1988. Although expressly recognized in the constitutional text in 1988 (art. 225, *caput*), the juridical condition of the future generations continues requiring more attention from the juridical community in terms of comprehension of what its juridical quality is, and of the important function that carries out in the context of the implementation of the juridical protection of the environment. Further it investigates the organization and the juridical condition of the accomplishment of these new rights. The dogmatic recognition of the juridical positions entitled in the future generations it is important to consider a new rationality of the normative regulation, typically associated to the new context of complex societies and of a post modern law, that constantly deal with problems from risk societies related to the uncertainty and unpredictability to the human decisions results (risks). It recognizes that this new order, the classic standards of stable and abstract results that conditioned previously defined solutions, they give way to morally plural regulation contents and flexible regulation techniques and procedurally connected, that privilege a legal pattern wich is reflexive, practical and based on principles. For this reason, it confirms the necessity of a reorganization of the legal theory of the fundamental rights that allows the accomplishment of the new justice standards (intergenerational justice). For this, it privileges the perspective of new fundamental choices, wich are accomplished considering other generations (time) and necessities of non-human interested protection (moral pluralism), characterizing the emergence of new fundamental bio diffuse rights. It considers that these new fundamental rights searches for conciliatory context solutions (environment and future generations) and that deal, at the moment of its enforcement, with serious problems of communication and normative reference, with direct origin in the Constitution, because it understands the environment in a cognitively wrong way. In this context, it develops the principles of environmental law and the principle of intergenerational equity, basing the latter, in the Brazilian Constitution text to consider the existence of rights that have as beneficiary the future generations, but that involve assimetric obligations taken up by the members of societies nowadays. They need to overcome risky situations, uncertainties and unpredictable through process, where the decisions are results of considerations ecologically oriented in complete evaluations of practical situations. Finally, it examines the problems originated by the enforcement of different requirements contained in the new fundamental rights, putting them in the jurisprudence of Brazilian courts and some international ones, to demonstrate in a practical way, the problems of its enforcement in the national legal space. In this final analysis, it emphasizes that efetivness is mainly, a problem of reference and contextualization in the legal regulation, wich to protect and concretize rights of future generations, needs to deal appropriately with risky problems, wich are fundamentally problems connected to the legal obligation to offer answers from limited knowledge basis, requiring for this, the application of precautionary and proportionality principles.

Key words: Law, future generations, risk, uncertainty, principles, process, complexity, post modernity, fundamental biodifusos rights, proportionality principle, precautionary principle, environmental law principles, intergenerational justice, intergenerational equity.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>viii</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>ix</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1. DIREITO E AMBIENTE NAS SOCIEDADES DE RISCO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE FUNDAMENTAÇÃO ECOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....</b>	<b>19</b>
1.1. DIREITO, AMBIENTE E SOCIEDADE EM CONTEXTOS DE COMPLEXIDADE.....	23
1.1.1. Crise Ecológica nas <i>Sociedades Complexas</i> : Globalização dos Problemas e Complexidade das Soluções.....	26
1.2. CONSTITUIÇÃO, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMAS DE REFERÊNCIA.....	31
1.2.1. Crise Ecológica como Resultado de <i>Défices</i> de Comunicação com o Direito e a Constituição...33	
1.2.2. Constituição, Comunicação e Abertura: os <i>Défices</i> de Referência como Problemas para a Teoria Constitucional de uma Sociedade Complexa.....	35
1.2.2.1. O Estado de direito ambiental: uma medida de abertura necessária perante os <i>défices</i> de referência.....	42
1.3. QUE ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DE QUE DIREITOS FUNDAMENTAIS? O CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM MODELO COMPLEXO DE EXIGÊNCIAS DE GARANTIA.....	47
1.4. O NOVO PARADIGMA DO DIREITO DO AMBIENTE NA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	48
1.4.1. Direitos Biodifusos: os Direitos Fundamentais Perante as Novas Exigências de Sociedades Complexas.....	51
1.4.2. A Fundamentação dos Direitos Biodifusos no <i>Estado de Direito Ambiental</i> : os Direitos Fundamentais Perante o Pluralismo Moral.....	55
1.4.2.1. De éticas ecológicas.....	59
1.4.3. Condições de Fundamentação e Possibilidades de Organização para os Direitos Biodifusos.....	69
1.4.4. Uma Perspectiva de Abertura para os <i>Novos Direitos</i> : Direitos Fundamentais, Necessidades Ecológicas e a Proteção da Condição Jurídica das Futuras Gerações na CRB de 1988.....	87
<b>CAPÍTULO 2. A CONDIÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES EM UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS: FUNDAMENTAÇÃO, LIMITES E CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....</b>	<b>114</b>
2.1. AS PERSPECTIVAS DE QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES.....	114

2.1.1. Os Direitos do Nascituro e a Perspectiva Individualista: Direitos, Personalidade e Capacidade Jurídica.....	116
2.1.2. A Dimensão Coletiva dos Direitos das Futuras Gerações: entre Direitos e Obrigações.....	123
2.1.3. A Declaração sobre a Responsabilidade das Presentes Gerações Perante as Futuras Gerações.....	134
2.2. CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS: UM PROBLEMA DE DECISÃO.....	135
2.2.1. A Processualidade dos Novos Direitos: Concretização de Direitos Fundamentais em Modelos Societais de Complexidade.....	138
2.2.2. O Modelo de Princípios e sua Função Objetiva em uma Ordem Jurídica Complexa.....	141
2.2.3. O Método de Trabalho na Realização dos Novos Direitos.....	147
2.3. PROCESSUALIZAÇÃO DAS SOLUÇÕES EM UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS.....	148
2.3.1. Concretização dos Direitos das Futuras Gerações e Novas Exigências Democráticas: o Tempo e os Princípios em uma Democracia Ambiental.....	153
2.4. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO AMBIENTE PERANTE A PROCESSUALIZAÇÃO DAS SOLUÇÕES: <i>JUSTICIABILIDADE</i> E CONTEÚDO.....	157
2.4.1. Os Princípios do Poluidor-Pagador (PPP) e da Responsabilização.....	158
2.4.2. O Princípio da Equidade Intergeracional e os Direitos das Futuras Gerações.....	163
2.4.3. O Princípios da Prevenção e da Precaução.....	176
2.4.3.1. Novos contornos do princípio da precaução.....	190
2.5. PROPORCIONALIDADE, PROCEDIMENTALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS NOVOS DIREITOS: OS PROBLEMAS DE UMA DECISÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA NO DIREITO DO AMBIENTE.....	208
2.5.1. Proporcionalidade e o sentido da ordenação de valores em um direito constitucional de conflitos.....	210
2.5.2. Proporcionalidade, Ponderação Ecológica e Proteção da Equidade Intergeracional.....	217
<b>CAPÍTULO 3. JURISDIÇÃO, CONSTITUIÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES NA SOCIEDADE DE RISCO: DÉFICES DE REFERÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL E ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO.....</b>	<b>225</b>
3.1. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA ORDENAÇÃO DAS DECISÕES .....	225
3.2. METÓDICA DE DECISÃO E OS <i>CASOS DIFÍCEIS</i> NA JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL: DE <i>DÉFICES</i> DE IMPLEMENTAÇÃO E MODELOS DE CORREÇÃO DECISÓRIA.....	229
3.2.1. Os <i>Défices</i> de Ponderação na Centralidade dos Problemas Decisórios.....	238
3.2.1.1. Proporcionalidade e correção dos <i>défices</i> de ponderação: a ordenação da colisão de direitos nos tribunais.....	240

3.2.2. A Irresponsabilidade Organizada como Obstáculo à Efetividade do Acesso à Justiça: o Problema do Acesso Coletivo.....	246
3.2.3. O Direito Penal do Ambiente: o Ambiente Injustiçado.....	266
3.2.4. O Ambiente Injustiçado: a Crueldade no Discurso dos Tribunais.....	275
3.2.5. Administração Pública e o Ambiente.....	286
3.2.6. A Dupla Dimensão da Proteção Do Bem Ambiental: Microbem e Macrobem.....	298
3.2.7. Uma Ordenação Procedimental das Condições de Realização dos Direitos das Futuras Gerações: o Problema dos Estados de Anonimato Subjetivo e a Irresponsabilização pelo Dano Ambiental.....	303
3.3. A TUTELA JURISDICIONAL DOS <i>DIREITOS BIODIFUSOS</i> : CONDIÇÕES DOGMÁTICAS E MODELOS JURÍDICOS DE REALIZAÇÃO DOS NOVOS <i>STANDARDS</i> DE JUSTIÇA.....	318
3.3.1. Tutela Inibitória: Precaução como Critério de Ordenação Específica da Tutela Jurisdicional dos Novos Direitos.....	324
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>333</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>346</b>

## INTRODUÇÃO

As sociedades tecnológicas dos dias de hoje, e o modelo de exploração eticamente irresponsável dos recursos economicamente apreciáveis, organizam-se em torno de práticas e comportamentos potencialmente produtores de situações de prejuízo à humanidade e à segurança de todas as formas de vida.

Esses modelos de organização econômica, política, e social, submetem e expõem o ambiente e a humanidade, progressiva e constantemente, aos efeitos nocivos de decisões ecológica e eticamente irresponsáveis, típicas de contextos sociais de *risco*.

Nesses contextos, reconhece-se a pertinência da afirmação de que o Direito e seus instrumentos de regulação jurídica lidam hoje, efetivamente, com uma nova natureza, uma natureza que reage globalmente aos processos *difusos, plurilocalizados, anônimos, e locais*, responsáveis por sua degradação, sendo todos, aspectos que permitem identificar hoje, o retrato moderno da *crise ecológica*.

Tais problemas originários da *crise ecológica*, não raras vezes, também não conseguem ser compreendidos adequadamente pelo Direito e seus instrumentos de regulação, porque lhes são desconhecidos ou conhecidos de forma insuficiente ou incompleta.

A ciência como paradigma de referências técnicas para a regulação jurídica começa a se mostrar incapaz e ineficaz para superar a *crise ecológica*, porque passa a enfrentar problemas de graus diferenciados de incerteza científica que não conseguem ser superados com a suficiência adequada, onde o exemplo mais marcante dessas dificuldades continua sendo a regulação do anonimato originário dos processos sistemáticos de acumulação dos efeitos da poluição transfronteiriça.

A invisibilidade e o anonimato desses estados de *risco*, revelam seu aspecto mais nocivo — e dogmaticamente mais tormentoso como problema — quando se admite que são as futuras gerações e a necessidade de sua proteção jurídica, que atualmente são posicionadas como os principais problemas que precisam ser regulados pelo Direito, mas que ainda estão submetidos a condições de compreensão e um conjunto de conhecimento minimamente confiável (segurança), com elevados graus de insuficiência, incompletude e mesmo, de incerteza.

Se de um lado, o Direito começa a considerar que as futuras gerações podem ser vítimas de *decisões ecologicamente irresponsáveis* que tomamos nos dias de hoje, de outro

lado, constata-se que o Direito ambiental, tem se portado — sob o plano da eficácia de suas respostas — de uma forma *simbólica*, propondo soluções que mínima ou nenhuma eficácia têm produzido para a proteção jurídica de todas as formas de vida, nas atuais sociedades tecnológicas e de *risco*.

Essa afirmação pode ser confirmada quando se verifica que se opta como resposta à *crise ecológica* por: a) restrições de acesso aos recursos naturais pela exploração tradicional; b) institucionalização de modelos de justiça criminal pontual e tópica; c) privilégio de tipos incriminadores de condutas e práticas que importem responsabilização individual e determinação subjetiva precisa de lesões ao ambiente; d) opção por modelos penais inflexíveis e acentuadamente severos na seleção das medidas de restrição, e finalmente; e) pela fundamentação de modelos civis de reparação fundados em técnicas de reparação pecuniária, com previsão de severas indenizações e multas instituídas como instrumentos de intimidação social.

Ao lado de todas essas alternativas, assiste-se ainda a uma extensa e exaustiva previsão de instrumentos judiciais cada vez mais sofisticados tecnicamente, mas destinados à reparação dos danos, e sistematicamente orientados pela identificação subjetiva de responsáveis por esses prejuízos às formas de vida de hoje e das futuras gerações.

A proteção jurídica do ambiente, e principalmente das futuras gerações, é profundamente prejudicada em um sistema jurídico onde aquele que efetivamente deu causa ao prejuízo não é responsabilizado, ou porque não é suficiente ou minimamente conhecido, ou ainda porque, apesar de conhecido, há meios para se obstar sua responsabilização efetiva.

Desse modo, são institucionalmente silenciados alguns problemas crônicos e sistemáticos que se relacionam diretamente com as possíveis condições de vida que as futuras gerações terão, problemas que são muito comuns e identificáveis com grande facilidade e simplicidade em nosso cotidiano, em escala planetária.

São silenciados dessa forma, principalmente: a) assoreamentos produzidos pela ausência de fiscalização dos poderes públicos; b) falta de diligência no controle dos processos de licenciamento para construir e para empreendimentos potencialmente perigosos; c) ocupação desordenada das margens dos corpos hídricos; d) aproveitamento irregular dos recursos hídricos pelos empreendimentos industriais; e) lançamento de dejetos sem adequado tratamento ao longo de décadas e gerações (poluição acumulada) e; f) ausência de políticas públicas que venham prever sistemas de saneamento básico regular, isonômico, universal e

eficiente.

Sobre esse complexo de condutas comuns em nosso dia-a-dia, paira uma zona de silêncio que responde por um vácuo de responsabilização, geralmente preenchido pelas instituições pela seleção da figura de um *culpado ambiental*.

Nesse modelo-retrato de como o direito do ambiente funciona nas sociedades complexas ou de *risco*, um culpado é apresentado ao sistema em um esquema que satisfaz as exigências de uma sociedade que se legitima em um regime de *irresponsabilidade organizada*.

Esse é um quadro de eficácia e funcionalidade simplesmente *formais*, que pouca ou nenhuma relação guarda com a necessidade de se proteger a vida em uma escala temporalmente alargada, que demanda um compromisso de maior fidelidade e honestidade dogmáticas com respostas eficientes (resultados), e que enfrente novos problemas de forma *contextualizada*.

Essas considerações sintetizam o contexto no qual se insere o objeto de investigação deste trabalho, que coloca sob apreciação, a proteção jurídica das futuras gerações no *Estado democrático de direito ambiental*.

Deve ser esclarecido inicialmente que a exposição inaugural dos problemas das atuais sociedades complexas ou de *risco*, descreve as condições que serão levadas em consideração para organizar sua proteção jurídica de forma sistematizada. Tais condições relacionam problemas de ineficácia da proteção jurídica do ambiente, e problemas de *défices* do conhecimento científico ou especializado, necessários para a superação da qualidade dos novos problemas relacionados à *crise ecológica*.

São dois problemas fundamentais que identificam os principais obstáculos a serem superados pelos objetivos sugeridos na pesquisa, para a investigação da condição jurídica das futuras gerações e de sua proteção eficaz no *Estado democrático de direito ambiental*.

Para tanto, busca-se demonstrar que é possível reconhecer, no texto constitucional brasileiro, referências normativas que permitem atribuir juridicidade à condição das futuras gerações, e que indicam ser possível considerar a presença de novos direitos fundamentais complementando o catálogo e as referências *jusfundamentais* difusas no texto constitucional.

A referência escolhida como ponto-de-partida para a investigação, foi o específico dispositivo constitucional que define um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para sustentar a partir dele, a afirmação de direitos fundamentais com atributos

ecológicos, aqui classificados como *direitos fundamentais biodifusos*.

Esclarece-se que neste trabalho, quando se faz menção às *necessidades ecológicas*, considera-se que expressam uma relação que integra as dimensões de dignidade jurídica da natureza e das próprias futuras gerações, de modo que não se compreende no texto, ser possível o tratamento da proteção jurídica das futuras gerações, sem vinculação à proteção jurídica do ambiente.

Do mesmo modo, justifica-se que a relação de indissociabilidade estabelecida entre o ambiente e as futuras gerações tem origem na consideração de que o conteúdo juridicamente protegido nos *direitos fundamentais biodifusos*, é a *proteção jurídica da própria vida*, considerada no texto, em um enfoque diferenciado da proteção da dignidade da pessoa humana, ou do clássico direito à vida de conteúdo liberal.

Como objetivos específicos analisados ao longo do trabalho, relacionam-se: a) a análise da organização constitucional da proteção jurídica das futuras gerações, investigando-se as condições de concretização dos novos *direitos fundamentais biodifusos*, a qualidade jurídica das normas definidoras desses novos direitos, e os limites de sua concretização em modelos de sociedades que enfrentam problemas relacionados a estados de *risco* e *défices* de conhecimento, e que precisam oferecer respostas e soluções a partir de bases de conhecimento limitadas, escassas, incompletas, insuficientes ou mesmo inexistentes; b) propor um modelo flexível de concretização dos novos *direitos fundamentais biodifusos* e de compreensão do próprio Direito, a partir de uma relação entre princípios, processo e ponderações ecológicas; c) demonstrar que a proteção da condição jurídica das futuras gerações está vinculada de forma indissociável, a uma compreensão de que a natureza possui autonomia na ordem jurídica e igual dignidade perante os interesses humanos; d) evidenciar que a proteção jurídica dos novos direitos depende de um esforço de reorganização da teoria jurídica dos direitos fundamentais, a partir de perspectivas diferenciadas de compreensão da função da Constituição, e da valorização dos princípios jurídicos e de referências não-dogmáticas nos processos de *seleção dos valores fundamentais*; e) demonstrar que a referência de equilíbrio ecológico utilizada pela Constituição brasileira, *não se associa* ao modelo estático que é reproduzido pela comunidade jurídica brasileira; f) apresentar elementos para a formulação de um novo sentido jurídico aos princípios da *proporcionalidade* e da *precaução*, baseado na *compreensão contextual* de que problemas de complexidade relacionados ao *risco*, exigem *outros critérios para a definição de soluções*, que não podem ser baseados somente na ciência

e em informações técnicas especializadas, ao mesmo tempo em que são diferenciadas dogmaticamente as noções de *risco* e *perigo*, e é enfatizada sua importância para o tema proposto.

A justificativa desta pesquisa reside na possibilidade de apresentação de propostas dogmáticas que permitiriam superar os graves e freqüentes problemas de implementação do direito ambiental, a partir da consideração de que a proteção das futuras gerações, sempre envolve a necessidade de decisões de longo termo.

Para desenvolver os objetivos que foram propostos, o plano de trabalho foi organizado ao longo de três capítulos.

No primeiro capítulo são apresentados com detalhamento, os problemas suscitados ao Direito, pela necessidade de consideração diferenciada de referências morais não-humanas, vinculadas à *dignificação jurídica* da natureza e das futuras gerações.

Inicialmente é apresentada uma problematização referente às características específicas do contexto de regulação das sociedades complexas e as dificuldades colocadas à regulação jurídica. Para a compreensão da temática, é utilizada a referência da *complexidade*, e as noções de *autopoiese*, *alopoiese* e *comunicação*, por serem funcionais à essa caracterização.

Nesse contexto, é desenvolvida a forma como o Estado de direito pode ser relacionado com os direitos fundamentais e a Constituição, para a sistematização, ordenação, e principalmente, para a escolha de novas *necessidades fundamentais*, objetivando contextualizá-las perante a *teoria jurídica dos direitos fundamentais*, apresentar as incompatibilidades existentes entre o modelo desenvolvido a partir do *discurso dos direitos*, e as *necessidades* que se organizam a partir da *atribuição* de *deveres*, obrigações e *responsabilidades*.

O segundo capítulo se ocupa propriamente da definição dos novos direitos relacionados especificamente à condição jurídica das futuras gerações, que são inicialmente examinados em duas dimensões: a perspectiva individualista e a perspectiva coletiva, sendo esta última, aquela que fundamenta os novos *direitos fundamentais biodifusos*.

Os direitos das futuras gerações são analisados sinteticamente a partir de sua referência normativa na *Declaração sobre a responsabilidade das presentes gerações perante as futuras gerações*. Em seguida passa-se a analisar as condições de concretização desses direitos, enfatizando-se que está relacionada a problemas de decisão, que só podem ser

enfrentados a partir de uma perspectiva de processualização, onde é privilegiado um modelo de normas jurídicas baseado em princípios, que são considerados típicas manifestações de um padrão de regulação das *sociedades complexas*.

A função dos princípios na concretização dos novos direitos e sua relação com a proteção jurídica do meio ambiente, estão retratados através da apreciação analítica de alguns princípios do Direito ambiental: *poluidor-pagador* e *responsabilização*, *prevenção* e *precaução*, e o novo princípio da *equidade intergeracional*, onde afirma-se ser a proteção jurídica das futuras gerações, também, um *problema cultural*.

Finaliza-se analisando o *princípio da proporcionalidade* e os aspectos que precisam ser considerados para que possa ser atribuído um *sentido ecológico* nos processos de sua aplicação, considerando-o como expressão típica de um *direito constitucional de conflitos*.

O último capítulo é dedicado especialmente aos problemas práticos de *concretização* da proteção jurídica dos novos direitos fundamentais, a partir da análise da jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil, de algumas cortes de justiça estaduais, tribunais regionais federais, e em menor número, de casos originários da suprema corte norte-americana.

São enfatizados alguns caminhos para a organização de decisões ecologicamente orientadas, onde o *processo* e a exigência de *coerência* são sugeridos como soluções para a correção de *défices de cognição* dos problemas ecológicos e das necessidades das futuras gerações.

Os casos relacionam problemas de defeitos na compreensão jurídica do ambiente, associados ao direito administrativo, penal e civil, onde as principais temáticas são os obstáculos à responsabilização, resultados decisórios desproporcionais, e a desconsideração da autonomia jurídica do ambiente.

Por fim o capítulo ainda propõe, sumariamente, um modelo de tutela jurídica *preventiva* baseado na *tutela inibitória*, mas onde o fundamento de sua justificação (ilícito) passa a ser ocupado pelas noções de *risco* e de *precaução*.

## CAPÍTULO 1

### **DIREITO E AMBIENTE NAS SOCIEDADES DE RISCO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE FUNDAMENTAÇÃO ECOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO *ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL***

Quando se propôs iniciar a apresentação deste trabalho, a partir da relação de cinco referências conceituais chave (algumas de tímida aproximação específica do direito do ambiente), a saber: direitos fundamentais, discurso constitucional, abertura ecológica da Constituição, Estado de direito e ambiente, e sobretudo, sociedades de risco, um específico discurso de fundamentação teria de ser apresentado previamente, em seus objetivos, perplexidades, e, principalmente, deveria ser revelado qual é de fato o seu compromisso dogmático.

Opta-se por iniciar retirando o véu que esconde *com o que* se compromete dogmaticamente essa proposta relacional. A remissão da proteção das futuras gerações à perspectiva fundamental do texto constitucional brasileiro encontra uma referência dogmática que pode ali ser imediatamente localizada e considerada como potencial *tópos* de justificação, podendo, a princípio, fundamentar o eixo de sustentação cognitiva da proposta.

Há referências valorativas que intencionam ser posicionadas em uma hipotética *ordem de valores* para a fundamentação das relações entre direito e ambiente: um meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui objeto de proteção e objetivo de realização. Nessa *primeira referência*, um estado natural qualificado pelo *equilíbrio* seria posicionado na qualidade de *bem constitucional*, o que importaria considerar a pertinência da reprodução desse estado de equilíbrio previsto na mensagem constitucional, como meta e tarefa de concretização de poderes públicos, agentes estaduais e nas relações privadas.

O *equilíbrio ecológico* posicionado como bem ambiental sintetiza duas mensagens que se pretendem impor ao direito do ambiente em uma ordem de valores: a) o equilíbrio ecológico é digno de proteção constitucional exatamente porque é esse o estado sistêmico que qualifica as relações de interação no ambiente natural; b) a reprodução do equilíbrio ecológico na ordenação das tarefas de concretização desse objetivo, importa considerar o desequilíbrio, o caos, as assimetrias, conflitos e desordens, como estados que contrastam com a qualidade ambiental constitucionalmente protegida na dimensão selecionada de proteção do bem.

Com a formulação desse enunciado, tem-se que proteger um estado de equilíbrio exige: a) reconduzir o equilíbrio violado ao *status* originário, ou ao menos; b) afastar da dimensão constitucionalmente protegida do bem ambiental, todo e qualquer comportamento que venha concreta ou potencialmente — com base em dados científicos precisos ou mesmo a partir de um juízo fundado na incerteza — produzir estados de desequilíbrio.

Esse parece ser o compromisso constitucional que intenciona revelar-se perante um desavisado ou descuidado jurista — que pretende se colocar entre o caminho comunicativo do texto à prática, como portador de um discurso constitucional ecológico com pretensões reais, mas de uma velada legitimidade autoritária — ou mesmo perante um ingênuo, mas ainda assim, bem intencionado transeunte que caminha e se aproxima da cidade constitucional, e que dela apenas pretende fazer parte, intencionando compreendê-la e ser compreendido, em uma perspectiva de inclusão democrática.

Mas aquele que, ao contrário, pretende se posicionar como um autêntico descodificador de uma mensagem constitucional, e que busca no frio texto legislativo, algum traço emancipatório que o permita constituir efetivamente uma mensagem ecológica democrática, inclusiva e plural, não se satisfará com a debilidade da proposta inaugural, que peca, como se procurará demonstrar, por graves *défices* de três ordens: de legitimação, de democracia, e de *justiça ambiental*.

Esse discurso constitucional ecológico emancipatório, deve ser descodificado em ambientes específicos de *organização societal*<sup>1</sup>, revelando uma mensagem que se mostre adequada aos novos e específicos problemas de *organizações societais* cada vez mais sofisticadas, e modelos estaduais cada vez mais abertos, plurais e democrático. Da mesma forma, deve ser adequada perante estruturas jurídicas cada vez mais *plurilocalizadas*, que fazem com que aquele que pretenda, ainda assim, assumir as vestes da primeira posição, comporte-se como verdadeiro estrangeiro na *cidade constitucional*, ou porque não — como veremos adiante — um estrangeiro em uma possível *cidade ambiental*?

Conquanto se reconheça que a primeira pretensão de aproximação do texto constitucional pelos portadores da mensagem do direito ambiental seja atualmente comum nos termos de um defeituoso consenso estabelecido pelo *silêncio*, esclarece-se que não se trata desse compromisso dogmático que se pretende assumir nesta proposta.

---

<sup>1</sup> A noção de organização societal é elaborada a partir da obra do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, através do que classifica por *fascismos societais*. Um primeiro contato com este último, pode ser realizado em: SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998. p. 34-41.

O compromisso dogmático com uma postura emancipatória da mensagem constitucional ecológica será desenvolvido precisamente a partir de seu contraste com a primeira posição, de onde surgirão as *perplexidades*. Esse processo permitirá que se consiga atingir *resultados* mais adequados a interagir com os modelos de *organização societal e estadual*, concretizados em termos de *objetivos*, novos objetivos que agora serão formulados em um contexto radicalmente diferenciado de relações *moralmente plurais*. São relações que encerram distintos conteúdos que precisam interagir entre si em quadros cotidianos de *conflitos plurilocalizados*, e como se evidenciará no sub-item em seqüência, cada vez mais dissociados de um *modelo de centralidade* geográfica, pessoal e jurídica do poder.

Não se poderá revelar adequadamente o compromisso dogmático que se quer assumir — e tampouco seus objetivos — se não se posicionar adequadamente seu processo de organização e desenvolvimento, nos novos *contextos de organização* do poder político, de *instâncias de produção jurídica*, e finalmente, de *compreensão da crise ecológica* no interior desse quadro de *complexidades, instabilidades e contingências* que qualificam os novos *modelos societais*.

A descodificação da *mensagem ecológica* do texto constitucional a partir do contraste com o modelo de *aparente equilíbrio* gravado nos limites comunicativos de um código que parece pretender a universalidade, procurará, sobretudo, revelar que, conquanto não seja nova a assertiva que geralmente procura associar a investigação da problemática ambiental à progressiva reprodução dos perigos e riscos nas sociedades modernas — que nos aproximam cada vez mais de estados catastróficos, imprevisíveis e impossíveis de mensuração — se esta for situada adequadamente, poderá nos oferecer novos e interessantes modelos de investigação da crise ambiental em sua relação com o direito, e principalmente (o que se espera), uma radical reorganização da compreensão jurídica do ambiente, que atingirá imediatamente a forma como a teoria constitucional continua a compreender e justificar os direitos fundamentais. Essa compreensão terminaria por exigir uma completa e específica ordenação dos métodos de investigação jurídica da crise ambiental, propostas e soluções de realização de direitos, e dos modelos de justificação democrática no interior de uma nova formulação de Estado de direito, o *Estado de direito ambiental*.

O que se pretende apresentar ao longo do desenvolvimento deste capítulo inaugural é a descodificação — através da relação proposta entre Constituição, direitos fundamentais, e ecologia — dos limites e contornos de uma possível composição que permita a integração de

valores ecológicos no sistema jurídico (Constituição e direitos fundamentais), sem que necessariamente se tenha por prejudicada sua autonomia perante os demais sistemas sociais, ao mesmo tempo em que serão recuperados alguns conceitos da teoria sistêmica luhmaniana (conquanto não se pretenda utilizá-la como referencial de abordagem do problema).

Esses conceitos serão funcionais para o esclarecimento de que a autonomia entre esses sistemas afasta necessariamente sua organização a partir do fechamento cognitivo, e principalmente para a consolidação inaugural de um pressuposto operativo nesta pesquisa, que exclui — na justificação e fundamentação dos novos contornos ecológicos dos direitos fundamentais — qualquer elaboração dogmática de hierarquização moral frente os demais dados, elementos operativos ou sistemas sociais.

A iniciativa de desenvolvimento de um juízo de relação entre todas essas temáticas adotará entre outros, como importante marco de argumentação, o sentido que hoje é atribuído pela teoria constitucional, à abertura da Constituição aos fatos, à sociedade, e à realidade. Essa atitude dogmática importará delimitar precisamente em que termos essa realidade está hoje organizada (ou desorganizada), e com que realidade pretende se comunicar, o que terminará por encontrar um contexto em transição, a realidade da mundialização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e da globalização: a) dos quadros de riscos; b) das exigências democráticas; c) das exigências de participação, e fundamentalmente; d) encaminhando o fechamento da questão no sentido da necessidade (que é um verdadeiro desafio imposto ao sistema jurídico) de globalização das soluções para problemas que são multiplicados, não só espacial, pessoal, mas temporalmente.

Contextualizar esses problemas perante um sentido diferenciado que se quer atribuir à *abertura constitucional*, indica um claro e difícil problema com que se precisa lidar (ou ao menos, reconhecer sua existência) não só durante a organização dos modelos *societais* das sociedades contemporâneas, mas também quando se pretende apresentar propostas normativas adequadas ao sentido de abertura da Constituição; à concretização dessa abertura, à instrumentalização efetiva de sua mensagem emancipatória na *práxis* cotidiana dos direitos, e à interferência direta nos diversos contextos específicos de carências, necessidades sociais, políticas e econômicas.

A análise de todas essas questões será realizada ao longo deste capítulo, e alguns aspectos mais reveladores dos problemas de regulação e de democracia no *Estado de direito ambiental*, serão discutidos no segundo capítulo.

## 1.1. DIREITO, AMBIENTE E SOCIEDADE EM CONTEXTOS DE COMPLEXIDADE

A caracterização de um modelo complexo de organização de relações *societais* em um paradigma<sup>2</sup> estadual que progressivamente perde sua capacidade clássica de *regulação centralizada* da jurisdição das relações sociais, políticas e econômicas — que é substituída por uma função de *mediação* ou *participação* em uma difusa rede de fontes de produção da juridicidade e do poder —, depende necessariamente da admissão de um pressuposto básico de argumentação: deve ser reconhecida uma necessidade de modificação de nossos padrões institucionais de localização e compreensão dos problemas sociais e políticos que não se processam mais naquela estrutura clássica refutada acima, de centralidade do poder e monopólio de regulação e da produção normativa.

As específicas e cada vez mais diferenciadas espécies de conflitos de uma sociedade de alto grau de complexidade, devem procurar ser compreendidas à luz de uma organização adequada do contexto contemporâneo de seu desenvolvimento, contexto em que a autonomia do Direito não exclui a interferência cognitiva dos dados políticos, e em que as organizações *societais* atuam decisivamente na constituição de novos espaços, sujeitos e estados de conflituosidade, com pouca, mínima ou nenhuma relação com o poder político estadual.

Uma atitude de radical deslocamento de nossos padrões de compreensão dos problemas e dificuldades operativas das *sociedades complexas*<sup>3</sup>, conduz da mesma forma, à necessidade de modificação de nossos padrões institucionais de compreensão do desenvolvimento do que se convencionou chamar — em tons de baixo ou acentuado conteúdo catastrófico — de *crise ambiental*.

Reorganizar os contextos de localização dos problemas denota não só a busca pela *correção e adequação* das soluções aos novos problemas emergentes dessas relações, mas

---

<sup>2</sup> A noção de paradigma aqui utilizada é exatamente aquela desenvolvida por Khun no domínio da filosofia da ciência, pela qual o conhecimento não se desenvolve em um modelo evolutivo e fundado em uma idéia de progresso, mas sim, a partir de saltos e rupturas de padrões, ou como prefere, por alterações de paradigmas, responsáveis pela possibilidade de compreensão do sentido do conhecimento científico, e do conjunto de representações sociais estabelecidas no interior de cada um deles. (KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994).

<sup>3</sup> Não desconhecemos a análise do fenômeno da complexidade empreendida por Morin (MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento de la complejidad**. Barcelona: Gedisa, 1993). No entanto, optou-se na sustentação da noção de *sociedades complexas*, pelo sentido atribuído por Marcelo Neves, ao qualificar como tal, sociedades dotadas de sistemas de alto grau de diferenciação e intensa comunicação cognitiva, controlados por fechamentos ou clausuras operativas que conferem autonomia e imparcialidade ao sistema jurídico. Pode-se encontrar em Neves, referência à *sociedade supercomplexa contemporânea*. (NEVES, Marcelo. Luhman, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política, São Paulo: CEDEC, n. 37, p. 98, 1997).

representa principalmente, a *adequação* de problemas já não tão novos e inéditos, que para encontrar, hoje, soluções e respostas eficientes e idôneas, necessitam dessa realocização no interior dos novos contextos.

Velhos problemas perante novos contextos e novos problemas oriundos dos novos contextos, ambos pertinentes à análise que se inicia, relacionada à compreensão da *crise ambiental*, que pode ser identificada às duas hipóteses. Neste momento, procura-se tão somente apreciar a segunda hipótese, qual seja, a da *crise ambiental* localizada nos novos contextos *societais* e estaduais.

Inicia-se pela determinação de um sentido de identidade em todos os contornos mais importantes da questão, que podem encontrar remissão na *decomposição* dos rígidos e estreitos limites da dicotomia do modelo público-privado.

O espaço político do Estado contemporâneo qualifica-se pela revelação de questões, dificuldades e estados de conflituosidade diferenciados do superado modelo de tensão público/privado, que condicionou pactos políticos de proteção da diferenciação das funções institucionais do poder político, e do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais privilegiando claramente, propostas de sistemas estatais de proteção de direitos em face da autoridade, onde se posicionava como centro da fundamentalidade dos bens, o conteúdo individual da liberdade.

Os padrões concretos e os supostos fáticos clássicos para a juridificação foram radicalmente modificados do mesmo modo que foram substituídas ou multiplicadas as fontes de produção da normatividade e de regulação.

Esse aspecto pode ser reconhecido como originário de novas, diferenciadas e complexas *fontes de produção de necessidades e carências*, bem como da modificação do conteúdo dessas necessidades, e da qualidade das pretensões sociais vindicadas pelos titulares de interesses distribuídos no espaço público. Esse conjunto de modificações pôde sustentar a problematização das antes inquestionáveis, integridade e intangibilidade da proposta de regulação estatal que até o momento se apresentava adstrita funcionalmente à possibilidade de resolução dos conflitos, sob os limites geográficos e territoriais da nação.

Essa tendência de ruptura com o modelo nacional de contenção e compreensão dos conflitos que permeiam o espaço público, impõe problema atual e instigante ao enfrentamento da teoria constitucional contemporânea, que importa hoje, a redefinição dos limites do pacto democrático diante dos contornos de relações dinâmicas e difusas que vinculam elementos

globais e locais, e que cada vez mais, evidenciam a falência dos esquemas de regulação das relações sociais, centrados de um lado, no monopólio e concentração estatal, e de outro, na reprodução do projeto liberal da representação política<sup>4</sup>.

E o reconhecimento dessa falência dos esquemas tradicionais de regulação, coincide precisamente com o tom que se deve atribuir à compreensão da *crise ambiental* (ou ecológica) nas sociedades contemporâneas.

Se fosse possível representar sinteticamente a crise ambiental em toda sua integridade, tal como atinge concretamente a sociedade ou como é captada socialmente pelos sujeitos, talvez não se encontrasse imagem melhor que a mitológica representação grega da filha do rei Priam de Tróia, Cassandra, que previu a tragédia de Tróia e passou a ser associada desde então, às representações da morte e da catástrofe<sup>5</sup>.

O significado da representação de Cassandra é de elevada pertinência à compreensão da *crise ecológica* nas *sociedades complexas*, por ser capaz de evidenciar as graves deficiências dos sistemas sociais e do sistema jurídico, no correto encaminhamento dos problemas ambientais.

Nesse sentido, a imagem de Cassandra, não traz o retrato de um mórbido involuntarismo ou insubordinação. Cassandra traz uma mensagem mais radical, uma vez que representa a incapacidade técnica, científica, e cognitiva, da civilização contemporânea, que mesmo diante das advertências sobre a tragédia, ou diante da ciência ou da expectativa em torno da catástrofe, ou podendo prevê-la com antecipação, não oferece meios adequados para enfrentar o perigo, ou nem mesmo consegue estimular comportamentos mínimos que sejam, para a previdência — em um primeiro momento — e para a segurança, em um segundo momento.

Cassandra, como se verificará com a análise dos problemas específicos das sociedades de risco, é a imagem marcante da complexidade dessas sociedades moralmente fragmentárias, e acentuadamente diferenciadas<sup>6</sup>, que alguns tratariam a partir do referencial da

---

<sup>4</sup> Os aspectos específicos dos problemas de regulação e de desenvolvimento de novas bases democráticas nesse modelo complexo são analisados em recente obra, onde é enfatizada uma dimensão ambiental da cidadania: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 243-258.

<sup>5</sup> Utilizamos a imagem de Cassandra, acompanhando a interessante iniciativa da apresentação de Paul Ehrlich e John Holdren na abertura dos trabalhos de *Cassandra Conference*, realizada em 1988, no Texas, e que foi encontra-se referenciada entre nós em: DIAS, Genebaldo Freire. *Elementos de ecologia urbana e sua estrutura ecossistêmica*. Brasília: IBAMA, 1997. p. 7.

<sup>6</sup> Aqui faz-se referência ao conceito de diferenciação da teoria dos sistemas luhmaniana, onde se fala em diferenciação social para qualificar um processo de multiplicação de versões especializadas e diferenciadas da identidade de um sistema global, de modo que um sistema separa-se de seu ambiente e passa a traçar seus

pós-modernidade.

Com estes primeiros indícios de novas exigências de contextualização da *crise ambiental*, pode-se agora passar ao desenvolvimento específico da *crise ecológica* como espécie de problema típico de um modelo de *sociedades complexas*, onde é importante a referência a alguns conceitos operacionais fundamentais na teoria luhmaniana, como os de *diferenciação funcional*, *complexidade*, *comunicação*, *alopoiese* e *autopoiese*.

Pode-se desde já antecipar — como aspecto que identifica essa proposta — a preocupação concreta com a organização e compreensão da crise ecológica, e de todos os problemas das sociedades contemporâneas, como desafios globais de sociedades diferenciadas (complexas ou em progressiva transição), e que justamente pela necessidade de consideração desse dado, evidenciam a exigência de soluções que lhes sejam apropriadas.

Considerar a complexidade das sociedades contemporâneas, importa considerar perspectivas de soluções contextualizadas para a *crise ecológica*, que têm como objetivo, enfrentar a realidade social buscando na multiplicidade de alternativas possíveis, aquelas opções práticas que lhes sejam funcionais.

### **1.1.1. Crise Ecológica nas Sociedades Complexas: Globalização dos Problemas e Complexidade das Soluções**

Do que se pôde verificar até agora, pode-se reconhecer como possível trabalhar com a hipótese de que a compreensão da crise ecológica passa pelo reconhecimento de que os efeitos globais dos perigos e ameaças cotidianas só podem ser enfrentados mediante múltiplas opções de alternativas de solução, e que sejam sobretudo, locais. Soluções locais para problemas que já não mais podem ser localizados e apropriados geograficamente.

Tomando como ponto de partida essa representação parcial da realidade social, a crise ecológica passa a ser posicionada como um dos inúmeros problemas de *sociedades complexas*, dotadas de sistemas funcionalmente diferenciados para a resolução de conflitos, que conquanto autônomos e dotados de fechamento operativo, não têm condições de proporcionar alternativas idôneas para sua resolução, sem oportunidades de abertura

---

próprios limites, reproduzindo-os em seu interior (*autopoiese*). Tratando-se das sociedades funcionalmente diferenciadas, o que se tem é que esse processo de multiplicação e auto-reprodução, se desenvolve tomando por referência a função. Isso significa que os problemas que devem ser resolvidos são especializados, e se estes são múltiplos, sistemas diferenciados precisam ser organizados para sua solução específica, como, v.g, o Direito, a política, a religião, a economia, a ecologia, etc...

cognitiva, o que exige dos sistemas dessas sociedades (sistemas sociais)<sup>7</sup>, *comunicação*.

A complexidade da sociedade contemporânea advém da multiplicidade e de um número excessivo de possibilidades e alternativas, padrões de ação, e de respostas aos conflitos, que exigem naturalmente, opções e *juízos de seletividade* das relações ou das respostas, que no entanto, nunca poderão reduzir satisfatoriamente as próprias possibilidades de seleção (ou seja, a necessidade de seleção das alternativas, ainda encontra obstáculos no fato de ainda persistirem múltiplas possibilidades de como se selecionar e optar).<sup>8</sup>

Essa progressiva complexização da sociedade reflete uma intensa *comunicação*<sup>9</sup> entre os diversos sistemas funcionalmente diferenciados, que se processam, no caso específico do Direito<sup>10</sup>, em termos de relações de *clausura operativa* e *abertura cognitiva* (*sistema autopoietico*), no sentido de que ainda que sejam autônomos e dotados de códigos operativos próprios que pressupõem apenas o Direito, (direito e não direito), não se limitam à produção e reprodução de seus próprios códigos, mas possuem também a capacidade se comunicar com outros sistemas, permitindo a juridificação de outras espécies de relações e questões sociais, inclusive, como as deste caso, aquelas oriundas da crise ecológica<sup>11</sup>.

A crise ecológica *informa* o sistema jurídico Direito — como um dos problemas da sociedade complexa — que para oferecer respostas adequadas e realizar uma correta

<sup>7</sup> Esclarece-se que a sociedade nessa perspectiva, é exatamente o sistema social que reúne todos os demais sistemas.

<sup>8</sup> É por essa razão que se pode considerar que todos os sistemas que se comunicam (apenas os sistemas sociais), ao mesmo tempo em que diminuem, também aumentam a complexidade.

<sup>9</sup> Atividade que não é propriamente ação, mas específica dos sistemas, que consiste em um juízo de seletividade de três ordens, importando comunicar, informar e compreender essa diferença no interior dos sistemas comunicantes.

<sup>10</sup> Nas palavras de Giancarlo Corsi, o Direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade moderna, que tem por objetivo, manter expectativas normativas na redução das complexidades. (CORSI, Giancarlo et al. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhman*. Mexico: Iberoamericana, 1996. p. 54).

<sup>11</sup> Esta síntese das relações dos sistemas em um ambiente de complexidade (que é o espaço onde também pode ser compreendida a crise ecológica), remete à representação do Direito como *sistema autopoietico*, que supõe uma leitura específica e distinta daquela própria do fenômeno da autopoiese nos sistemas naturais. Neves descreve um *sistema de circularidade* (cíclico), combinando fechamento operativo e abertura cognitiva. Esse fechamento operativo permite que o sistema leia e compreenda os dados e informações da comunicação com o ambiente e com os demais sistemas sociais, a partir de seus próprios códigos e utilizando seus próprios critérios de seleção de alternativas e atribuição de formas. Da mesma forma, esse fechamento é a garantia de autonomia do próprio sistema, impedindo interferências de interesses econômicos, critérios políticos, éticos e científicos na filtragem e na atribuição do valor e vigência jurídica aos dados. Isso no entanto, não lhe confere uma posição de *solidão* ou *clausura cognitiva*. Há comunicação com o ambiente e os demais sistemas, mas estes não podem influenciar os critérios de seleção (*alopoiese*). (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 113-116; p. 118-125; De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. *Doxa*. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 19, p. 403-420, 1996; TEUBNER, Gunther. Law as an autopoietic system. *Complexity Study Group Meeting*, n. 3, London School of Economics and Political Science, jun. 1997. Disponível em: <http://bprc.warwick.ac.uk/lse3g3.html#sec1>. Acesso em: 20 de outubro de 2001; SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São

contextualização do problema, deve considerar a necessidade de assumir a identidade de um Direito que pouco tem a ver com uma racionalidade estatal e central, que se vê progressivamente modificada para um direito de uma *sociedade globalizada*, que se organiza mediante as mais diversas posturas jurídicas de pluralismo, e que se estrutura a partir de racionalidades jurídicas descentralizadas, tópicas e locais<sup>12</sup>.

A emergência da qualidade autopoiética do Direito e de sua abertura comunicativa aos demais sistemas jurídicos, sugerem um novo padrão de legitimação desse Direito da *sociedade globalizada*, que propõe uma dimensão bastante interessante para a compreensão da crise ecológica: a valorização da *transdisciplinariedade* como vetor de *legitimação* desse novo Direito das *sociedades complexas*<sup>13</sup>.

Fixados os contornos dessa hipótese de investigação da crise ecológica, algumas considerações devem ser tecidas, com o objetivo de traçar os limites do sentido adequado que pode ser atribuído ao tema globalização, no interior desses esquemas complexos de regulação e de definição das relações de poder.

Na condição de elo de unidade da caracterização da globalização nas *sociedades complexas*, estão a revisão do conceito de *soberania* e as transformações por que passam a instituição Estado, como paradigma de legitimação do poder político.

Esta é a medida de compreensão da globalização, das *sociedades complexas*, e finalmente, da *crise ecológica*, que diante de um contexto onde não se pode creditá-la a nenhuma causa específica ou particular, mas antes, a reações e interações entre problemas de ordens diferenciadas, passados ou mesmo atuais, pode ser considerada uma *policrise*, como prefere Morin<sup>14</sup>.

Problemas que não possuem mais condições de imputação de responsabilidades particulares ou geograficamente determinadas, os novos direitos, direitos de conteúdo social ou difuso, impõem-se como os novos elementos de caracterização dos atuais contornos do

---

processo de globalização, onde se verificam a ruptura com a vergastada postura economicista, e a contestação objetiva da validade universal e do imobilismo histórico, dos projetos políticos do liberalismo: a soberania e a formação estadual nacional.

A globalização se impõe em seu aspecto atual, como problema de *caracterização* das relações de poder, de *redistribuição* e *reorganização* dos *centros* ou *fontes de irradiação* e *produção* das *manifestações de poder*, razões pelas quais sugere Newenschwander Magalhães que possa ser considerada como uma *compreensão particular do espaço e do tempo*<sup>15</sup>.

O novo retrato da globalização é constituído a partir de problemas referentes à organização diferenciada da produção normativa e do exercício do poder — de impossível identificação exclusiva não só de seus titulares — cujo centro é ocupado incontestavelmente pela questão da busca de um modelo de *justificação adequada* dos direitos humanos e de sua realização. Nesse contexto é possível reconhecer que o político não pode mais ser elaborado em relação de *identidade*, vinculação absoluta, ou mesmo, de vinculação *necessária* com os padrões e formas de organização do Estado nacional.

Mas se o paradigma estadual — em face da expansão geográfica das relações de poder — é contestado como padrão de orientação vinculante do domínio do político, esta circunstância não é suficiente para justificar pretensões de destruição do modelo estadual, deslocando os limites jurídicos do problema do poder, para outros setores ou sistemas da sociedade.

Contextualizar a *crise ecológica* em um momento de globalização das relações de poder, e da emergência de formas descentralizadas de seu exercício, *exige* que se compreenda que a multiplicação e a plurificação das instâncias de poder, de forma alguma modificam o conteúdo do problema, deslocando-o para outras instâncias, que não a jurídica.

A multiplicação e a qualidade multireferencial do poder colocam como ponto-de-partida para a compreensão da *crise ecológica* pelo Direito, o dado da emergência de uma espécie de *Direito global*, ou *Direito do mundo*, que se aplica a problemas globais, mas com efeitos locais, em uma espécie de *sociedade do mundo*, como noticia Newenschwander Magalhães<sup>16</sup>, referindo-se às expressões que são utilizadas por Niklas Luhman e Raffaele De Giorgi.

Uma tentativa de se compreender a sociedade em que vivemos exige, portanto, a

---

<sup>15</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. Globalização e direitos humanos. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadro de et al. *Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001. p. 66.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 78.

correta contextualização de todo o conjunto de desafios, conflitos e problemas que se reproduzem no cotidiano, em um espaço de complexidade, reconhecendo sua dimensão *transnacional e transgeracional* — desvinculada ao aspecto da pertinência a comunidades políticas — e a necessidade de seu enfrentamento sob um ângulo de *pluralidade*. São alternativas, opções e respostas *práticas* que deverão ser selecionadas para superar *localmente* os riscos e perigos de nosso tempo.

Os problemas de nosso tempo, deve-se frisar, também não poderão ser integralmente compreendidos — como se demonstrará neste capítulo — apenas a partir de um ambiente de complexidade funcionalmente diferenciado, onde o Direito possui posição de prevalência perante os demais sistemas sociais — com seus códigos próprios de jurisdição das relações da sociedade — e *status* de primazia na função de descrição dessas relações<sup>17</sup>.

Deve-se ao reconhecimento desse quadro (de pluralismo e multireferencialidade), a formulação de uma hipótese que será fundamental, nesse contexto, para a investigação específica do conteúdo e dos limites da relação que se estabelece hoje entre Direito e natureza: se a *crise ecológica* é uma típica referência contextualizada em uma sociedade complexa — que enfrenta problemas de desequilíbrio entre *propostas de emancipação e regulação*<sup>18</sup> e lida constantemente com soluções plurais, imprevisíveis e específicas — é lidando com esse desequilíbrio — constituído de *défices* e *excessos* e não de um equilíbrio hipotético e desejável — que se poderá oferecer, não apenas a partir do Direito como o conhecemos, mas a partir da interação comunicativa de diversas instâncias (ética, política e ciência), soluções práticas que sejam eficazes.

De certa forma, é o que também enfatiza Teubner em relação aos problemas da regulação jurídica no contexto daquele *Direito global*, onde os padrões de regulação deixam

<sup>17</sup> Este é um dos aspectos essenciais para a sustentação da possibilidade de fundamentação e justificação de novos direitos a partir da comunicação com os sistemas ecológicos, permitindo que, conquanto autônomo o Direito, a abertura cognitiva possa ser ampliada ou revista até o ponto de se discutir a possibilidade de ler as relações sociais através de outros códigos ou mesmo códigos mistos, que não apenas aquele do Direito. É pertinente nesse sentido, a assertiva de Luhman em recente obra, trazida por Newenschwander Magalhães, registrando ser “[...] possível que a atual proeminência do sistema do direito e a dependência da própria sociedade e da maior parte de seus sistemas de função do funcionamento do código do direito nada mais sejam que uma ‘anomalia européia’ que, no curso da evolução de um sistema da sociedade mundial, tenderá a enfraquecer-se.” (NEWENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *Globalização e direitos humanos*. p. 97).

<sup>18</sup> Boaventura de Sousa Santos utiliza-se de interessante imagem de dois pilares, e do desequilíbrio nas relações que são estabelecidas entre os valores que os definem, para caracterizar uma particular perspectiva da pós-modernidade. Esta é organizada através de *excessos* e *défices* originários desse desequilíbrio nas relações entre os pilares da regulação (princípio do Estado, princípio do mercado e princípio da comunidade) e da emancipação (racionalidade estético-expressiva, racionalidade moral-prática e racionalidade cognitivo-instrumental), traduzindo-se em *excessos* ou *défices* de *regulação e emancipação* (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 77-78).

de ser certos e seguros. Explica que nesse momento de transições, a *despolitização* das decisões legislativas corresponde à *descientificação* dos padrões, e a definição da fronteira do que é jurídico ou não jurídico, v.g, passa a ser delineada sem qualquer fundação científica, recebendo a influência de aspectos oriundos da política, moral e da economia, aspecto que é determinante para o desenvolvimento da fixação dos padrões de regulação, a partir da consideração de questões *trans-científicas*, consideração que se mostrará especialmente importante por ocasião da análise dos novos contornos jurídicos do princípio da precaução, no segundo capítulo<sup>19</sup>.

Em uma visão da realidade social que se caracteriza por *défices* e *excessos*, onde pouco espaço há para o equilíbrio, constituirá o objeto do Direito, não a construção de equilíbrios, ou sua recomposição, mas lidar com problemas de referência e a estes, oferecer respostas, porque é nesse contexto da realidade social, que a crise ecológica hoje se desenvolve. Trata-se de contextualizar os problemas, para a contextualização das soluções.

Chega o momento de se iniciar a descodificação do compromisso dogmático desta proposta.

## 1.2. CONSTITUIÇÃO, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMAS DE REFERÊNCIA

Reconhece-se como primeiro problema colocado ao Direito das *sociedades complexas* — que estabelece através da Constituição, vínculos necessários de *mediação comunicativa*<sup>20</sup> entre os demais sistemas sociais — encontrar nesse conjunto plural e multifacetado de ordens e racionalidades distintas, referências jurídicas adequadas para explicar, também de forma jurídica, problemas que não são e nunca serão autenticamente jurídicos, sem destruir sua identidade sistêmica.

Nesses termos, o desafio proposto ao texto constitucional em sua atividade de mediação, pressupõe que para definir o que é jurídico na sociedade complexa, é necessário enfrentar o aspecto da multireferencialidade e dos pluralismos jurídicos e morais, que

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. *Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors?* Paper, Constitutionalism and transnational governance (Workshop). Florence, European University Institute, Friday, 30 november 2001. p. 8. Esclarece-se que a tradução deste e de todos os textos em língua estrangeira referenciados ao longo desta dissertação, é realizada pelo próprio autor, e da forma livre.

<sup>20</sup> Um exemplo dessa postura está na leitura sistêmica do direito, onde a Constituição é, como define Neves, o vínculo estrutural entre direito e política. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 61-63; p. 129).

problematizam a decisão e a seleção das referências (complexidade).

Trata-se de estabelecer que conteúdo (quais elementos, de que sistemas sociais, e em que limites) tem a Constituição, o que se pode considerar como direitos fundamentais, e quais os objetivos e as funções do Estado de direito nesse contexto plural, de desequilíbrios e desordens referenciais.

A própria Constituição — em um esquema de legitimação fundado na circularidade de suas relações com os demais sistemas — já enfrenta problemas de referência quando o padrão autopoietico de sua abertura cognitiva é colocado em xeque, exigindo interferência direta (alopoiese) na seleção dos padrões de juridicidade, que também devem ceder espaço aos padrões éticos e políticos, cada vez mais necessários, como se perceberá no segundo capítulo, para a concretização dos novos direitos.

Os direitos humanos ou novos direitos<sup>21</sup> são problemas que não são nacionais e que se apresentam como *questões sem termo* ou *não concluídas* perante os novos centros de decisão. É, sem dúvida, a fundamentação de sua pretensão de universalidade o maior problema para a justificação no novo quadro da globalização, que tenta conceber condições adequadas de justificar o caráter global dessas pretensões e necessidades, que não terminem nos limites formais das declarações de direitos ou em fórmulas de indução normativa.

A fundamentação da universalidade, do caráter global da proteção dessas garantias, e a necessidade de sua realização nessa perspectiva, exigem o desenvolvimento de experiências comunicativas que permitam que os vários sistemas funcionalmente diferenciados não só abandonem os *ruidos* da proteção dos culturalismos nos códigos, que prejudicam a comunicação que se pretenda fazer efetivamente democrática.

Convém que seja considerado também, como proposto por Luhman e De Giorgi — referido por Newenschwander Magalhães — o desenvolvimento de um direito da sociedade como o direito do mundo; um projeto que não é definitivo, não está concluído, e que permanece em constante redefinição, onde os direitos humanos ocupam papel central.

A proposta poderia ser então compreendida como uma idéia universal de busca de uma ordem jurídica em todas as sociedades. Mas o problema do *conteúdo dessa ordem* ainda permanece, também, em aberto, persistindo o *défice de referência*.

---

<sup>21</sup> Adverte-se que esta posição de semelhança entre os direitos humanos e os novos direitos é utilizada apenas em respeito à fidelidade da posição de Newenschwander Magalhães. No decorrer da dissertação, no entanto, serão fixados os contornos de uma espécie de novos direitos que se afasta profundamente dos direitos atribuídos à pessoa humana, porque selecionam como referencial cognitivo, dados ecológicos em posição de autonomia em relação aos interesses do homem.

O que se quer fixar, por ora, é a hipótese de que a sociedade, e também o Direito, como sistema social, só conseguirão lidar adequadamente com seus problemas globais e de complexidade, se tomá-los como problemas de comunicação e como problemas de referência informativa (auto-referência e hetero-referência). São todos problemas de busca pela determinação do sentido das crises por que passa. Nesta busca das próprias referências poderão ser fundamentadas e justificadas as alternativas para a crise, que se apresentam em torno de uma perspectiva de realização de direitos (que pressupõem o privilégio do sistema jurídico sobre os demais sistemas sociais), ou em torno da busca de outras referências perdidas e desprestigiadas pela sociedade liberal, que retornariam à tona agora, nas *sociedades complexas* (a ética, a política e a ciência).

A maior contribuição que poderia ser extraída dessa contextualização da complexidade é a demonstração da modificação dos padrões de organização de sentidos e significados para a crise, que se deslocam do centro estatal, para se posicionarem de forma multireferencial, ou *acêntrica*<sup>22</sup>.

De referências e principalmente de seus *défices* trata hoje a teoria constitucional, considerada como primeiro espaço institucional de juridificação da crise ecológica, e na qualidade de espaço privilegiado de *mediação* entre o Direito e a Ecologia, mediação que se faz através da Constituição que, nesta proposta de investigação, relaciona-se comunicativamente com os sistemas ecológicos<sup>23</sup>.

Passa-se agora à proposição inaugural dos problemas de *abertura cognitiva* da Constituição, que é exigência para o desenvolvimento da comunicação entre os sistemas ecológicos e o Direito.

### **1.2.1. Crise Ecológica como Resultado de *défices* de Comunicação com o Direito e a Constituição**

Do que se expôs, pode-se inferir um esquema relacional onde Direito e crise ecológica fazem importantes referências a problemas cognitivos na comunicação entre o sistema jurídico e a realidade, que são, basicamente, de duas ordens.

---

<sup>22</sup> Expressão utilizada por Newenschwander Magalhães. (NEWENSWANDER MAGALHÃES, Juliana. *Globalização e direitos humanos*. p. 96).

<sup>23</sup> Sabe-se que apenas os sistemas sociais podem se comunicar. No entanto, utiliza-se aqui a noção de sistemas ecológicos, para integrar uma complexa combinação de elementos difusos em diversos sistemas sociais, como a ética, a política e o mercado, e que servem à fundamentação atual das opções de solução da crise ecológica pelo

No primeiro grupo de problemas, o ambiente, como valor autônomo, ainda não é considerado como dado relevante na definição do núcleo essencial e da reserva de fundamentalidade dos direitos, que são definidos ainda pela referência clássica à dignidade da pessoa humana, ou à dignidade da vida (humana). No âmbito desse problema tópico, pode-se reconhecer como resultado factível uma *assimetria* e dessincronia entre o objeto em análise e os atores e sujeitos que interferem nessa realidade específica. Há lacunas e ausências, verdadeiras *fendas comunicativas*, que impedem que se estabeleça um consenso necessário sobre com o que se lida efetivamente.

Constata-se uma crise real enfrentada pela dogmática jurídica, que não sabe com certeza o que pretende realizar, ou o que deve ser realizado e, por fim, mais especificamente, de que ambiente realmente trata ou quer tratar a Constituição, como *bem jurídico de dignidade fundamental*.

Em seguida, ainda pode ser constada uma segunda ordem de problemas a partir da qual podem reconhecidas, mais concretamente, as causas de um autêntico *défice de realização*, e onde serão percebidas, posteriormente, as maiores influências no sentido de organização de todo o desenvolvimento posterior deste trabalho. Tais causas dos *défices de realização* do texto constitucional são resultado direto de *défices de cognição* nos processos comunicativos entre Constituição e realidade.

Dessa forma, desenvolvendo a assertiva, pode-se afirmar que o *défice* de realização é consequência direta da própria defeituosidade das referências de concretização, adstritas, no caso do texto constitucional, basicamente à noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O valor de fundamentalidade protegido pelo texto constitucional no art. 225, *caput*, não representa com fidelidade um vínculo comunicativo que possa ser reputado adequado nessa relação que não é hierárquica, e muito menos vertical, mas que poderia, a exemplo dos sistemas autopoieticos, ser concebida em uma perspectiva de circularidade e comunicação trilateral entre Direito, sistemas ecológicos e demais sistemas sociais<sup>24</sup>.

Há um defeito comunicativo, uma falha nesse processo relacional exatamente quando

---

Direito.

<sup>24</sup> A proposta foi formulada em recente obra de Coelho, fazendo alusão à dimensão jurídica do que chama de transmodernidade. Salienta que, nesta: “A concepção tradicional da estrutura hierárquica e analiticamente escalonada, uma estrutura vertical encimada pela Constituição e legitimada pelo direito natural ou pelo consenso democrático ou por sua própria racionalidade imanente, cede lugar a uma estrutura circular e articulada, uma estrutura horizontal de normas de conduta social emanadas de centros diferenciados de poder e decisão, além do Estado.” (COELHO, Luis Fernando. *Saudade do futuro*. Transmodernidade, direito, utopia. p. 74).

se revela que o valor afirmado — *ambiente ecologicamente equilibrado* — não pode ser identificado como representação dos sistemas ecológicos, ou de forma mais conclusiva: o ambiente ecologicamente equilibrado que pretende ser tutelado pelo Direito e objeto de relações de comunicação entre Constituição e realidade, não existe, se for considerado a partir de uma perspectiva de *proteção jurídica de estados estáticos*. O reconhecimento dessa lacuna produz como resultado, a absoluta impossibilidade de sua concretização. O *défice de realização* aqui é uma consequência direta do *defeito comunicativo*.

Esse conjunto de problemas ainda enfatiza com maior severidade, a pertinência do que se afirmou na apresentação deste capítulo. É necessária a compreensão da crise ecológica como problema em um contexto diferenciado, e esse contexto é de complexidade, caracterizado por rupturas, dissensos sobre os valores morais que se tornam plurais e sobretudo, pela pluralidade e multiplicação das possibilidades de soluções e intervenção dos sujeitos sobre as realidades em constante interação ou modificação.

Não é por outra razão que Ost já se referiu à crise ecológica como um problema de ordem eminentemente intelectual, antes de ser um problema realmente material<sup>25</sup>.

Estão lançados os indícios elementares para a continuação da problematização das condições de reorganização da condição do ambiente perante o Direito, perpassando o domínio da determinação do *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, e dos *limites da abertura* da Constituição em sua relação com o ambiente. Enfatizar-se-á, para tanto, a segunda ordem de problemas comunicativos, aquela ordem que se relaciona com a *impossibilidade* de se conferir proteção jurídica à manutenção de um *sentido particular de equilíbrio ecológico*, afirmado como objetivo fundamental no texto do art. 225, *caput*, da atual Constituição da República Federativa do Brasil.

### **1.2.2. Constituição, Comunicação e Abertura: os Défices de Referência como Problemas para a Teoria Constitucional de uma Sociedade Complexa**

A questão dos *défices* de referência, como já se pôde observar até este ponto, assume múltiplas formas, seja no momento da escolha dos padrões de juridificação da realidade social, seja como problema de concretização, ou de eficácia.

---

<sup>25</sup> OST, François. *The philosophical foundation of environmental law: an excursion beyond Descartes*. Law, technology and the environment: a challenge to the great dichotomies in western rationality. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002. p. 1.

O dado comum entre todas essas perspectivas, é que os *défices* de referência são sempre problemas de comunicação que são identificados na atividade de mediação desenvolvida pela Constituição, quando se relaciona com os conflitos originários de contextos de *sociedades complexas*<sup>26</sup>.

Os precisos limites de localização e discussão dessa temática situam-se, assim, no domínio da elaboração de uma proposta de *abertura da Constituição*, particularmente em relação à seleção, determinação e compreensão das referências (e de suas qualidades), com que a teoria constitucional tem que lidar a partir de contextos sociais (globais) de complexidade.

Essa proposta considera como central a questão dos limites e contornos da relação estabelecida nas *sociedades complexas*, entre Constituição e realidade social, iniciativa que permite resgatar um tema que, como observa Verdú, perdeu a posição de destaque e prestígio na teoria constitucional a partir do início do século XIX<sup>27</sup>, mas que vê sua pertinência e atualidade resgatada, hoje, pelo severo tom das exigências das *sociedades complexas*.

O sentido de orientação atribuído pela teoria constitucional era resultado da reificação liberal das exigências de sacralização e racionalização do Direito.

Por essa razão, justificava-se o conteúdo que se conferia à função da Constituição nesse espaço relacional.

Observa Verdú que essa dessubstancialização “[...] conduziu à formulação dos conceitos e à tecnificação, não menos formalizada, das estruturas constitucionais: as Constituições já não versavam diretamente sobre conteúdos substanciais e reais, mas sim, sobre as formas, engrenagens e o funcionamento da maquinaria estatal.”<sup>28</sup>

Sob esses supostos de justificação, Verdú opta pelo resgate da temática da crescente revalorização da realidade social como referencial à Constituição, por considerá-la não apenas

---

<sup>26</sup> Os *défices* de referência são considerados por Canotilho, em um conjunto de problemas básicos da teoria da Constituição, que também enfrenta problemas de reflexividade. (CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1297-1298; Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, ano IV, n. 45, vol. I, p. 38-39, set. 2000).

<sup>27</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 83, p. 21, en./marzo 1994. A racionalidade da modernidade jurídica foi responsável por esse distanciamento da Constituição perante a realidade social. Essa postura é radicalmente incompatível com as exigências de abertura e comunicação, impostas hoje pelos novos estados de conflituosidade no novo modelo societal, que exigem constante relação e interdependência na busca dos referenciais adequados a cada problema específico.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 22. Prossegue o constitucionalista, salientando que nesse contexto de dessubstancialização, até mesmo “[...] os direitos do homem, a liberdade perderam seu conteúdo essencial e foram reduzidos a figuras jurídicas elaboradas e aplicadas com elementos formais [...]”. (*Idem*).

como uma norma, mas como *política*, que seria, desse modo, seu *plus*<sup>29</sup>.

Ainda que utilizando um ponto de partida diferenciado, o professor Canotilho parece estar ciente da relevância desse aspecto para a teoria constitucional contemporânea, ao abordar o problema do *desenvolvimento constitucional* e das condições de concretização da Constituição perante inúmeros problemas oriundos principalmente de *cláusulas de metanarratividade*, presentes no texto de grande parte das constituições ocidentais<sup>30</sup>.

Sobre a noção de desenvolvimento constitucional, explica Canotilho:

Qualquer constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional. Entendemos por núcleo de identidade o conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional. Desenvolvimento constitucional significa o conjunto de formas de evoluções da Constituição (nova compreensão dos princípios, propostas interpretativas, alargamento da disciplina constitucional a novos problemas). A articulação da identidade com desenvolvimento constitucional leva-nos a um conceito de identidade reflexiva, que significa a capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e aos cidadãos.<sup>31</sup>

As *cláusulas de metanarratividade comprometem* as pretensões de eficácia do texto constitucional, os processos de *desenvolvimento constitucional* e, principalmente, as possibilidades de construção de uma *identidade reflexiva da Constituição*, na medida em que evocam perante a experiência social — que é o momento de comunicação — justamente problemas de referência.

Tais cláusulas “[...] condensam mais uma filosofia da história unidimensional em vez de fornecerem medidas e diretivas para o reforço de normatividade da Constituição.”<sup>32</sup>

No Brasil, Canotilho as identifica, exemplificativamente, na reificação e secularização de sujeitos que são historicamente determinados, e que são alçados na compreensão do texto constitucional, ao *status* de “[...] sujeitos direta ou indiretamente portadores da mensagem emancipatória [...]”<sup>33</sup>, tal como parece ser, o próprio conteúdo do *caput* do art. 225 da Constituição brasileira.

<sup>29</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución*. La Constitución como norma y como integración política. p. 24-25. Afirma nesse sentido que “A Constituição é incompreensível se [...] ignorarmos a realidade social. Esta realidade social opera como contraponto da normatividade.” (Ibidem, p. 25).

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. p. 15.

Afinal, quem são as futuras gerações? O que é o meio ambiente ecologicamente equilibrado? E como desenvolver o vínculo de solidariedade evocado pelas obrigações de defesa do ambiente, entre Estado e sociedade?

Para lidar com esses problemas de *défices* de referência, a teoria constitucional, para Canotilho, deve trabalhar metodicamente com uma função inédita atribuída à Constituição, a de uma instância crítica organizada sobre a perspectiva do que classifica como um *constitucionalismo reflexivo*, que deve evitar, sobretudo: a) o discurso da metanarratividade, enquanto sujeito do domínio e da razão emancipatória; e b) a desestruturação moral dos pactos fundantes<sup>34</sup>.

Tentando definir as linhas desse *constitucionalismo reflexivo*, sugere inicialmente a ruptura com um modelo de reificação de ordens de valores<sup>35</sup>, o que exigiria, primeiro, a constitucionalização e *desmoralização* da liberdade. Nessa perspectiva, salienta que uma Constituição “[...] tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (*constitucional essential*, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares.”<sup>36</sup>

Com essas considerações, Canotilho procura enfatizar a importância da função da Constituição, situada na qualidade de instância de garantia de um *mínimo social* em face dos desvios das maiorias parlamentares.

Como segunda sugestão para o desenvolvimento de um *constitucionalismo reflexivo*, salienta a necessidade de formulação de uma *teoria da justiça* estabelecida na forma de *fundamentos adequados*, e tendo a Constituição como *instrumento*.

No entanto, “[...] tendo sobretudo em conta o incumprimento do próprio projecto da modernidade em alguns países, a Constituição não teria de incorporar um projeto emancipatório sob a forma de “constitucionalização dos excluídos”, mas uma teoria da justiça edificada sobre a indiferença das condições particulares.”<sup>37</sup>

Por fim, propõe a substituição do autoritarismo de um Direito dirigente por outras fórmulas que pudessem produzir maior eficiência na tarefa de completar o projeto da

---

<sup>34</sup> O que não retira, evidentemente, a possibilidade de modificação desses próprios pactos fundantes, principalmente perante a emergência de exigências e referenciais plurais de descrição e compreensão da realidade social neste momento de complexidade.

<sup>35</sup> Sugestão especialmente pertinente no quadro societal de pluralismos dos mais diversos conteúdos.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. p. 16.

<sup>37</sup> *Idem*.

modernidade, onde ele ainda não se realizou, devendo ser consideradas: “[...] superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida a diversidade cultural (princípio da tolerância).”<sup>38</sup>

Dessa forma, propõe a substituição da dirigência da lei, pela *contratualização das relações sociais*, a partir do que chama de *quatro contratos globais*: o contrato para as necessidades globais (compromisso para a remoção das desigualdades), o contrato cultural (proteção da tolerância e promoção do diálogo de culturas), o contrato democrático (compromisso em prol da proteção da democracia como modelo global de governo), e o contrato do planeta terra, que implica a garantia de um modelo de desenvolvimento sustentável, que produzirá, em última análise, a perda do carácter estatizante das Constituições dirigentes, substituindo a mensagem dirigente pela constitucionalização da responsabilidade, ou seja, a garantia de condições mínimas de coexistência da dialogicidade dos valores, acções, e conhecimentos<sup>39</sup>.

Diante dessas considerações, a tarefa de apresentar respostas àqueles problemas iniciais de referência — situados no art. 225 do texto fundamental brasileiro — conquanto não possa ser realizada com precisão em termos decisórios, seria melhor desenvolvida a partir da consideração das pertinentes advertências apresentadas pelo constitucionalista português.

A Constituição enfrenta problemas de referência e tem dificuldades de se relacionar com a atual multiplicação de pluralismos jurídicos e normativos, que prejudicam a tarefa de compreensão jurídica das relações sociais. Esse retrato de pluralidade impõe agora à Constituição, a necessidade de elaboração de um *estatuto mínimo de juridicidade*, que permita uma solução conciliatória do problema: ao mesmo tempo em que se evitam autoritarismos na determinação do *sentido* das *mensagens constitucionais*, permite-se que o texto permaneça aberto à experiência social de forma *reflexiva*, ou seja, adequada ao tempo e às necessidades sociais, mas protegendo o *mínimo de sua identidade* no contexto de pluralidade<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. p. 17.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> Essa mesma preocupação presente na proposta reflexiva de regulação (de preservação de um conteúdo mínimo de identidade perante os novos contextos de pluralidade de referências), pode ser encontrada no modelo ou sistema garantista de Luigi Ferrajoli, que também é proposto — como será enfatizado logo adiante — como resposta regulatória adequada às características específicas de uma crise do Direito, que se desenvolve como resultado direto de problemas de complexidade. Ferrajoli explica que através do modelo garantista: “[...] o direito contemporâneo não programa somente as suas formas de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos outros actos normativos. Programa ainda os seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos nas constituições mediante técnicas de

Portanto, falar-se de uma *nova identidade reflexiva da Constituição* como proposta de equacionamento de seus problemas de *défices*, não importa a proposição de respostas conclusivas, mas tão somente de soluções de *otimização das condições de desenvolvimento constitucional*, de modo que seja permitido que a Constituição se coloque, constantemente, como objeto de *atualização e conformação* material e temporal, requisitos de manutenção de sua *identidade reflexiva*.

A *reflexividade* da Constituição vem assim integrar a exigência de proteção de um sentido de abertura, ou de uma *Constituição aberta*. Essa proposta rejeita a idéia de Constituição como *totalidade social* e identifica a necessidade de se assegurar amplo espaço de desenvolvimento de processos de confronto livre entre os atores sociais, e de condições fundamentais para que adquira o *status* de *instrumento democrático*, como: a) uma consciência constitucional de abertura material; b) abertura ao tempo; c) flexibilidade nos padrões da normatividade constitucional<sup>41</sup>.

A organização do sentido de uma *Constituição aberta* também pressupõe a *abertura dos espaços de decisão política*, a garantia de manutenção de conteúdos de regulação temporalmente adequados e, sobretudo, reconhece que a Constituição aberta é uma Constituição que sempre será *incompleta e imperfeita*, exigindo constante comunicação e interação com a realidade social.

Um modelo constitucional adequado ao enfrentamento dos problemas de complexidade — e principalmente adequado à *superação reflexiva* dos problemas de *défices* de referência — é sobretudo, um modelo que tem como ponto-de-partida, uma *Constituição aberta*.

Só um processo de *abertura reflexiva* a ser realizado pelo *Estado de direito ambiental*, tem condições de se legitimar perante as exigentes pretensões de pluralidade da

---

garantia que é obrigação e responsabilidade da cultura jurídica elaborar.” (FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. *Revista do Ministério Público*, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 16, n. 62, p. 34, jan./mar. 95). Deve ser enfatizado que no modelo garantista, o paradigma do *Estado constitucional de direito* — proposto por Ferrajoli — apresenta uma acentuada preocupação com padrões de legitimação material do Direito, tal como a proposta de *abertura reflexiva da Constituição*. (Ibidem, p. 37). Ocorre que o que se propõe quanto a esse aspecto, é a possibilidade de constante atualização desses conteúdos, opções e decisões, mediante constante referência e comunicação com dados, necessidades e exigências da realidade social, o que importa considerar — como já se afirmou — não uma *irreversibilidade* desses *conteúdos substanciais mínimos*, ou uma relação de hierarquia, prevalência ou privilégio absoluto de certos valores ou decisões integrantes dessa *reserva do mínimo substancial*. O que se exige é, antes, uma *flexibilização e adaptação constante* desse mínimo, em sintonia com a realidade social.

<sup>41</sup> Como nota Perez Luño, a proteção dos direitos fundamentais, depende de um sistema constitucional qualificado por uma abertura material e temporal da Constituição. (PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 153).

*justiça ambiental.*

Essas exigências de reflexividade e abertura da Constituição são próprias do que Ost classifica como um *direito líquido*, que se apresenta em certas ocasiões em um *estado fluido* que o permite colocar-se nas situações das mais diversas, e ocupar *suavemente* os espaços *disponíveis*, suportando fortes *compressões*<sup>42</sup>.

A proposta de atribuição à Constituição de uma função de *reflexividade*, parece mostrar-se adequada *não apenas* à superação dos problemas da complexidade social, uma vez que *também* tem condições de colocar em destaque um aspecto fundamental à teoria constitucional, e por conseqüência, à própria Constituição: a afirmação da impossibilidade de enrigecimento e *paralisia* da *teoria constitucional* perante os novos estados de conflituosidade. Essa circunstância importa considerar como conseqüência a proibição de um *non liquet* à teoria constitucional contemporânea, principalmente porque, como adverte Canotilho, “[...] as instituições e os indivíduos presentes numa ordem constitucional estão hoje mergulhados numa sociedade técnica, informativa e de risco que obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o direito de forma a evitar que esse espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica.”<sup>43</sup>

O ponto-de-partida da *Constituição aberta* garante as condições de manutenção de uma *identidade reflexiva* não só do conteúdo do texto, bem como, também, da própria função e dos objetivos que devem ser assumidos pela Constituição. Estes exigem que a Constituição se coloque em posição de crítica constante, já que parte do pressuposto de que perante a realidade social, sempre será um modelo *limitado, incompleto e imperfeito* e, por ser imperfeito, está aberto à atualização pelos desafios dessa realidade social complexa.

Esses desafios se concentram na teoria constitucional contemporânea, especialmente na busca de uma nova referência para o Estado de direito, que é como a Constituição, um *Estado incompleto*.

Um Estado de direito *não é e nem pode ser um Estado de direito mínimo*, ainda que seja sua função preservar — nesse contexto de pluralidades e de multiplicidade de referências — conteúdos mínimos cuja identidade também deve ser preservada nos processos reflexivos de *ponderação flexível e aplicação situativa* do Direito.

O reconhecimento da *incompletude* do Estado de direito atua no sentido de indicar

<sup>42</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 14, p. 187, 1993.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 27.

caminhos de *inclusão de referências*, buscando a consolidação do objetivo de sua reconstrução nos termos de um *Estado de direito integral*, que reúna uma multiplicidade de conteúdos, valores e padrões de justiça, conciliados em processos de concretização específicos e flexíveis.

É nesse sentido que deve ser lida a assertiva de que o Estado de direito, hoje, *Estado constitucional democrático de direito*, como explica o jurista português: “[...] é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. Como ponto de partida, constitui uma tecnologia jurídica-política razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas. Mas os esquemas políticos-organizatórios, ou seja, as formas de organização política não chegaram ao <<fim da história>>.”<sup>44</sup>

O ponto de partida é o Estado de direito, e um dos caminhos que podem ser trilhados — buscando integralizar seu conteúdo e superar suas atuais incompletudes — é a proposição de um *Estado de direito ambiental*, ou *Estado de direito do Ambiente*, que é ao mesmo tempo *Estado de democrático de direito do Ambiente*, e *Estado de justiça ambiental*.

#### **1.2.2.1. O Estado de direito ambiental: uma medida de abertura necessária perante os défices de referência**

Chega enfim o momento de se responder à tormentosa questão relacionada ao problema do *défice* de referência do Estado de direito em sua formulação clássica, do liberalismo político e, principalmente, de relacioná-la — tomando o Estado de direito como ponto de partida — especificamente com a crise ambiental.

Perante os *défices* democráticos enfrentados por esse modelo de Estado, de que Estado de direito precisamos hoje para enfrentar os desafios das sociedades contemporâneas? Qual é a medida necessária de *abertura reflexiva* a ser conferida a esse Estado de direito? Afinal, de que Estado de direito se trata, neste ambiente de complexidade, riscos, desequilíbrios, incertezas e perplexidades? E qual o Estado de direito para a crise ecológica?

A hipótese de trabalho propõe agora um caminho novo e particular de integralização desse Estado de direito incompleto, o que se faz através de um *Estado de direito ambiental*: uma nova *medida de relação* entre um aspecto particular dos problemas da sociedade complexa — a crise ecológica — e o Estado de direito.

Essa nova medida de abertura do Estado de direito não toma como referencial um

padrão rígido e hierárquico de justiça como fundamento de justificação material desse Estado, que passa a se desenvolver debaixo de esquemas procedimentais, flexíveis e adequados. Isso não significa — como já foi mencionado — que a incompletude do Estado seja responsável por uma compreensão de esvaziamento substancial e material da fundamentação do Estado de direito, transformando-o em uma instância meramente técnica e instrumental. O que ocorre é, ao contrário, a representação de um Estado que possui uma fundamentação material, social e politicamente plural, mas que necessita de *soluções de conciliação* para o momento que é posterior a esse processo de fundamentação e justificação de sua legitimidade: o da *concretização*.

A flexibilidade não está no esvaziamento material do Estado de direito, que fundamentaria uma grande inconsistência, e, principalmente, um indesejável casuísmo na determinação de seu conteúdo. Trata-se de um Estado que possui na verdade, uma fundamentação plural (e por isso é aberto, democrático, e sempre incompleto) e que precisa de instrumentos que proporcionem condições satisfatórias de concretização de objetivos e padrões de justiça tão distintos.

Por essa razão é que se afirma que os padrões de justiça e, principalmente, os padrões de legitimação desse Estado de direito são sempre diferenciados e particulares.

Somente sob essas condições é que pode ser compreendida a ponderação do professor Canotilho quando afirma que: “[...] o Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz.”<sup>45</sup>

Essa caracterização flexível e múltipla do conteúdo do Estado de direito, na busca de sua *integralização*, fica bem evidente quando se reconhece, como Canotilho, que: “A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado.”<sup>46</sup>

A medida de justiça desse Estado de direito é agora uma *medida plural*, composta ao mesmo tempo de *quatro dimensões* que são interdependentes e complementares: *juridicidade*, *democracia*, *socialidade* e *sustentabilidade ambiental*, de modo que se tem um Estado multifacetado que é simultaneamente: Estado de direito, Estado constitucional, Estado social,

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 34.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 21. Com o desenvolvimento posterior da fundamentação dos *direitos biodifusos intergeracionais*, será percebido que diante dessa pluralidade e das exigências de padrões de legitimação cada vez mais particulares e conciliatórios, até mesmo a afirmação de uma ordem humana de paz pode ser objetada, mediante o reconhecimento da proteção de posições jurídicas dos sistemas ecológicos.

e finalmente, a dimensão que nos interessa, *Estado ambiental*<sup>47</sup> ou, como prefere Alexy, *Estado de direito ecológico*<sup>48</sup>.

Esse *Estado de direito ambiental*, como bem observa Leite, é, primeiro, “[...] um Estado ambientalmente aberto, do ponto de vista democrático [...]”<sup>49</sup> e, em um momento subsequente, *resultado* de seu próprio conjunto de exigências democráticas. É um Estado especialmente vinculado a uma dimensão processual do Direito, que precisa de uma composição mista de participação pública e informação para a concretização de seus objetivos.

Essa perspectiva pode ser percebida na posição de Leite, ao observar que: “Na construção do Estado democrático, na vertente ambiental, deve imperar um sistema legislativo que viabilize a coletividade a participar das decisões ambientais e obter informações indispensáveis à tomada de consciência e a emitir opiniões sobre o tema.”<sup>50</sup>

O *Estado de direito ambiental* reúne — a partir da análise dessas duas impressões iniciais sobre sua caracterização — uma indubitável pretensão por exigências democráticas na composição de seu conteúdo. Estas indicam, sem dúvida, o caminho para a apresentação de sua primeira dimensão das duas possíveis: é primeiro um *Estado democrático de direito ambiental*.

O professor Canotilho<sup>51</sup> observa como características desse novo *Estado democrático de direito ambiental*, as seguintes:

- a) deve construir-se como um estado de direito que observa princípios e regras formais e materiais;
- b) ampla base de legitimação (democracia ambiental);
- c) deve evoluir para o *Estado de justiça ambiental*, onde se constitui sistema de interdição de qualquer espécie de discriminação ambiental;
- d) deve permitir a promoção de meios de sua inserção *ativa* nos processos de efetividade e elaboração dos sistemas normativos de proteção ambiental.

O eminente constitucionalista português ainda elenca elementos úteis para a

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p. 21.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 22-23.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 72, jul./set. 1999.

<sup>49</sup> LEITE, José Rubens Morato. Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa. In: \_\_\_\_\_. *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 20.

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

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. Curso de pós-graduação promovido pelo CEDOUA e a Faculdade de Direito de Coimbra no

determinação negativa e positiva do *Estado do ambiente*<sup>52</sup>.

Na primeira classe tem-se:

- a) a tutela do ambiente é função de todos e não exclusiva dos poderes públicos. A recusa à publicização é, sobretudo, garantia de defesa da sociedade em face do *Estado de autoridade ambiental*, o Estado que se impõe através de programa de sanções de condutas e não de promoção da qualidade de vida;
- b) não pode ser um Estado técnico, o que não impede que se compreendam as regulações do ambiente como *regras de ação* para os agentes públicos e *regras de conduta* para os particulares.

Na segunda classe de elementos — da definição positiva do *Estado do ambiente* — consideram-se:

- a) Estado que se orienta pelo princípio da *visibilidade do poder* e pela completa garantia do *right to know*. O segredo é uma ameaça à concretização do *Estado democrático do ambiente*;
- b) deve *suportar* a participação ativa dos cidadãos em sua constituição;
- c) deve *fomentar* o desenvolvimento de formas associativas do exercício do poder sobre a gestão dos bens ambientais a partir de técnicas de descentralização do poder.

A segunda face do exigente conteúdo — complexo e ao mesmo tempo incompleto — desse *Estado de direito ambiental*, compreende a necessidade de se firmar simultaneamente, também como *Estado de justiça ambiental*.

Nesse momento está situado o mais importante dado de pertinência que será fundamental na tarefa de redefinição do conteúdo e dos limites de proteção que qualificam os novos direitos e as posições jurídicas reunidas em torno do que trataremos por *direitos fundamentais biodifusos*. A idéia de um *Estado de justiça ambiental* está relacionada diretamente com o reconhecimento da qualidade coletiva, comunitária e, principalmente, *republicana*, do sentido de proteção dos novos direitos, que são conferidos a todos, sem exceção, indistintamente e de forma universal, sendo indiferente a posição ou *status* de seus titulares, que nesse modelo, nunca podem ser individualizados em posição de exclusividade perante os demais. O fundamento desse novo Estado é a *proibição da discriminação*<sup>53</sup>.

---

ano de 1995/1996. p. 21.

<sup>52</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. p. 30-34.

<sup>53</sup> Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa*. p. 25. Essa característica

O *Estado de direito ambiental* pode ser caracterizado, dessa forma, como uma composição de exigências democráticas que reúne, em relação de interdependência, os dados da participação plural e democrática, e a proteção da igualdade, alicerçada na *proibição da discriminação*.

São todas exigências que, concretizadas em um *modelo constitucional reflexivo*, permitem o reconhecimento de que, essa medida de limite de abertura do Estado de direito depende de *reflexividade* na tarefa de sua concretização, condição que permite o desenvolvimento do espaço necessário de relação de uma verdadeira democracia ambiental, com novos atores, padrões de ação, modelos éticos de justificação, e com a mudança nos padrões de comportamento, aspectos que conjugados, definem os pressupostos de estruturação de um *Estado de direito ambiental*<sup>54</sup>.

A *abertura ambiental* do Estado de direito surge como alternativa de critério para a fundamentação da regulação jurídica em contextos de complexidade, objetivando superar ou diminuir os *abismos cognitivos* e as incompatibilidades desses esquemas regulatórios próprios do liberalismo clássico, procurando, no particular, aproximá-lo das exigentes pretensões democráticas originadas dos novos padrões ecológicos de justiça, plurais e situativos.

Desse modo, convida-se a refletir sobre os caracteres fundamentais de sua estruturação, decompondo analiticamente o Estado de direito, a função que assume a Constituição perante a realidade social e, finalmente, os direitos fundamentais.

Deve-se refletir a partir dessa realidade social de complexidade, constatando-se os obstáculos que apresenta aos instrumentos de regulação desse esquema de poder em decadência: a solução reside na proposição de que a Constituição e o Estado de direito — tomando como referencial a complexidade — necessitam atualizar suas propostas de regulação, circunstância que enfatiza a abertura da Constituição, abertura do Estado de direito, e a abertura, agora, dos direitos fundamentais.

---

de universalização das exigências de proteção sem distinções de quaisquer natureza, aproxima-o de certa forma do discurso da universalização dos direitos humanos. No entanto, o que interessa ser acentuado é a qualidade comunitária da proteção desses novos direitos, que é evidenciada pelo desenvolvimento da perspectiva de um *Estado de justiça ambiental*, que não só confere proteção universal a todos (direito de acesso universal), mas considera que as posições de proteção são comunitárias e, por essa razão, é vedada a discriminação, que, neste caso, importa não a simples denegação do direito de acesso ou do tratamento diferenciado nas atividades de proteção. A proibição de discriminação nesta perspectiva é acentuadamente mais radical e é resultado da própria definição do conteúdo dos novos direitos: por não ser possível sua titularização individualizada, a proteção conquanto não se adstringir apenas à sua via comunitária, deve considerar a violação dessa proibição (individualização restritiva, seletiva e exclusiva) como discriminatória, também.

<sup>54</sup> É o que afirma Leite, ao observar ser pressuposto de um *Estado ambiental*, a democracia ambiental. (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000. p. 36).

E a medida de abertura — que relaciona esquemas de regulação e realidade social de complexidade — é obtida pela *abertura reflexiva* desse Estado de direito, às *necessidades ecológicas* colocadas perante a Constituição.

O *Estado de direito ambiental* pode ser considerado, a partir desses argumentos, a medida de referência para o Estado de direito neste *momento societal de transição*<sup>55</sup>; padrão de regulação que expressará todas as suas particularidades precisamente quando exigir a reorganização do conteúdo dos próprios direitos fundamentais — reservas clássicas de decisão e de intangibilidade colocadas pelo constitucionalismo ocidental — para adequá-los ao projeto de consecução de um *Estado de justiça ambiental*: um *Estado de direitos fundamentais ecológicos*, mediado por uma Constituição de conteúdo ecológico, e que se realiza em um espaço de *democracia ambiental*.

### 1.3. QUE ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DE QUE DIREITOS FUNDAMENTAIS? O CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM MODELO COMPLEXO DE EXIGÊNCIAS DE GARANTIA

A complexidade dos problemas de concretização dos direitos fundamentais — originários de *carências cognitivas* e dos *défices* de referência do conteúdo desses direitos — é bem descrita por Canotilho, na forma de uma advertência. Mais uma vez, uma advertência quanto à modificação da função da Constituição e da necessidade de sua abertura reflexiva à realidade social e aos desafios dos novos tempos, que:

[...] obrigam os cultores do direito constitucional a prestar mais atenção a certos problemas, como os da crise de representação, da envolvimento dos direitos constitucionais nacionais pelo emergente direito constitucional global ou internacional e pelo já vigente direito constitucional comunitário, e da erupção de novos direitos e novos deveres intimamente relacionados com a liberdade e dignidade da pessoa humana e com os outros seres da comunidade biótica ('direitos fundamentais dos seres vivos').<sup>56</sup>

<sup>55</sup> A expressão é aqui utilizada no mesmo sentido empregado por Sousa Santos, quando desenvolve a idéia de uma espécie de *modernidade em transição*, na qual, o moderno e o pós-moderno conviveriam em uma relação que não seria exatamente de ruptura ou continuidade, mas de transição, com momentos de ruptura e momentos de continuidade. (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 102-103).

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 26. Nesse sentido, Canotilho propõe uma solução de compromisso e de conciliação, ao contrário da postura de Sarlet, que argumenta serem os direitos fundamentais, exigências de concretização, em maior ou menor grau, do *princípio da dignidade da pessoa humana*. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos*

Deve-se reconhecer, tal como proposto por Michel Serres, uma necessidade de *mudança de direção* desse modelo de *direitos fundamentais*, que constitui um dos pilares de sustentação até mesmo de um Estado democrático de direito, que continua a exprimir suas exigências democráticas — conquanto atualizadas a partir do referencial participativo — por meio de *necessidades humanas*<sup>57</sup>.

Deve-se mudar agora a direção dessa teoria dos direitos fundamentais, que julga o problema dos consensos fundamentais, quando muito, como pretensões de universalização transnacional, mas ainda adstritas temporalmente e por meio de modelos de pluralidade moral, insuficientes à proteção dos novos direitos.

Propugna-se a *consideração jurídica* de um pacto que tenha a natureza também como beneficiária, tal qual aquele realizado pelo marinheiro e o camponês da bela imagem alegórica de Michel Serres, mas sem excessos bucólicos de intocabilidade de uma natureza-retrato<sup>58</sup>.

Quer-se apenas extrair dessa imagem a centralidade da natureza como valor digno de consideração da teoria jurídica dos direitos fundamentais, para demonstrar a impertinência de propostas de diversos graus de egoísmo de conteúdo antropocentrismo (como, v.g., o direito ao meio ambiente como direito humano fundamental vinculado à proteção da saúde) e a insuficiência de modelos conciliatórios organizados tão somente em torno de *restrições* aos direitos fundamentais clássicos, como exigências de imperativos coletivos.

Os propósitos de uma nova teoria dos direitos fundamentais organizam-se a partir de mudanças de direção nas *escolhas fundamentais*. Não mais dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dessas escolhas, mas dignidade da pessoa humana e dignidade da natureza, juntas, em relações de concretização, processualizadas e ponderadas, que serão examinadas no segundo capítulo.

#### 1.4. O NOVO PARADIGMA DO DIREITO DO AMBIENTE NA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

A teoria constitucional contemporânea — ao menos na forma como se estrutura hoje (onde se faz presente um nítido sentido de progressiva realização democrática dos objetivos

---

fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 102).

<sup>57</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. Trad. de: Serafim Ferreira. Lisboa: Piaget, 1994. p. 59. O filósofo ressalta com extrema lucidez, que essa mudança de direção “[...] permanecerá como letra morta se não for inscrita num direito.” (Idem).

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 50-52.

estaduais, e em que ocupa função de destaque, a organização de um sistema pluralístico de definição e concretização de direitos *fundamentais*) enfrenta não, sem perplexidade, a emergência de novos desafios.

Tal ordem de desafios é proposta pela *desconcentração espacial* das fontes do poder (a globalização); *desconcentração política* das fontes do poder (a falência do projeto político da representação e da repartição social da função de regulação normativa); e, por fim, pela própria *desconcentração* (quebra da unidade) *do sistema de valores* que integra o núcleo de *fundamentalidade* estadual.

Esse quadro de *rupturas* e *fraturas* da ordem estadual coloca em dúvida a *inexorabilidade* e, principalmente, a própria *universalidade* de tal opção seletiva dos valores fundamentais gravados nos textos constitucionais ocidentais.

A *fé messiânica* na universalidade dos valores da ordem constitucional é desafiada pela *herética difusividade* das representações sociais, pela *reprodução de incertezas* e pela *emergência de micro-racionalidades*<sup>59</sup>, responsáveis por uma profunda *fratura na unidade dos valores e dos princípios* que algum dia já foram funcionais para a justificação e fundamentação de um modelo estadual racional de democracia, pautado na *realização* de direitos *fundamentais*.

Os novos desafios à teoria constitucional contemporânea têm origem precisamente na emergência de uma nova configuração do Direito ambiental, que vem atingir a *própria sustentação democrática dos processos de seleção e escolha de valores* com qualidade *jusfundamental*, onde se pretende incluir também o ambiente e os valores naturais, fato que inicia uma *crise de valores*.

Essa crise é resultado do estado de perplexidade oriundo da seguinte afirmação: a de que os sistemas jurídicos contemporâneos devem permanecer cognitivamente abertos às *necessidades ecológicas*, no processo de realização dos *direitos fundamentais*.

O reconhecimento dessa crise é evidenciado no próprio texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que fala de um direito natural que, no entanto, semanticamente, pouco ou nada tem a ver efetivamente com a natureza, jurisdificando um pacto fundamental, que *contratualiza* espantosamente as bases fundamentais de uma *sociedade sem mundo*, que reserva o silêncio para o novo consenso ecológico<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Sobre esse aspecto, cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 102.

<sup>60</sup> Serres atribui a esse novo consenso ecológico, a função de recuperação do Direito natural perdido, que fora substituído por um modelo racionalista, que, tal como as ciências, centralizava o monopólio de produção, as

Na belíssima síntese de Serres: “A Declaração dos Direitos do Homem teve o mérito de dizer: <<todos os homens>> e a fraqueza de pensar: <<apenas os homens>> ou os homens sozinhos.”<sup>61</sup>

Esse imperativo não só condiciona os próprios limites de exercício dos *direitos fundamentais* clássicos da pessoa humana (comportando-se como restrições), mas apresenta-se, principalmente, como imperativo de reorganização dos sistemas de direitos, corrigindo os *defeitos metódicos do paradigma ocidental antropocêntrico da seleção de valores* (ordenando-os para que possam atender adequadamente os objetivos de proteção do ambiente) e incluindo, mediante uma *cláusula de integração* (expressa pelo *princípio da solidariedade*) a preocupação dogmática com a realização efetiva da *dignidade de todas as formas de vida*, recuperando a *dignidade perdida* da natureza, e integrando-a definitivamente no novo quadro dos *direitos fundamentais*.

Reconhecer a posição jurídica de *dignidade* dos valores naturais importa não só a realização de restrições de direitos como objetivo único e exclusivo dos sistemas jurídicos de proteção do ambiente, mas reconhecer que demandam — tal qual se reconhece em referência aos *direitos fundamentais* — comportamentos, deveres, obrigações, compromissos e atividades ativas, de gestão, controle, prevenção e, subsidiariamente, de correção.

Esse conjunto de imposições, próprio do reconhecimento da pertinência *jusfundamental* do valor da natureza, representa, dogmaticamente, uma *zona de interdição* de comportamentos proibidos, que dirige mandado de proteção ativa por parte não só dos agentes estaduais, mas também dos demais atores sociais, privados, individual ou coletivamente organizados, cujo único e decisivo fundamento para a instauração dos processos de proteção reside na valoração da natureza *per se*.

A proteção da natureza enquanto tal é suficiente para a justificação dessa organização sistemática da proteção jurídica do ambiente.

E essa é a razão pela qual não parece adequada a consideração das novas imposições ecológicas constitucionais, como simples restrições ecológicas aos *direitos fundamentais*.

---

próprias razões de sua legitimação: um direito natural adstrito à satisfação de interesses humanos, razão humana, que adquire todos os direitos, porque é ela quem os fundamenta, e não outra”. (SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 61).

<sup>61</sup> Ibidem, p. 63-64.

### 1.4.1 Direitos Biodifusos: os Direitos Fundamentais Perante as Novas Exigências de Sociedades Complexas

Uma característica básica que qualifica os novos direitos fundamentais é, sem dúvida, a universalidade em relação ao aspecto dos processos de titularização dos direitos, o que apresenta pertinência especial na atividade de fundamentação específica e diferenciada dos novos direitos biodifusos, uma vez que permite relacionar adequadamente o processo de atributividade de direitos, com os problemas da difusividade, anonimato, indeterminabilidade, imprevisibilidade e da intergeracionalidade das relações jurídicas jusfundamentais.

Essa situação, no modelo garantista proposto por Ferrajoli, equivale às bases de uma moderna igualdade, que, a partir desses novos direitos, passa a ser reconhecida:

[...] precisamente como uma igualdade en droits, na medida em que exibem duas características estruturais que os diferenciam de todos os outros direitos, a começar pelo de propriedade: antes de mais, a sua universalidade, pois respeitam a todos e em igual medida, contrariamente aos direitos patrimoniais, que são direitos *excludendi alios*, dos quais um sujeito pode ser ou não ser titular e dos quais cada um é titular com exclusão dos outros; em segundo lugar, a sua indisponibilidade e inalienabilidade, quer activa quer passiva, que os subtrai ao mercado e à decisão política, limitando a esfera do decidível de um e de outra e vinculando-se à sua tutela e satisfação.<sup>62</sup>

Conquanto não seja o modelo garantista o referencial de fundamentação eleito para o desenvolvimento dos novos direitos fundamentais biodifusos, Ferrajoli consegue, em sua análise, trazer alguns aspectos que são nucleares e bastante pertinentes à apreciação do conteúdo e da qualidade diferenciada desses novos direitos.

Estão presentes em sua análise:

- a) o *caráter democrático* dos novos direitos, que enfatiza o aspecto da participação, do acesso isonômico e universal de todos os interessados nesses direitos;
- b) a *comunitariedade* dos novos direitos, que não permite a apropriação individualizada e, por essa razão, não permite que se titularize individualmente determinado sujeito, grupo ou mesmo coletividades, o que, uma vez mais, enfatiza seu conteúdo democrático;
- c) a *inclusividade* e um resgate do *sentido republicano* para a elaboração da própria condição da cidadania, permitindo que todos, sem exceção, tenham acesso aos

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. p. 38.

- novos direitos, independente de posições jurídicas ou *status* particulares;
- d) sua *desvinculação de comunidades políticas* (transnacionalidade dos novos direitos);
- e) sua *aptidão específica de proteção fundamental*, que os posiciona como direitos fundamentais e os aproxima da *reserva do mínimo*, colocando-os sob proteção da contingência e flexibilidade da ordem social<sup>63</sup>;
- f) uma acentuada *pretensão de concretização e realização qualificada*, uma vez que não só é insuficiente seu reconhecimento, como também é a sua concretização de forma *inespecífica*. Somente sua concretização democrática — que é inclusiva e universal — atende às necessidades de concretização dos novos direitos.

Parece ser satisfatório aos propósitos deste trabalho reconhecer — a partir da autonomia jurídica da natureza — uma qualidade ou posição jurídica de *beneficiária* dos resultados dos *compromissos constitucionais ecológicos*, que exigem comportamentos de proteção, abstenção e ações positivas destinadas a tornar possível a realização dos objetivos referentes à conservação e reprodução do *estado de dignidade intrínseca* dos valores naturais, do ambiente e de *todas as formas de vida*<sup>64</sup>.

Essa tendência de consideração jurídica de um valor de dignidade autônoma à natureza é inserida por Bobbio no que chama de *fenômeno da proliferação dos direitos*, onde constata que: “[...] está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.”<sup>65</sup>

Nesse sentido, já fizemos referência em outra oportunidade, a partir da leitura de Pureza, que o paradigma da proteção jurídica do ambiente — fundada na derivação da proteção dos direitos da pessoa humana — foi substituído “[...] por um processo de *dignificação* simbólica do bem ambiental, que se aproxima do universo da defesa de bens

<sup>63</sup> Porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disposição de mercado e política, Ferrajoli entende que os direitos fundamentais formam o que chama de esfera do *indecidível que* e do *indecidível que não*. (Ibidem, p. 39).

<sup>64</sup> Registre-se que, mesmo Christopher Stone revendo sua posição lançada no bombástico artigo em defesa das sequóias do Mineral King Valley, reconheceu não ser tão importante, ou, mesmo, essencial, o reconhecimento de direitos aos entes naturais ou sujeitos despersonalizados, mas, sim, que se permita que tais entes sejam objeto de efetiva consideração jurídica, defendendo, portanto, um *estatuto jurídico do ambiente*, onde os sistemas jurídicos, preservem os interesses da natureza, levando-se em consideração tão somente sua condição e nada mais. Confira-se, a propósito, para a análise dessa referência: OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. de: Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997. p. 204.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de: Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69.

relacionados à conservação e promoção do estado de *dignidade* da pessoa humana, mas, sobretudo, trilhando uma dimensão axiológica de atribuição de valor próprio e autônomo em relação à condição humana [...]”.<sup>66</sup>

A natureza passa a ser considerada, *per se*, *beneficiária* autônoma das obrigações jurídicas de proteção do bem ambiental, condição que lhe assegura que usufrui das mesmas qualidades *jusfundamentais*, geralmente associadas aos *direitos fundamentais* nos textos da Constituição.

O professor Bosselmann, em conferência na Universidade de Melbourne<sup>67</sup> e, também, em recente artigo publicado no Brasil<sup>68</sup>, traz notável contribuição que permite organizar, com maior segurança, as principais linhas de relevância no tratamento da matéria.

O jurista faz referência à necessidade de uma *posição compromissória*, que reconheça:

- a) que a humanidade não pode ser considerada como o centro da biosfera e como o ponto de convergência do reconhecimento e respeito pelo *standard* de moralidade, baseado na pessoa humana;
- b) e que permita a inclusão da natureza, a partir do reconhecimento de que também possui uma *existência moral relevante*, dado este que serve como fundamento para o reconhecimento à natureza de um *valor intrínseco*, independente das necessidades humanas<sup>69</sup>.

E esse reconhecimento produz uma radical mudança na compreensão do discurso dos *direitos fundamentais*, nomeadamente, a partir da idéia de *limitações ecológicas* dos direitos, de forma que não só a preocupação com o bem-estar do homem figure como preocupação do *núcleo de realização dos direitos*, mas também a preocupação com o *bem-estar de todas as demais formas de vida*.

Nisso consiste o ponto de revisão oriundo da imposição aos sistemas jurídicos de

---

<sup>66</sup> AYALA, Patryck de Araújo. Aspectos principiológicos e normativos para uma disciplina constitucional da propriedade rural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 21, p. 207, jan./mar. 2001. Uma primeira reflexão (de limites mais modestos) sobre o tema pode ser consultada em: AYALA, Patryck de Araújo. A propriedade rural no Estado ambiental: o espaço dos deveres públicos fundamentais. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). *Anais do 4º congresso internacional de direito ambiental, 04 a 07 de junho de 2000*. Agricultura e meio ambiente: homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: IMESP, 2000. p. 327-341.

<sup>67</sup> BOSSELMAN, Klaus. *Human Rights and the environment: redefining fundamental principles?* Paper, Environment Justice. Global Ethics for the 21<sup>st</sup> Century, Melbourne, 1997.

<sup>68</sup> BOSSELMAN, Klaus. Human Rights and the environment: the search for common ground. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 43.

*necessidades ecológicas* que devem ser atendidas no processo de definição e organização das escolhas fundamentais. A *dignidade* da pessoa humana deve *compartilhar* do quadro de valores protegidos, da mesma proteção que se deve conferir ao valor da *dignidade* de todas as demais formas de vida.

Trata-se de uma *busca por novas referências* para os *direitos fundamentais*<sup>70</sup>, em torno de uma proposta de *reconciliação* e harmonização de valores, propondo a ponderação de decisões e opções, a consideração de ambas as classes de valores, porque a todas elas se reconhece o *status de dignidade intrínseca*<sup>71</sup>. É nesse sentido que se sustenta ser possível *falar-se em direitos biodifusos*.

Como se verá adiante, essa integração se dá decisivamente através do *princípio da equidade intergeracional*, modelo diferenciado da regra tradicional do direito, que fundamenta a proteção dos seres vivos futuros (humanos ou não), *impondo obrigações às gerações atuais*.

Nesse modelo, homem e natureza se relacionam em uma dimensão que deixa de ser apenas ética, para adquirir *juridicidade* e, sobretudo, como se demonstrará adiante, *justiciabilidade*<sup>72</sup>.

Ost oferece uma síntese dessa postura conciliatória, afirmando:

[...] também a integração da proteção da natureza no domínio dos interesses humanos futuros (os das gerações futuras) parece-nos uma garantia bem mais efectiva. Então, não se comparará mais o homem e a árvore, mas sim o homem de hoje e o de amanhã, cuja sobrevivência depende igualmente da árvore. Se não se alcançar antecipadamente uma solução, pelo menos a pesagem dos interesses fica mais equilibrada.<sup>73</sup>

Nessa perspectiva, a emergência dos sistemas jurídicos ecológicos mostra ao moderno Direito do ambiente a importância de duas funções para a realização de seus objetivos: a recuperação e revisão do sentido integral do valor da *dignidade* da vida

<sup>70</sup> OST, François. *Écologie et droits de l'homme*. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002. p. 5.

<sup>71</sup> Cf. BOSSELMAN, Klaus. *Human Rights and the environment: the search for common ground*. p. 48-49.

<sup>72</sup> Sobre a referência a um *direito biodifuso de caráter futuro*, cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 22, p. 70, abr./jun. 2001. Conferir também o mesmo trabalho em: A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. *Seqüência*. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, ano XXI, n. 41, p. 123, dez. 2000; A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Agrário*, Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, ano 17, n. 16, p. 111, 2. semestre de 2001.

<sup>73</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 219.

(integração das *necessidades ecológicas* aos sistemas jurídicos), e a *interação* das necessidades ecológicas e humanas, em uma relação de ponderação, onde, em posição de igualdade, todos os valores deverão ser considerados. São as bases do que se pode entender por uma visão de *transdisciplinariedade* do Direito do ambiente, importante fundamento para a justificação de sua posição e para a superação do estado de perplexidade experimentado pela teoria jurídica tradicional<sup>74</sup>.

Portanto, o que se quer afirmar, por ora, não é a *racionalidade* do reconhecimento de direitos atribuídos à natureza, mas a *racionalidade* de uma *posição jurídica de autonomia*, que *justifica a organização de sistemas jurídicos de proteção*.

Esses sistemas jurídicos (ecológicos) reconhecem a *racionalidade da dignificação* do ambiente frente ao conjunto de outros bens ou direitos enumerados nos belos conjuntos arquitetônicos, onde são organizados os *direitos fundamentais*, e essa qualidade (a natureza enquanto natureza) se mostra *suficiente* para justificar a mesma qualidade de proteção e um conteúdo de *essencialidade* nuclear nos textos constitucionais contemporâneos.

O estado de perplexidade experimentado pela teoria constitucional advém do processo de seleção dos valores fundamentais. As escolhas fundamentais são homocentricamente orientadas, como exigência direta de um Estado de direitos fundamentais de origem liberal. Outras, no entanto, são as escolhas e necessidades fundamentais que justificam o modelo de legitimação de um Estado de direito do ambiente.

#### **1.4.2. A Fundamentação dos Direitos Biodifusos no *Estado de Direito Ambiental*: os Direitos Fundamentais Perante o Pluralismo Moral**

Neste momento, o que se faz é recuperar em síntese o conjunto de evidências de modificação da teoria jurídica dos direitos fundamentais e estabelecer um vínculo dogmático de argumentação, que relacione: a) as novas exigências democráticas que são colocadas ao discurso dos direitos, por um *Estado de direito ambiental* e; b) as condições de, primeiro organizar uma teoria jurídica dos novos direitos biodifusos, para, depois, estabelecerem-se as condições específicas de sua concretização. Este enfoque será desenvolvido no segundo capítulo.

O elo de vinculação reside na necessidade da constitucionalização de referências

---

<sup>74</sup> Conferir para análise mais aprofundada sobre a temática da transdisciplinariedade: LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. de: Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p. 35-41; p. 161-190.

plurais de justificação e fundamentação, baseadas em uma constitucionalização do pluralismo moral<sup>75</sup> e em uma abertura dos sistemas jurídicos frente à moral, que na leitura de Alexy, é consequência da própria vigência das *normas jusfundamentais*<sup>76</sup>.

Deve-se permitir que a teoria jurídica lide com interesses e necessidades ecológicas no mesmo grau de hierarquia nos sistemas de justificação moral, como aquela típica posição do racionalismo ocidental, de apropriação da natureza.

A Constituição cumpre aqui a função de mediação e conciliação desses dois conjuntos diferenciados e específicos de racionalidades, com o objetivo de rever e recompor em outros termos a relação originária de equilíbrio, permitindo que o seu centro de equilíbrio se desloque sempre, também, mas em diferentes graus e condições, para o grupo das necessidades ecológicas, atitude dogmática que produz, como consequência, a consagração de *novos padrões de justiça*<sup>77</sup>.

A abertura da Constituição à necessidade de jurisdificação de novas exigências e padrões de justificação e fundamentação moral dos direitos (necessidades ecológicas) é responsável também pela *reorganização reflexiva* da própria *racionalidade decisória ocidental*, localizada no outro grupo de padrões morais, e que participam da estrutura moralmente aberta e plural do conteúdo fundamental da Constituição.

Nessa transformação, o homem de hoje passa a assumir uma posição que o vincula a rever seus modelos de soluções, decisões e de análise de prognoses, substituindo pretensões de acentuado imediatismo e utilitarismo por padrões com dimensões intertemporais e intergeracionais. Importa considerar que o homem *também* precisa observar outros padrões morais e de justiça, que o obrigam a pensar no futuro, até porque se pode reconhecer que sua intervenção tem um vínculo de pertinência especial com o futuro pelo seu grande potencial de determinação não só das condições de existência, como também da própria existência de um futuro: *o homem de hoje é um dos responsáveis pelo próprio futuro*<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Rawls chega mesmo a considerar uma relação de identidade entre o sucesso do constitucionalismo liberal com “[...] a descoberta de uma nova possibilidade social: a possibilidade de uma sociedade pluralista, estável e razoavelmente harmoniosa.” (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 32).

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 525.

<sup>77</sup> Esse aspecto, apenas indiciariamente examinado por ora, será tratado especificamente por ocasião da relação do princípio da proporcionalidade com as ponderações ecológicas.

<sup>78</sup> Essa afirmação possui evidências científicas, conforma estudo publicado em 14 de abril de 2000 no periódico *Nature*, onde se descrevia o elevado potencial ofensivo da espécie humana, que foi descrito na pesquisa, como superior ao de qualquer catástrofe natural, evidência justificada pelo fato de somente a espécie humana ter o poder de provocar a extinção sistemática de ramos completos de espécies, o que não se observa nas catástrofes naturais. Outro aspecto acentuado na pesquisa é que a extinção provocada pelo homem não é aleatória, mas

A constitucionalização de um pluralismo moral e as exigências de mediação de duas dimensões de juridicidade distintas têm, como suposto já indicado, a rejeição por modelos de justificação moral universais, unitários e que estabelecem relações de hierarquia absoluta, privilégios ou posições de antecedência, em face dos outros sistemas morais.

Esse aspecto é muito importante para a fundamentação das possibilidades, limites e condições de justificação dos novos *direitos biodifusos*.

A rejeição de modelos de *substancialização hierárquica* do conteúdo fundamental da Constituição informa as próprias necessidades e exigências conciliatórias de um Estado democrático de direito, que agora se abre a necessidades moralmente diferenciadas (necessidades ecológicas), que gozam no processo de jurisdificação, de igual valor e hierarquia.

Como observa Jayme, é da essência do reconhecimento do pluralismo como valor básico de uma pretensa pós-modernidade, a *aceitação do não conciliável*, importando considerar que não se tem mera informação cognitiva para o exercício da tolerância, mas uma efetiva aceitação dos opostos e das diferenças, o que se faz na linguagem do Direito, por se dispor de alternativas, possibilidades e opções múltiplas<sup>79</sup>.

O *consenso fundamental* protegido por esse sistema plural de fundamentação constitucional dos novos direitos é um consenso que não pode desconhecer a diversidade, e onde o processo e os procedimentos assumem novas funções desconhecidas do constitucionalismo ocidental de tradição iluminista e de seu modelo democrático de conteúdo representativo.

Esse consenso fundamental é, assim, um consenso democrático e qualificado pela sua diversidade moral, o que lhe permite proteger, simultaneamente, a juridicidade de posições fundamentais de todas as formas de vida, atuais ou futuras.

O procedimento, como acentua Neves, não só auxilia na tarefa da definição desse consenso fundamental, mas também se coloca em posição de precedência, na atividade de

---

possui alvos definidos e, por essa razão, particularmente nociva à biodiversidade. Em outro estudo publicado no mesmo periódico britânico, mas do mês anterior, estimava-se que a recuperação dos efeitos desastrosos da intervenção humana em toda a Terra só poderia se realizada não antes de um período de 10 milhões de anos. A referência completa desses dados pode ser consultada em: FERRONI, Marcelo. Homem se equipara a desastres naturais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 de abril de 2000, Caderno 1, p. 16. Meses depois, relatório elaborado em conjunto pelo WWF e PNUMA (Relatório Planeta Vivo 2000), relatou a incapacidade da Terra em manter o grau de exploração dos recursos naturais que é realizado pela humanidade, advertindo que o planeta já é insuficiente para manter a vida nos níveis exigidos. (ÂNGELO, Cláudio. Predador garante saúde de ecossistemas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 de dezembro de 2001, Caderno Ciência, p. A 18).

<sup>79</sup> JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 88, v. 759, p. 29, jan. 1999.

intermediar o que chama de *dissenso conteudístico*, que é a representação própria dessa pluralidade moral dos conteúdos fundamentais que podem ser compreendidos no consenso<sup>80</sup>.

Pode-se ainda estabelecer um vínculo de relação da proposta de proteção constitucional de modelos jurídicos plurais (ou de pluralismos jurídicos), com o desenvolvimento de novos modelos de teorias críticas adequados ao contexto societal de transição, de modo a contribuir com um projeto de maior envergadura, qual seja o de se estabelecer contornos de uma teoria constitucional que também seja crítica, que no entanto, escapa aos limites deste texto<sup>81</sup>.

Jayme também considera de fundamental importância o aspecto da consideração efetiva da *diferença como valor jurídico*, rejeitando, nesse processo de juridificação do pluralismo, qualquer espécie de relação de hierarquia moral, o que importa, em suas palavras, na “[...] convivência, lado a lado, ao mesmo tempo, dos diferentes, do estrangeiro (das Nebeneinander des Fremden), é a adaptação dos contrapostos.”<sup>82</sup>

Estão lançadas, assim, as bases do pressuposto de fundamentação do novo *consenso ecológico*, que justifica a proteção de novos *direitos biodifusos* e a consideração das necessidades ecológicas, nos processos de juridificação. É constituído de exigências conjugadas de *multiculturalismo* e *pluralismo*.

Nesse contexto de constitucionalização do pluralismo moral, a Constituição encerra um conjunto complexo de opções e escolhas fundamentais bem definidas, que exigem *padrões conciliatórios* e *não hierarquizados* de resolução das tensões entre os diversos valores. Mas isso só é permitido se for considerado, como fez o constituinte brasileiro, que a natureza e as necessidades ecológicas compõem o quadro de valores fundamentais da nova ordem democrática e desse novo modelo de Estado de direito.

Por essa razão, colocam-se perante os demais valores e interesses, em posição de isonomia, rejeitando definitivamente a hierarquização entre eles, o que demonstra uma acentuada abertura do texto constitucional a novos modelos éticos de justificação de direitos e obrigações, indicando, sobretudo, o caminho para *novos modelos de solidariedade*.

---

<sup>80</sup> NEVES, Marcelo. *Luhman, Habermas e o Estado de Direito*. p. 95.

<sup>81</sup> Cf. amplamente a matéria em: SOUSA SANTOS, Boaventura de. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? *Revista Crítica de Ciência Sociais*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 54, p. 206, jun. 1999.

<sup>82</sup> JAYME, Erik. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. p. 30.

### 1.4.2.1. De éticas ecológicas

A organização de sistemas éticos que se relacionam com dados ecológicos, em processos de formação, poderiam ser tratados como verdadeiras espécies de éticas ecológicas, não é circunstância estranha à investigação dos cientistas sociais, bem como também não possui os atributos necessários para revelá-lo como um inédito e autêntico *problema cognitivo*, não só para as ciências sociais de forma aberta, mas também para o Direito, no enfrentamento das questões relacionadas às tensões advindas do conteúdo de suas relações com a natureza.

Uma *leitura multicultural dos direitos humanos*, a partir do uso de uma *hermenêutica diatópica*<sup>83</sup>, como proposta por Sousa Santos (quadro onde se pretende atualmente localizar os direitos relacionados ao ambiente), tem condições de revelar os contrastes e o profundo abismo (neste que nunca se revelou um autêntico diálogo ou relação comunicacional) entre as perspectivas ocidental-liberal do reconhecimento de direitos e as perspectivas valorativas identificadas na tradição oriental. Tal fato revela que a inserção do elemento coletivo sempre foi timidamente protegido na tradição ocidental, merecendo pouca ou nenhuma atenção nos processos de constituição dos modelos de relação jurídica e de formulação de seu conteúdo, tendo prevalecido a orientação severamente individualista.

O *dharma* da cultura hindu e a *umma* da cultura islâmica são exemplos que bem denotam, ao contrário, uma cultura que privilegia relações de maior integridade e visibilidade da coexistência dos elementos de coletivização e individualização, ao mesmo tempo em que permite a elaboração de uma perspectiva de integralidade da compreensão dos fenômenos.

Explica Santos, v.g., que, respeitadas as críticas possíveis, o *dharma*, no entanto, não se ocupa de identificar determinado direito ou determinada posição que possui o indivíduo perante as coletividades, a sociedade ou o próprio Estado, mas centraliza a idéia de avaliação das ações perante o valor de correção ou adequação, tendo em vista a compreensão total da realidade, permitindo avaliar simplesmente, se determinada ação ou comportamento têm condições de *coexistir*, nesse quadro complexo e diversificado de relações<sup>84</sup>.

Uma primeira síntese das posições éticas relacionadas à ecologia, é elaborada por

---

<sup>83</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Do mesmo autor e no mesmo sentido, cf.: A queda do *Angelus Novus*: para além da equação moderna entre raízes e opções. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 45, p. 27, maio 1996.

<sup>84</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. p. 25.

Bellver Cappella reunindo-as em dois grandes grupos, caracterizando o *biocentrismo* e o *antropocentrismo*, este último, emergente notadamente, a partir do desenvolvimento das revoluções industriais, revelando-se como autêntica postura de representação da modernidade<sup>85</sup>.

O professor espanhol indica, no *biocentrismo*, uma clara tendência de formulação de juízos de reconhecimento e proteção de uma *posição de autonomia do patrimônio natural*, importando o reconhecimento de um verdadeiro *status de dignidade intrínseca à natureza*, que condiciona a imposição de comportamentos de prudência do elemento humano inserido na comunidade biótica<sup>86</sup>.

É o que também identifica Eduardo Viola, ao examinar as causas das modificações das práticas sociais dos movimentos ambientalistas, que produziram, por conseqüências, modificações também nos comportamentos de intervenção do homem, nas relações com a natureza<sup>87</sup>.

Admitindo a falência dos esquemas civilizatórios, oriundos dos processos capitalistas de produção, na equalização dos problemas relacionados à proteção do valor “qualidade de vida”, a humanidade teve, pela primeira vez, razões para uma reflexão primária sobre a razoabilidade de suas práticas e comportamentos, mediante o “[...] acesso a uma verdade básica: a natureza é finita e o uso errado da biosfera ameaça, em última instância, a própria existência humana.”<sup>88</sup>

Nessa primeira evidência de deficiência e agressividade do desenvolvimento do processo civilizatório capitalista, destaca-se uma direção de contenção que revela uma origem egoística e ainda orientada nos padrões cartesianos de racionalidade científica, recuperando ainda o homem como centro de definição do conteúdo dessas relações.

Essa irrazoabilidade e desproporcionalidade da razão civilizatória, em face de uma potencial pretensão de dignificação da natureza, é associada por Serres na relação de identidade com uma noção ampla e aberta de *poluição*, que reflete, a um só tempo, a agressividade da racionalidade ocidental perante os valores naturais e, sobretudo, a incompletude cognitiva e a imperfeição dos esquemas de regulação jurídica.

Nas belíssimas palavras de Michel Serres, assim se pode compreender esse caótico

---

<sup>85</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de los razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994. p. 134.

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> VIOLA, Eduardo; OLIVIERI, Alejandro. *Globalização, sustentabilidade e governabilidade democrática no Brasil*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; CASTRO, Marcos Faro de (Orgs.). *A sociedade democrática no final do século*. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 179-251.

retrato que inspira perplexidades:

Poluição, velha palavra sagrada, que significava mácula e profanação, insulto, violação e desonra, serve-nos agora para designar a ruptura dessa equipolência. Como é que as paisagens divinas, a montanha sagrada e o mar, com o sorriso inominável dos deuses, puderam transformar-se em campos de estrume ou abomináveis receptáculos de cadáveres? Com a dispersão da imundície material e sensorial, encobrimos ou apagamos a beleza do mundo e reduzimos a luxuosa proliferação das suas multiplicidades à unicidade desértica e solar das nossas leis.<sup>89</sup>

Na mesma direção, também procuram observar Viola e Olivieri, reconhecendo a necessidade da emergência de uma

[...] compreensão diferente no que diz respeito à posição do homem na biosfera. Enquanto que para a ‘percepção tradicional’ o homem tem um domínio ilimitado sobre a natureza — percebida também como ilimitada — a ‘nova percepção’ emergente tem uma visão mais realista do lugar da espécie humana na biosfera, expressão de um ponto de inflexão civilizatória, que tem se identificado com uma ‘Segunda revolução copernicana’ ou com uma nova ‘hominização’. Se a primeira deslocou a Terra do centro do universo, a que está emergindo, e na qual começamos a viver, tira a Humanidade do centro da biosfera.<sup>90</sup>

Mostra-se importante essa compreensão da modificação dos valores fundamentais no desenvolvimento civilizatório, procurando recuperar ou posicionar adequadamente a natureza em sua condição de centralidade, principalmente porque, como observa Serres, pode-se, sem esse esforço, reproduzir, sem que se perceba, a organização cartesiana de violação da natureza, que se expressa até mesmo semanticamente, na palavra ambiente, que pressupõe — como explica — que é realmente “[...] o homem que está no centro de um sistema de coisas que gravitam à nossa volta, umbigos do universo, donos e possuidores da natureza.”<sup>91</sup>

Continua o filósofo francês, explicitando o que considera ser a verdadeira ordem de centralidade dessa relação:

Isso lembra uma época passada, em que a Terra (como se pode imaginar que ela nos representava:?) colocada no centro do mundo reflectia o nosso narcisismo, esse humanismo que nos promove no meio das coisas ou no seu excelente acabamento. Não. A Terra existiu sem os nossos inimagináveis antepassados, poderia muito bem existir hoje sem nós e existirá

<sup>88</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>89</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 45.

<sup>90</sup> VIOLA, Eduardo; OLIVIERI, Alejandro. *Globalização, sustentabilidade e governabilidade democrática no Brasil*. p. 218.

<sup>91</sup> SERRES, Michel. Op. cit., p. 58.

amanhã ou ainda mais tarde, sem nenhum dos nossos possíveis descendentes, mas nós não poderemos existir sem ela. Por isso, é necessário colocar bem as coisas no centro e nós nas sua periferia, ou, melhor ainda, elas por toda a parte, e nós no seu seio, como parasitas.<sup>92</sup>

Essa recente modificação do paradigma de compreensão das relações antrópicas encontra-se reproduzida particularmente nas posturas éticas reunidas em torno da proposta biocêntrica, onde se destacam a ética da Terra (*Land ethic*) e a ética que reconhece um valor intrínseco do objeto natural. Nestas, verifica-se a descrição da vinculação de comportamentos no sentido de preservar a *estabilidade*, a *integridade* e a beleza da comunidade biótica como critérios determinantes na organização de um conceito de justo.

Esses aspectos também estão presentes nas manifestações mais moderadas da postura antropocêntrica, tendo como fundamento argumentativo um conteúdo egoístico, que funda a necessidade de mudança comportamental no reconhecimento da falência da capacidade originária da biosfera em satisfazer as necessidades humanas, ou ainda, na postura reservada à tradição judaico-cristã, que concebe tais relações como relações de tutela (*stewardship*), advindas do dever atribuído pelo mandado divino de cuidar da Terra<sup>93</sup>.

Nesse novo momento, em que emerge uma nova natureza — que não só é global, mas que também reage globalmente aos problemas locais — o atual processo de escolhas atribuído à civilização apresenta unicamente dois caminhos possíveis: ou a destruição, ou a simbiose; ou se inicia urgentemente a valorização jurídica de necessidades ecológicas, ou se reproduz o egoísmo que condenou a natureza a processos históricos e sistemáticos de degradação<sup>94</sup>.

No entanto, é no desenvolvimento das posturas biocêntricas que podem ser identificados melhores fundamentos que poderão contribuir para a organização de uma proposta adequada de *ética ecológica*, razão pela qual se passa a descrever, agora, algumas de suas principais manifestações.

Para Michel Serres, a necessidade de modificação da fundamentação dos padrões éticos é, antes de tudo, *resultado necessário* da modificação da forma como nos relacionamos com o tempo, recorrendo, para ilustrar sua hipótese, a uma imagem bipolar do tempo — o *tempo que passa e corre* e o *tempo que faz*<sup>95</sup> — e a uma imagem alegórica onde se contrastam

---

<sup>92</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 58.

<sup>93</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de los razones a los derechos*. p. 134-135.

<sup>94</sup> Cf. SERRES, Michel. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 49. Essa diferenciação possui conseqüências importantes na modificação dos processos de concretização dos novos direitos, onde deve ser considerada a específica forma de desenvolvimento, do tempo da

a figura do marinheiro e a do camponês, com a do homem moderno.

Aqueles que vivem na primeira forma e tempo, são os representantes de uma ética utilitária, acentuadamente antropocêntrica e que exclui a natureza de consideração moral, enquanto aqueles que orientam suas ações a partir da segunda perspectiva temporal, precisam considerar um estado de dignidade da natureza.

O homem moderno é representante do primeiro grupo e, ao contrário do camponês e do marinheiro, que possuíam íntima ligação e dependência com a natureza — o que permitia que ela fosse considerada como fator de orientação de suas escolhas, opções e decisões — esquecem-se de uma imagem da natureza que se vinga e reage, menosprezam-na tragicamente e pouca importância atribuem ao mundo e ao ambiente, “[...] excepto durante as suas férias, em que redescobrem, de forma arcádica e estúpida, o mundo, poluem ingenuamente aquilo que não conhecem, que raramente os atinge e nunca lhes diz respeito.”<sup>96</sup>

Capella explica a partir de Leopold, que uma ética no sentido ecológico, é uma limitação à liberdade de ação, cujo conteúdo é justificado pela luta pela existência. É compreendida como expressão de instintos de comunidade, orientando as ações a partir da maximização do bem-estar no interior de uma espécie de sociedade ou *comunidade biótica*, objetivando desenvolver um modelo de relação universal, baseado na santidade de qualquer forma de vida, em que se torna impossível a diferenciação hierárquica da importância ou relevância funcional de determinadas formas de vida<sup>97</sup>.

Tentando sintetizar os contornos do que poderia ser compreendido como um comportamento humano ecologicamente ético, observa Capella: “Um homem só é ético quando a vida, como tal, é sagrada para ele (as plantas e os animais, como companheiros dos homens), e quando ele se mostra disposto a colaborar com qualquer forma de vida que necessite de ajuda.”<sup>98</sup>

Outra postura que merece destaque no quadro das espécies de éticas ecológicas de natureza biocêntrica, pode ser identificada na ecologia profunda (*deep ecology*), que encontra suas origens, em 1972, na proposta do ecologista norueguês Arne Ness, e prima pela proteção da norma de *manutenção do equilíbrio* da comunidade biótica<sup>99</sup>.

A constituição de uma verdadeira ética ecológica não reconhecera uma *ilicitude*

natureza, a ser discutida no segundo capítulo.

<sup>96</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 51.

<sup>97</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de los razones a los derechos*. p. 136.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 136-137.

*intrínseca* do comportamento não razoável em face dos seres não humanos. Uma ética ecológica parte do pressuposto que o fundamental é evitar que essa irrazoabilidade se reproduza entre os semelhantes, sendo uma ética autenticamente *solidária*.

Dessa forma, o ilícito dirigido ao ambiente estaria relacionado com a violação de um mandado genérico de proibição de comportamentos desproporcionais e não-razoáveis, onde nada pode ser destruído de forma gratuita.

Mesmo o *hedonismo* (culto ao prazer) pressupõe que uma ação somente é correta quando não haja alternativas de balanceamento entre o sofrimento e as possibilidades de prazer no conjunto dos afetado pela ação.

O aspecto mais importante parece residir no reconhecimento do valor da proteção do ambiente a partir da afirmação de sua dimensão cultural. Dessa forma, justifica-se a proteção do ambiente porque ele também encerraria e simbolizaria certos valores da própria cultura.

Mas talvez a melhor lição, que permitiria demonstrar com maior fidelidade o conteúdo integral do valor da *solidariedade*, resida também na sua caracterização na qualidade de atributo definidor do próprio conceito de *humanidade*. Nessa direção, merece ser enfatizada a postura de Hans Jonas, aqui reproduzida por Habërle, quase que na forma de uma mensagem messiânica: “Trabalha de tal modo que as conseqüências de sua ação resultam compatíveis com uma futura existência humanamente digna, isto é, com o direito da humanidade a sobreviver sem limite no tempo.”<sup>100</sup>

Deve ser proposta uma nova ética ecológica que se mantenha em constante comunicação com o domínio normativo. Deve ser uma ética que se ocupe do reconhecimento de novas relações entre o sujeito humano e o ambiente, atribuindo ao último, posição de dignidade autônoma, e que oriente os deveres de prudência e de proteção imputados ao homem, no sentido de garantir as condições de desenvolvimento de um novo direito, que já pode ser abstraído até mesmo do atual quadro normativo.

Trata-se da proteção de um direito à existência digna, que deve ser compreendido como um direito a exigir *imposições vinculantes* de promoção concreta de uma existência digna *não submetida a termo*, de modo que já se pode perceber neste momento, que as condições de sua proteção, dependem necessariamente de restrições e limitações à própria liberdade da humanidade, hoje.

---

<sup>99</sup> Cf. UNGER, Nancy Mangabeira. *O encantamento do humano*. Ecologia e espiritualidade. São Paulo: Loyola, 1991. p. 71.

<sup>100</sup> HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como história, actualiad y futuro del Estado constitucional. Trad. de: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Trotta, 1998. p. 91.

Por isso, a questão que hoje relaciona ética e Direito é: como controlar nosso controle sobre a natureza?<sup>101</sup>

Para tanto, propõe-se como alternativa ética, a ser considerada pelo direito, que não é só o ambiente o verdadeiro *outro* que se integra como problema de investigação ao direito ambiental.

É o ambiente, o homem e todos os seres vivos, integrados, em constante relação, em uma perspectiva que não se adstringe apenas ao domínio dos interesses, pretensões e preocupações humanas, atuais e presentes. Nessa perspectiva de integração, todos os valores passam a ocupar a posição ética do *outro*, passando também a merecer atenção de novas propostas de abordagem, advindas do novo Direito ambiental que se pretende construir<sup>102</sup>.

Canotilho bem expressa as dificuldades que pairam sobre a compreensão (e aceitação) pela comunidade jurídica, de uma proposta de relacionamento dinâmico entre a humanidade e a natureza, quando adverte que:

O direito deveria, de acordo com as suas posses, assumir a responsabilidade pela defesa da vida na terra — e não apenas do homem. Para os fundamentalistas ecológicos seria de olhar com desconfiança para os juristas, mesmo para os juristas com alguma consciência ecológica. Estes não conseguem abandonar, não obstante as suas juras ambientais, o mito de Adão fora do paraíso. Os perigos estariam à vista: quando os juristas se interessam pelo ambiente, deveremos estar sempre de vigília, pois existirá sempre o risco de, em vez de se conseguir a ecologização do direito, se terminar encapuçadamente na juridicização da ecologia. Daí as propostas e desafios fractais das correntes ecológica-quimicamente puras: só uma visão ecocêntrica — a defesa da vida, a salvação do planeta terra — constituirá um ponto de partida satisfatório para um direito do ambiente ecologicamente amigo. Os desafios aí estão: para quando um sistema jurídico reconhecedor de direitos fundamentais da natureza? Enquanto não se consagrarem, em termos jurídicos, direitos dos animais e direitos das plantas — direitos dos seres vivos ao lado dos direitos do homem, os ecologistas continuam a olhar para o direito do ambiente como a expressão mais refinada da razão cínica.<sup>103</sup>

Desenvolvendo essa nova proposta conciliatória, vale observar que não se pode desconsiderar a necessidade de se ponderar, o que Morin chama de um *mínimo de antropocentrismo vital*<sup>104</sup>, que bloqueia pretensões de retorno a um eufórico estado bucólico

<sup>101</sup> OST, François. *The philosophical foundation of environmental law: an excursion beyond Descartes*. Law, technology and the environment: a challenge to the great dichotomies in western rationality. p. 2.

<sup>102</sup> Cf. LEIS, Hector Ricardo. *O labirinto: ensaios sobre ambientalismo e globalização*. Blumenau: FURB; São Paulo: Gaia, 1996. p. 31.

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito do ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas. *Revista de Direito do Ambiente e de Ordenamento do Território*, n. 1, Coimbra: APD, p. 98, set. 1995.

<sup>104</sup> MORIN, Edgar. *El metodo*. La vida de la vida. Trad. de: Ana Sánchez. Madrid: Cátedra, 1998. p. 496.

de contemplação da natureza (que pouca racionalidade possui para a justificação de sistemas jurídicos de proteção) e reordena o complexo de valores para o objetivo de *proteção da vida*.

Ensina Morin que o que se objetiva não é só estabelecer uma relação de interação entre as posturas de encontro *com a natureza*, e de superação *da natureza*, mas também estabelecer uma relação ainda mais importante, que é aquela que impõe obediência à vida, simultaneamente à necessidade de se guiá-la. É o esquema de organização de um novo modelo ético: *a antro-po-bio-ética*<sup>105</sup>.

Isso porque uma bio-ética é inseparável de uma antro-po-ética, já que o que está a serviço da vida, também está a serviço de *nossas vidas*<sup>106</sup>, sendo então, o que se protege, um novíssimo *direito à existência*.

Deve-se enfatizar nessa nova composição ética, o reconhecimento de que a comunidade moral é não apenas substancialmente ampliada no espaço, recebendo novos atores (não sujeitos), sob a direção de uma nova compreensão sobre as relações, mas sobretudo modificada a partir da admissão de que *todos os homens são iguais também no tempo*.

O *direito à existência* (vida) é, notadamente, espécie de direito cuja compreensão de seu conteúdo integral não se pode esgotar em um termo *determinado* ou de *possível determinação*.

Hoje soam a este novo Direito ambiental, cada vez mais, com impressionante atualidade, as palavras do chefe Seattle<sup>107</sup>, que nunca poderia imaginar a posição de destaque que aquelas assumiriam no contexto dos problemas éticos e ecológicos, impondo-se hoje, como vozes que pretendem se fazer ouvir, no auditório tradicionalmente fechado dos sistemas jurídicos.

São vozes, que hoje compõem o auditório antes silencioso, indicando os caminhos de uma nova proposta conciliatória de ética ecológica, que é qualificada sobretudo pelos atributos da *solidariedade* e da *inclusividade*, e que relaciona atores antes dissociados, em dimensões que transcendiam apenas o espaço, fazendo incluir agora também o tempo.

<sup>105</sup> MORIN, Edgar. *El metodo*. La vida de la vida. p. 496.

<sup>106</sup> Idem. Nesse modelo, o conteúdo de proteção do direito à vida importa proteger primeiro a vida, e não as *nossas vidas*, que redundam no egoísmo. É a chave do que se tratará adiante com um direito à vida segura.

<sup>107</sup> Capella atribui a frase como originária de um conhecido provérbio queniano, quando, com frequência, são reconhecidas como de autoria do sábio chefe. São estas as suas palavras: "Nós não herdamos a terra dos nossos pais, nós a tomamos emprestadas dos nossos filhos". (CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de los razones a los derechos*. p. 149). Uma referência a essa passagem também pode ser identificada em: LEOPOLD, Aldo. LEOPOLD, Aldo. *The Land Ethic*. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996; OST, François. *Écologie et*

O modelo de uma ética ecológica para as sociedades complexas revela, portanto, a emergência de dois importantes valores: a *solidariedade* e a *dignidade*, que em síntese, significam uma só coisa, o *respeito*.

Mas pensa-se aqui que a ética ecológica de alteridade — que é uma ética solidária e inclusiva — não se revela como uma ética de relações isonômicas para com o outro, na configuração aqui apresentada.

Sachs refere-se, avaliando um de seus elementos, a solidariedade, à existência do que chama de um *duplo imperativo ético*<sup>108</sup>. O pesquisador descreve uma solidariedade que é, ao mesmo tempo, *sincrônica* e *diacrônica*, perante as gerações atuais e futuras, respectivamente, ao mesmo tempo em que parece identificar o elemento da inclusividade, reconhecendo um terceiro imperativo ético, consubstanciado no *respeito pela inviolabilidade da natureza*. É o ambiente definitivamente reconduzido à posição de outro nas relações éticas<sup>109</sup>.

Ressalta-se aqui que, na organização de uma ética ecológica de alteridade, protege-se não o homem — sujeito privilegiado no modelo ético-racionalista cartesiano — mas a humanidade, postura que possui melhores condições instrumentais para o desenvolvimento e para a concretização do valor da *solidariedade*.

É o que procura enfatizar Vieira, quando propõe, a partir de Morin, que, como forma de comportamento ético alternativo, deveríamos buscar ações “[...] capazes de nos aproximar gradualmente do ideal regulativo de civilizar e solidarizar a Terra, transformando a espécie humana em verdadeira humanidade.”<sup>110</sup>

Nesses termos, uma proposta que melhor parece atender a necessidade de revisão dos sistemas jurídicos de regulação, de modo a permitir uma comunicação mais próxima com as necessidades ecológicas, e a partir de integração de dimensões éticas ao discurso jurídico dos direitos, é aquela elaborada por Michel Serres, na forma de um novo contrato, um *contrato natural*<sup>111</sup>, que precisa *conter a violência* gerada pela razão humana e que atinge a natureza na

**droits de l’homme**. p. 8.

<sup>108</sup> SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. p. 67. Sobre a *solidariedade diacrônica*, consultar do mesmo autor: **Desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBAMA, 1996. p. 8.

<sup>109</sup> Para uma substancial análise da questão da inclusividade do ambiente nas relações éticas, no quadro das éticas ecológicas, parece fundamental a consulta de: LEIS, Hector Ricardo. LEIS, Hector Ricardo. **O labirinto: ensaios sobre ambientalismo e globalização**. p. 113-142). Ost também se refere à afirmação de um sentido diacrônico da solidariedade em: OST, François. **Le temps, quatrième dimension des droits de l’homme**. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002. p. 9.

<sup>110</sup> VIEIRA, Paulo Freire. VIEIRA, Paulo Freire. Apresentação. In: LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Trad. de: Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p. 14.

<sup>111</sup> SERRES, Michel. **O contrato natural**. p. 47-82.

forma de violação e profanação.

Em sua proposta, isso seria feito através da *recuperação da paz*, mas atribuindo-lhe um novo sentido, de modo que a paz, como objetivo, passasse a exigir a instituição de novas bases de negociação, um novo contrato.

Nesse contrato, a paz é valor instrumental, colocado como alternativa que proíbe a violência, examinada a partir da perspectiva da degradação do ambiente e da reprodução sistemática da crise ecológica.

A racionalidade humana geradora de violência deve ser substituída por uma nova razão, uma razão para essa paz, que supõe agora, o posicionamento da questão ecológica na centralidade do pacto, buscando não um consenso social, mas um verdadeiro consenso ecológico, que possa se consolidar ao lado da clássica idéia de humanidade presente na *pax perpetua* dos romanos.

Nas palavras de Serres, “[...] o próprio mundo assinou em conjunto com a sua assembléia, mesmo conflituosa, um contrato natural, oferecendo a razão para a paz e ao mesmo tempo para a transcendência procurada.”<sup>112</sup>

Mas esse consenso é diferenciado e coloca outras exigências éticas ao mundo e à humanidade, baseadas em um novo tipo de solidariedade e um novo tipo de alteridade.

Ao lado de uma ética de cuidado e de responsabilidade perante o próximo, Kaufmann argumenta que precisamos de uma outra ética para muitas gerações, de uma ética de amor não só ao próximo, mas principalmente, àquele que está distante<sup>113</sup>.

Necessidades diferenciadas privilegiam a organização de um modelo particular de ética, apropriado para nossa civilização técnica, onde é enfatizado o desenvolvimento de um sentido de responsabilidade perante os homens e perante o mundo<sup>114</sup>. Necessidades ecológicas passam, assim, a ser integradas definitivamente no contexto pluralizado de busca de novas referências, oferecendo um aspecto a ser necessariamente integrado no processo de seleção das opções jurídicas fundamentais, que caracteriza a emergência de novos consensos a serem protegidos mediante uma revisão da teoria dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, novos consensos teriam de ser necessariamente protegidos na forma dos direitos fundamentais, que assumiriam a qualidade de *direitos biodifusos*, autênticos *novos direitos* de uma sociedade complexa e, principalmente, de uma sociedade

---

<sup>112</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 46.

<sup>113</sup> KAUFMANN, Artur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Trad. de: Luis Vilar Borda. 2. ed. Colombia: Temis, 1998. p. 89-90.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 72-74.

que ainda enfrenta com dificuldades e *défices*, a particular severidade de riscos ecológicos, contextualizados a partir de um exigente modelo democrático, que exige soluções conciliatórias.

#### **1.4.3. Condições de Fundamentação e Possibilidades de Organização para os Direitos Biodifusos**

Chega a hora de serem apresentados os argumentos que poderiam não apenas explicar o porquê da necessidade de considerar imperativos ecológicos na teoria constitucional, como também, justificar a razão pela qual os direitos fundamentais têm que considerar valores ecológicos no processo de seleção dos conteúdos fundamentais.

Cumpra agora justificar se a necessidade de sua consideração existe de fato, porque existe e, reconhecida sua existência, explicar porque tem que fazer parte do desenvolvimento da teoria constitucional contemporânea.

A resposta a essas questões exige que, a partir de agora, seja firmado um compromisso dogmático de *reflexividade*, que permita desconstruir conceitos, noções e impressões até então utilizadas com grande serenidade e segurança — especialmente pelos operadores do direito do ambiente, e também pelo direito constitucional — na atividade de jurisdificação dos elementos e aspectos próprios e particulares dos sistemas ecológicos, e na definição de seus objetivos jurídicos de proteção.

O exemplo mais claro dessa afirmação, e que constitui o centro da investigação neste momento, pode ser verificado na referência cognitiva utilizada pelo texto constitucional brasileiro, ao prescrever, no *caput* de seu art. 225, a existência de um direito a um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*<sup>115</sup>.

O equilíbrio dos sistemas ecológicos é apropriado pela Constituição e indicado como objetivo a ser atingido, assim como também é eleito como referência cognitiva, e padrão de jurisdificação das necessidades. Mas há, de fato, um equilíbrio nos sistemas ecológicos? Está correta a referência ecológica utilizada pelo constituinte brasileiro?

Essas questões precisam ser deslocadas da zona de silêncio em que estiveram localizadas até então, para ocupar uma posição na centralidade dos problemas fundamentais

---

<sup>115</sup> No texto constitucional (art. 225, *caput*), assim se encontra a referência: “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.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 6. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 102).

para a estruturação de condições de fundamentação adequada dos novos direitos.

Para isso, é necessário que se desenvolva um processo radical e profundo de fidelidade na relação estabelecida entre o direito (especialmente a Constituição) e os sistemas ecológicos.

Da forma como os sistemas ecológicos encontram-se retratados hoje na Constituição brasileira, há profundas deficiências cognitivas. O texto constitucional parece retratar uma realidade que é absolutamente desconhecida dos sistemas ecológicos e do desenvolvimento das bases estruturais da nova Ecologia como disciplina, mas continua a ser utilizada pelo Direito como padrão cognitivo de verdade e justiça, circunstância que prejudica seriamente todas as pretensões de eficácia real dos sistemas jurídicos de proteção da biodiversidade e das futuras gerações.

São os limites (medida) desse equilíbrio e as condições de sua observação nos sistemas ecológicos, que são colocados hoje como aspectos essenciais para a tarefa de organização das condições de justificação e principalmente, de definição de direitos fundamentais de conteúdo ecológico<sup>116</sup>.

A hipótese de trabalho baseia-se na afirmação de que o pretense equilíbrio dos sistemas ecológicos não é um dado que reflete com fidelidade a real qualidade das interações e relações desenvolvidas em seu interior, que, ao contrário de justificar noções de auto-regulação, balanço e equilíbrio da natureza, estão muito mais próximas de comportamentos próprios de mudança, transformações e desequilíbrios<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Nesse contexto localiza-se com perfeição o problema de se determinar quando uma norma jurídica é ambiental, amoldando-se com extrema propriedade ao específico problema de referência constitucional do texto brasileiro (equilíbrio ecológico), a posição de Serrano, que assim organiza a temática: “[...] são normas de relevância ambiental aquelas que se selecionam a partir de um caso jurídico ambiental, e um caso jurídico é ambiental quando pelo menos um dos interesses concorrentes corresponde em linhas gerais ao interesse ambiental.” (SERRANO, José Luis. *Concepto, formación y autonomía del Derecho Ambiental*. In: VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 38).

<sup>117</sup> A discussão pode ser muito bem retratada e iniciada a partir da postura de Lovelock, em sua famosa teoria Gaia, onde considera — baseando-se em experiências científicas realizadas com o equilíbrio de compostos químicos na atmosfera — que os sistemas vitais e o ambiente são informados por uma auto-regulação dos estados vitais, que conseguiriam sempre atingir os estados mais adequados e confortáveis para todos os organismos vivos. No entanto, esclarece Lovelock, que não se sabe se de fato a hipótese Gaia do equilíbrio está certo ou errada, mas que lhe parece uma forma adequada de observar a Terra, diante das experiências realizadas com o equilíbrio químico da atmosfera. Cf. para tanto: LOVELOCK, James. *The evolving Gaia Theory*. Paper, Tokyo, United Nations University. Disponível em: <http://www.un.org>. Acesso em: 21 de setembro de 2001. Essa imagem de auto-regulação é referida por Daniel Botkin na forma da metáfora da casa confortável, definida pelas necessidades e desejos de uma das espécies, a humana. (Cf. KUHLMANN, Walter. *Making the Law more ecocentric: responding to Leopold and conservation biology*. *Duke Environmental Law & Policy Forum*. Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 143, 1996). No mesmo sentido, Wiener faz referência primeiro a Darwin e depois a Frederick Clement, para quem a mudança já teria ocorrido no passado e não poderia ser percebida hoje (Darwin), ou a progressão só aconteceria até se atingir um ponto de

Nessa hipótese, deve-se ter em mente, previamente, que a iniciativa de reorganização da teoria dos direitos fundamentais exige uma clara compreensão de que seu conteúdo deve permanecer constantemente aberto, uma vez que a exigência de fidelidade jurídica às referências ecológicas coloca também a necessidade do estabelecimento de um vínculo de grande proximidade e estreita dependência entre o Direito e a ciência, nomeadamente, através das ciências biológicas e da ecologia.

Nesse contexto, a ciência tem muito pouco a oferecer àquele (Direito), em termos de certeza e segurança, resultando em uma imagem de direitos fundamentais cujo conteúdo é altamente *instável e potencialmente variável*.

É essa instabilidade que se pretende evidenciar através do desenvolvimento da hipótese de que os sistemas ecológicos e a natureza não se estruturam em termos de equilíbrio.

A hipótese do equilíbrio e as objeções que lhes podem ser feitas, já não são desconhecidas da física e da química na compreensão parcial e específica de dados e realidades sistêmicas da natureza, que preferem substituir a idéia de equilíbrio por um modelo de estabilidade, que, no entanto, não se refere ao imobilismo e a estados de conservação, mas que possuem diversidades e especificidades de diversos graus<sup>118</sup>.

A chave para a transformação está na substituição — tal como já realizada pela física — de modelos de equilíbrio estático, por modelos de *equilíbrio dinâmico*, para a compreensão dos sistemas ecológicos.

Essas são as bases de revisão da compreensão dos sistemas ecológicos que são atualmente propostas pela postura que se convencionou nominar por *nova ecologia*.

Norton explica que a *nova ecologia (new ecology)* contrapõe-se ao que chama de *velha ecologia (old ecology)*, por propor a ênfase à função de mudança, distúrbios e dinamismo, substituindo a constância, a estática e o equilíbrio na descrição dos sistemas ecológicos<sup>119</sup>.

---

equilíbrio (Clement). (WIENER, Johnatan Baert. Beyond the balance of nature. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 8, 1996).

<sup>118</sup> A física quântica, atômica e o estudo da eletrodinâmica, já evidenciaram a impossibilidade de se compreender a natureza (ao menos em seu aspecto físico) através de modelos estáticos. Estes foram substituídos por modelos de estabilidade e equilíbrio que são dinâmicos. Essa afirmação também é realizada por Heisenberg em relação às conseqüências oriundas da física quântica para a compreensão da realidade, e da própria ciência. Nesse sentido, observa que os esquemas de estabilidade organizados pelo físico para descrever em grau de completude um organismo vivo, não raras vezes, são inviáveis para um grau mais acentuado de experimentações que interfiram com as funções biológicas. (HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Trad. de: Jorge Leal Ferreira. 4. ed. Brasília: EdunB, 1999. p. 214-215).

<sup>119</sup> NORTON, Bryan. Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems. **Duke**

Mas, acentua o autor, que a proposição da dinâmica e da transformação na compreensão dos sistemas ecológicos, não importa necessariamente uma radical substituição do referencial do equilíbrio, pelo caos físico ou pela desordem.

O ponto principal que deve ser esclarecido é que se trata de uma *proposta diferenciada de estabilidade e de equilíbrio*. São modelos de *equilíbrio dinâmico* que hoje regem a compreensão dos fenômenos ecológicos.

Capra apresenta o equilíbrio dinâmico como uma espécie de *rede flexível em permanente flutuação*, onde nenhuma das variáveis chega sozinha a um valor máximo, mas todas elas apenas flutuam próximo de seu *valor ótimo*<sup>120</sup>.

Esse dado de instabilidade também é enfatizado por Norton quando salienta que se todas as coisas estão em constante transformação e mudança, nem todas as mudanças realmente se processam na mesma razão<sup>121</sup>. Há, portanto, graus diferenciados, e diversos modelos para se estruturar equilíbrios, mas nenhum deles é estabelecido através da estática.

Norton propõe, na nova ecologia, que se deve dar às transformações e às mudanças, uma *interpretação hierárquica e escalar*<sup>122</sup>.

O novo paradigma na ecologia, como explica Wiener, rejeita a tradicional noção da natureza vinculada a *equilíbrios harmônicos*, e oferece a visão de uma natureza que é rebelde e indócil, em constante e perpétuo movimento e distúrbio<sup>123</sup>.

Essa representação propalada pela *velha ecologia (old ecology)* tem hoje em Botkin um de seus principais opositores, que a ela se refere a partir do *mito do equilíbrio da natureza (myth of the balance of nature)*<sup>124</sup>.

Environmental Law & Policy Forum, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 50, 1996.

<sup>120</sup> CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. Ciência para uma vida sustentável. Trad. de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 239. Com o modelo de redes, Capra pretende compreender os sistemas dos seres vivos, a partir de uma teoria não linear. Demonstração da ruptura desse ponto de equilíbrio foi realizada em experimento na Venezuela, onde determinado ecossistema foi prejudicado pela formação de ilhas, originária da construção de uma barragem no vale do Caroní. Com a eliminação de predadores e vertebrados, foram produzidos desequilíbrios nas populações originárias, de diversas ordens, onde em algumas ilhas, por exemplo, verificou-se expressiva população de iguanas, em outras, de tarântulas ou de saúvas. (ÂNGELO, Cláudio. Predador garante saúde de ecossistemas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 de dezembro de 2001, Caderno Ciência, p. A 18).

<sup>121</sup> NORTON, Bryan. Op. cit., p. 57.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>123</sup> WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 1.

<sup>124</sup> BOTKIN, Daniel B. Adjusting Law to nature's discordant harmonies. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 25-38, 1996. Essa postura, criticada por Botkin, como representativa do que chama de *old ecology*, é reproduzida claramente, por exemplo, no clássico texto de Al Gore. (GORE, Al. *A Terra em balanço*. Ecologia e o espírito humano. Trad. de: Elenice Mazilli, Janice M. Louzada, Lúcia Faria Silva, Yara Nagelschmidt. São Paulo: Augustus, 1993). A crítica a essa posição também é formulada por Morin, ao considerar que não existe uma natureza pura. (MORIN, Edgar. El

As bases desse mito poderiam, segundo o autor, ser sintetizadas a partir de três idéias básicas<sup>125</sup>:

- a) a natureza não perturbada pela influência humana alcança uma permanência de forma e estrutura que se perpetua indefinidamente;
- b) essa condição de permanência é a melhor condição para a natureza: melhor para as outras criaturas, melhor para o ambiente, e melhor para os humanos;
- c) quando esse estado perfeito é perturbado, a natureza é capaz de se recuperar e retornar ao estado anterior.

Infelizmente, como observa Botkin, esse mito não é verdadeiro. Explica que, durante os últimos trinta anos, isso foi demolido como parte da revolução que se operou nas ciências ambientais. Nesse contexto revolucionário, a natureza é caracterizada pela mudança, e não pela estabilidade. A natureza sempre mudou, e as espécies se adaptam a essas mudanças. E se se pretende conservar, administrar e proteger os recursos vivos, então deve-se entender a naturalidade de todo esse processo de modificações e transformações, (e não inverter a realidade), o que exige a *substituição do mito do equilíbrio da natureza*.<sup>126</sup>

Com a rejeição desse modelo de ecologia — baseado em um equilíbrio da natureza — e admitindo-se que a natureza está em constante transformação, tem-se como resultado para a compreensão dessas relações, que os processos são organizados em escala *hierárquica* e *escalar*, onde cada nível reage de forma diferenciada, e é afetado pelos níveis superiores ou inferiores.

Cada nível representa uma dinâmica e um sentido de movimento diferenciado. A *escala* é, portanto, a chave para uma compreensão da natureza que se propõe hierárquica, nesse específico sentido.

Norton observa que, em um mundo hierárquico, não só a *escala temporal*, mas também a *escala espacial*, são fundamentais para a compreensão integral dos sistemas. A natureza, nesse sentido, pode ser melhor compreendida como uma organização de sistemas e subsistemas, com sistemas superiores que se modificam mais lentamente que os subsistemas que os constituem<sup>127</sup>.

Por essa razão, observa, a partir de Daniel Botkin, que *a natureza se modifica e se transforma em todas as escalas*, sendo a estabilidade da natureza uma *ilusão bem*

metodo. *La vida de la vida*. p. 99; p. 114).

<sup>125</sup> BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to nature's discordant harmonies*. p. 26.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>127</sup> NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 56.

*construída*<sup>128</sup>.

Como interpreta Norton, essa mesma perspectiva já podia ser constatada na própria obra de Aldo Leopold quando propunha a idéia da *comunidade biótica* e de uma *ética da Terra*, ao contrário da interpretação que se apresenta com maior freqüência, atribuindo-se-lhe a defesa de um equilíbrio arcadiano, baseado em posições preservacionistas da estabilidade, da integridade dos recursos naturais e dos equilíbrios ecológicos<sup>129</sup>.

Leopold teria, segundo Norton, claramente dito que a natureza é composta de muitos processos dinâmicos, e onde a escala é crucial principalmente para a discussão da mudança e de seus impactos, através de diferentes escalas de tempo e de espaço<sup>130</sup>.

A *ética da Terra* de Aldo Leopold deveria ser compreendida privilegiando a integridade, mas a integridade de sistemas ecológicos que são *multi-escalares*. De acordo com essa visão, os homens tendem a perceber os sistemas ecológicos nas menores escalas, mas geralmente as espécies diferenciadas de impactos do desenvolvimento humano, também afetam os sistemas ecológicos em escalas de tempo mais distantes.

Nesse sentido, destaca-se um vínculo de pertinência muito grande com o enfoque que se atribuirá ao princípio da precaução e sua relação com a idéia da proteção de interesses de futuras gerações e de todas as formas de vida, uma vez que uma boa gestão e administração dos sistemas ecológicos pressupõe, precisamente, que se acrescente como imposição, o acompanhamento não só de impactos breves e imediatos, como também, de impactos que se projetam no tempo e no espaço, produzindo efeitos na organização e na integridade dos sistemas ecológicos, motivando a estruturação de processos de decisão mais democráticos, abertos e bem informados, que se utilizem de padrões de ponderação diferenciados e

<sup>128</sup> NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 56.

<sup>129</sup> Leopold propunha que a ética fosse um elemento capaz de guiar as relações econômicas com a Terra, concebidas a partir de uma imagem mental em que esta (Terra) deveria ser vista como um mecanismo biótico. E, nessa leitura, uma coisa só poderia ser certa quando tendesse a preservar a integridade e a estabilidade da *comunidade biótica*. (LEOPOLD, Aldo. *The Land Ethic*. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996). Deve-se destacar que essa postura preservacionista da natureza fundamentou todo o desenvolvimento teórico dos modelos de criação dos parques nacionais norte-americanos, baseado no objetivo de proteção de uma dimensão da natureza compreendida enquanto estados selvagens e intocáveis, e de intervenção proibida à ação humana. Essa postura preservacionista é atribuída também a Aldo Leopold por grande número de autores na literatura ambiental. Por todos, pode ser citado: DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001. p. 32. Deve ser esclarecido que o autor rejeita essas posturas, por entender que representam a reprodução do mito moderno de uma natureza intocada, selvagem, onde o homem não tem o direito de dominar a natureza, posição típica da ecologia profunda, e que pressupõe a necessidade de se salvar o que restou da natureza selvagem, para condição de sobrevivência da própria humanidade. (Ibidem, p. 53-59).

<sup>130</sup> NORTON, Bryan. Op. cit., p. 58. Essa compreensão escalar dos sistemas ecológicos, mostra-se — como pôde ser observado — fundamental para o desenvolvimento da juridicidade de uma abordagem *transnacional* e *transgeracional* dos novos direitos fundamentais.

especializados.

Norton atribui essa mítica caracterização do desenvolvimento das relações dos sistemas ecológicos, à reprodução de equivocadas imagens de identidade da natureza com os demais organismos vivos, que servem para a fundamentação atual das mais diversas formas e modalidades holísticas e, até mesmo, místicas, utilizadas para a compreensão da natureza e da qualidade das relações que se desenvolvem nos sistemas ecológicos<sup>131</sup>.

Conquanto equivocadas as tendências de consideração holística dos sistemas ecológicos, como organismos, não se pode deixar de ponderar, na nova ecologia, a influência de elementos éticos na consideração dos ecossistemas, baseados na pretensão de se considerar os ecossistemas e os valores naturais, não mais como coisas, mas como possuidores de valor próprio e autônomo. Essa influência da ética ecológica na compreensão dos ecossistemas é apontada hoje, por Norton, como a causa responsável pelo insucesso das teorias organicistas, que não estabeleciam distinções entre as espécies diferenciadas de interesses e valores componentes das complexas relações sistêmicas, já que cada parte contribuiria para a formação de um todo orgânico, e era isso o que importava na leitura organicista<sup>132</sup>.

A obra de Wiener poderá continuar a nos oferecer de forma adequada, um confronto com as principais perspectivas de fundamentação dos paradigmas ecológicos que freqüentemente influenciam o Direito Ambiental, sintetizados em três parâmetros fundamentais: pelo primeiro tem-se a visão da natureza, no segundo, a visão da função do homem na natureza e, pelo último, a função do Estado (Direito) na administração da relação possível entre homem e natureza<sup>133</sup>.

Wiener desenvolve essas perspectivas propondo um interessante quadro — que se reproduz agora — com diversas características que podem ser combinadas, seja para a composição de modelos diferenciados da *velha ecologia (old ecology)*, ou da *nova ecologia (new ecology)*, no que chama de *as quatro faces do Direito ambiental*<sup>134</sup>.

Por esse quadro, poderiam ser combinadas as seguinte faces e parâmetros para a composição dessas relações, onde se deve advertir, inicialmente, que a dimensão temporal que separa cada uma das faces do Direito Ambiental é meramente ilusória<sup>135</sup>:

<sup>131</sup> Cita, por exemplo, Eugene Odum, como representante dessa sedutora, mas equivocada postura. (NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 60).

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 61-62.

<sup>133</sup> WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 3.

<sup>134</sup> *Idem*.

<i>Faces</i>	<i>A. Visão da natureza</i>	<i>B. Visão dos humanos</i>	<i>C. Função do Direito</i>
1.	Estável, vasta, flexível rude; assustadora.	Separados da natureza; moralmente superior à natureza.	Exercer a dominação humana sobre a natureza; explorar.
2.	Estável, em equilíbrio, frágil; selvagem.	Separados da natureza; moralmente superior à natureza.	Começar a exercer administração ou gestão sobre a natureza; conservação.
3.	Estável, em equilíbrio (ausência de interferência humana), frágil; primitiva.	Separados da natureza; moralmente inferior à natureza.	Proteger o equilíbrio da natureza; preservação
4	Dinâmica, em desequilíbrio, interconectada, caótica	Parte da natureza, moralmente incerto	?

Explicando o quadro, na primeira coluna estão indicadas as faces do Direito ambiental, sendo que, na primeira linha, estão os três parâmetros possíveis de observação de cada face: pela natureza, pelo homem e pelo Direito.

Na primeira linha, explica o autor, que se tem a primeira face, uma face pré-ecológica, onde a sociedade exercia, de forma legítima, a dominação sobre a natureza.

Wiener argumenta que esse paradigma mostra-se inadequado, porque acredita que a ação humana não possa causar danos, e considera que a dominação humana é essencialmente benéfica, de modo que não atribui valor algum à vida não-humana<sup>136</sup>.

Na segunda e terceira linhas estão representadas as posturas que poderiam ser atribuídas à *velha ecologia (old ecology)*, com modelos de equilíbrio harmônico da natureza com os distúrbios causados pelas intromissões humanas. E, por fim, na última linha, está bem representada a perspectiva da nova ecologia (*new ecology*)<sup>137</sup>, caracterizada pela natureza em

<sup>135</sup> O quadro original pode ser consultado em: WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 4.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>137</sup> A expressão utilizada até aqui, deve-se a Botkin. Para conferir alguns traços de sua posição, é interessante a consulta de: BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to nature's discordant harmonies*. p. 25-38.

movimento e onde os homens são apenas um entre os muitos organismos dispostos na biosfera.

No modelo de administração da natureza, há um visível acréscimo de diligência sobre as conseqüências dos danos ambientais e uma maior simpatia perante a vida não-humana, mas ainda permanece vinculada à noção de equilíbrio da natureza — dependente de evidências científicas — e como nota Wiener, para aqueles que defendem o respeito ético à vida não-humana, é um pequeno progresso na substituição do feitor de escravos por um modesto jardineiro<sup>138</sup>.

Em sua terceira face, a precariedade está na insuficiência ética, pois se na face que colocava a dominação como padrão de observação da natureza pelo homem, não se atribuía valor algum à vida não-humana, o padrão de observação separatista surge para não atribuir valor algum, desta vez à própria vida humana. Explica Wiener que esse quadro reflete uma grave desfuncionalidade ética (exatamente porque trabalha com hierarquias morais e independência das comunidades morais): enquanto a primeira face enxerga os homens como conquistadores da Terra, a terceira os enxerga como o câncer da Terra<sup>139</sup>.

Desse modo pode-se reconhecer como principal defeito cognitivo — e que atua como obstáculo à organização de novos direitos — o dado de que ambas vêem o homem do lado externo, como intrusos, e não posicionam a vida humana e não-humana como partes da vida na Terra, esta, sim, o valor fundamental a ser protegido e considerado pelos sistemas jurídicos, sendo, também, a referência a que se confere dignidade através de um novo sistema de direitos fundamentais.

Explica Wiener, que o mestre que tudo subjuga e subverte na primeira face, cede espaço para uma espécie de jardineiro, que já possui certas funções de cuidado e diligência perante a natureza, a partir de padrões de administração e gestão da natureza (*stewardship*), modelos que, alerta, parecem ter sido aqueles que maior influência tiveram sobre o direito norte-americano, e se poderia arriscar, até de forma mais ampla, sobre o padrão de Direito Ambiental inscrito em grande parte dos textos constitucionais ocidentais das sociedades contemporâneas, inclusive, o texto brasileiro de 1988<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 10. Salienta Wiener, valendo-se de Nash, que esse paradigma se aproxima de uma espécie de *escravagismo bondoso*, comparando a postura de se considerar a natureza apenas com alguns cuidados extras e uma maior diligência, com a ação de alimentar os bons escravos. (Ibidem, p. 11).

<sup>139</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 7.

Isso pode ser constatado também na própria definição jurídica do que seja poluição<sup>141</sup> — que geralmente está associada à modificação e alteração de equilíbrios, provocada por ações humanas — e na identificação das bases teóricas que justificam todo o sistema de áreas protegidas e de parques naturais, baseado no mito de uma natureza intocada e selvagem, que deve permanecer íntegra, estável e livre das ameaças da intervenção humana, que são compreendidas como violadoras do equilíbrio desses sistemas ecológicos.

Esse conjunto não se mostra, hoje, apto a responder todo complexo de problemas emergentes da *sociedade de risco*.

Isso porque, como bem observa Wiener, o Direito não pode exigir o equilíbrio da flora e fauna, não porque isso seja muito difícil de ser atingido, mas apenas porque o termo equilíbrio não tem sentido algum, já que tudo muda e tudo está em movimento: populações de vários organismos estão perpetuamente em movimento, modificações de paisagens, mudanças climáticas, modificações e trocas de definições de espécies e ecossistemas<sup>142</sup>. Afinal, de que equilíbrio trata o Direito?

O natural, como bem observa Wiener, ao contrário do que pretendem esses exemplos oriundos dos sistemas jurídicos ocidentais — incluindo o brasileiro — não tem referência objetiva, e pode, conforme observado no quadro reproduzido, assumir diversas referências semânticas, desde aquela que a coloca como preciosa, até aquela que a coloca em posição de subvalorização, como primitiva e selvagem, sinônimo de ausência de civilização, sendo assim, também, um produto cultural, associando-se a um complexo de *interações* de diversas ordens de justificação, mas nunca, *apenas* uma referência normativa positiva de descrição da saúde ecológica<sup>143</sup>.

O novo ecologismo trabalha com outras bases de fundamentação do equilíbrio ecológico, enfatizando-se, em um primeiro momento, a idéia de movimento e de mudança, que já consegue lidar melhor com a necessidade de se estimar e calcular a suportabilidade dos

---

<sup>141</sup> Esse exemplo (poluição) é citado por Wiener, mas particularmente no caso da legislação brasileira, o conceito de poluição não se refere à alteração do equilíbrio, compreendendo tão somente afetar desfavoravelmente a biota, condições estéticas ou sanitárias do ambiente, violação de padrões ambientais, degradação da qualidade ambiental, ou prejuízo à saúde, segurança ou bem-estar. Entretanto, pode-se verificar uma grande proximidade dessa perspectiva, quando define o que seja degradação ambiental, que é, de acordo com o inc. II do art. 3º, Lei n. 6.938/81, “[...] a alteração adversa das características do meio ambiente.” Pode-se notar também, na mesma lei, (art. 4º, inc. VI) a presença no conjunto dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, proteger “[...] a manutenção do equilíbrio ecológico necessário à vida.” (BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. MEDAUAR, Odete (Org.). *Coletânea de legislação de direito ambiental e Constituição Federal*. São Paulo, RT, p. 564, 2002).

<sup>142</sup> Cf. WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 11.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 13.

danos e os limites de tolerabilidade, e ordenar a decisão pluralística e democraticamente (problemas de escala, temporal e espacial).

Nesse sentido pode-se inclusive tentar justificar melhor a lesão, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não mais em termos de se aceitar como legítimas certas lesões a direitos fundamentais (natureza como equilíbrio e o dano como rompimento desse equilíbrio), mas como limite insuportável e inaceitável pelos padrões de legitimação democrática, que importa decisões públicas e plurais sobre a determinação desses limites, em um novo modelo de gestão democrática desses riscos, que é, também, uma (não a única) das faces atuais do princípio da precaução<sup>144</sup>.

Possivelmente a quarta face do direito ambiental tenha condições de estabelecer a medida mais adequada do sentido jurídico e constitucional do equilíbrio que efetivamente venha refletir, com fidelidade, como se comportam os sistemas ecológicos.

A natureza não é e nem pode ser compreendida em um sentido estático, e os homens não podem ser posicionados como elementos de distúrbio e perturbação na relação de composição homem/natureza.

A quarta face sugere uma revisão dessas proposições para a consolidação da nova ecologia, admitindo que a natureza está em transformação perpétua, e que o homem faz parte desses processos, afirmações que são básicas para a organização e justificação de direitos biodifusos<sup>145</sup>.

As proposições da nova ecologia acentuam ser a fundamentação dos direitos biodifusos uma questão em íntima conexão com *problemas de decisão e julgamento*.

Ao se colocar o homem como parte da natureza, reconhece-se que as ações humanas e outras ações que afetam o ambiente devem ser julgadas em outras bases, fundadas em *juízos de consequência*, que fundam precisamente a emergência de novas formas jurídicas de *solidariedade*, de *obrigações* e de *responsabilidades* do homem *perante a natureza*.

Entretanto, deve-se advertir que não se pode compreender essa organização autônoma e diferenciada de interesses e valores — que, de um lado, coloca a autonomia dos valores humanos e, de outro, posiciona a natureza como digna de valor e cuja existência é independente da humana — como justificativa de um quadro de *concorrência* entre esses

---

<sup>144</sup> Como se perceberá na análise do princípio da precaução, essa proposta ainda é incompleta e deficiente, porque trabalha, ainda, com um mínimo de exigências científicas.

<sup>145</sup> Adverte-se que dizer que a natureza modifica e que o homem é parte da natureza, não significa que as mudanças feitas pelo homem são sempre boas. São aspectos que serão levados em consideração em processos de julgamento informados pelo princípio da proporcionalidade e por juízos de ponderação, seja em modelos de

valores, que orientaria a realização de pretensos juízos de seletividade e de opções, ora pelos valores humanos, ora pela independência dos valores naturais, vindo a servir a desfuncionalidades indesejadas: *utilitarismos, facismos ecológicos ou ecofacismos*<sup>146</sup>.

A alternativa de correção dessa desfuncionalidade dos resultados — que também podem ser obtidos com a referência a éticas ecológicas — provoca novamente o retorno à idéia dos *sistemas multiescalares*, que exigem a compreensão das especificidades e dos diversos graus de relacionamento entre os sistemas, e *não supõe* uma autonomia absoluta entre valores e sistemas, mas, antes, uma interdependência em variados graus.

Não podem ser sustentadas, nos sistemas ecológicos, posturas de *autonomia absoluta*, ou seu oposto, posturas de completa indiferenciação, como intencionam os modelos *holísticos*.

O que se tem é fundamentalmente um problema de escala, que *conjuga e relaciona* parte e todo, autonomia e independência, em um equilíbrio que é, por essa razão, dinâmico e nunca estático.

Nesses termos, pode-se, inclusive, melhor compreender a proposta de proteção da integridade dos ecossistemas apresentada na *ética da Terra* de Leopold, que em um modelo *multiescalar*, é mais do que uma simples interrelação de partes. Sua proposta precisa ser interpretada exatamente como *integridade de uma abertura*, esclarecendo-se que, por hierarquia, não se entende, aqui, a legitimação de uma relação de conflito ou de seletividade entre as diversas espécies de relações que se desenvolvem nos ecossistemas — e que pretensamente justificaria opções maniqueístas entre a natureza e o homem (não a humanidade) — mas tão somente importa considerar que o comportamento de organismos individuais reage e se adapta aos padrões e processos no nível do sistema: é antes uma relação de interdependência do que privilégio<sup>147</sup>.

Essas considerações oriundas da *nova ecologia* revelam, com toda intensidade, a profunda dessincronia existente entre a linguagem dos juristas e a realidade, através de especificidades próprias das relações que se desenvolvem nos sistemas ecológicos, que não vem sendo compreendidas pelos juristas, como tal, enquanto fenômenos particulares.

---

gestão de riscos, ou por modelos de decisão, a partir da incerteza absoluta.

<sup>146</sup> Essa consequência nefasta da reprodução de juízos de exclusão, potencialmente possíveis com a integração desordenada da dimensão ética nos sistemas ecológicos e jurídico, é comparada por Tom Reagan com as justificativas de legitimação utilizadas pelo Estado nazista, para a supressão das liberdades individuais, em nome do interesse da comunidade. (Cf. NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 62). A expressão ecofacismo foi cunhada por Diegues. (DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. p. 45).

Por essa razão é que se pode afirmar, tomando como exemplo o caso específico do texto constitucional brasileiro, existir um grave *défi*ce de referência cognitiva entre o texto, que objetiva a proteção de equilíbrios ecológicos, e a realidade, que apresenta sistemas ecológicos, onde a idéia de equilíbrio não se identifica com modelos estáticos e imobilizados, negando, principalmente, a mítica imagem do *equilíbrio da natureza* (*balance of nature*).

Esse defeito cognitivo, marcado pelas incompreensões, incertezas e ignorância científica, é muito bem descrito por Tarlock, quando observa que aqueles que não são cientistas, especialmente os juristas, têm uma tendência de emprestar determinadas idéias de outras disciplinas apenas no momento em que ali elas já não têm mais condições de justificar ou fundamentar coisa alguma, circunstância que permite que trate essa ecologia dos não-cientistas, como uma *junk ecology*, uma espécie de *ecologia de segunda mão*<sup>148</sup>.

No entanto, o autor considera que está na reprodução da noção de equilíbrio da natureza — o objeto de crítica, ressalte-se — a justificação da submissão das decisões políticas a duas comunidades diferenciadas: futuras gerações e ecossistemas — ambas sem personalidade legal — e, também, da inclusão de outros dados meta-normativos que passariam a substituir o Direito, como fonte de direitos e obrigações (valores ambientais)<sup>149</sup>.

Tarlock chega mesmo a indicar a falha nas pretensões de se localizar ecossistemas no interior de comunidades morais, porque colocar em igualdade moral, o homem, seres vivos e não vivos, impediria a realização de escolhas racionais<sup>150</sup>.

O próprio Christopher Stone — autor do clássico texto em que defendeu corajosamente a posição teórica de se proteger as sequóias do *Mineral King Valey* — revendo sua posição originária, argumenta que não podem ser reconhecidos direitos absolutos à natureza enquanto tal (*per se*) sem deixar de se considerar e respeitar os impactos humanos do reconhecimento de tais direitos. Stone acredita que nós só poderemos ter o que chama de *considerações morais menores*, baseadas em éticas não-individualistas, e principalmente na subordinação dos desejos humanos à ponderação dos custos (sociais, políticos, econômicos, ecológicos, etc...) que o agir segundo nossos desejos impõe sobre o espaço e o tempo<sup>151</sup>.

Ocorre que, como se demonstrará nos capítulos posteriores — sobretudo com a

<sup>147</sup> NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 64-65.

<sup>148</sup> TARLOCK, A. Dan. *Environmental Law: ethics or science?* *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 198, 1996. Sobre a referência à *junk ecology*: *Ibidem*, p. 210-216.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 210-216.

<sup>150</sup> TARLOCK, A. Dan. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>151</sup> Cf. comentário a destaque de *Earth and Other Ethics*, de Christopher Stone, em: TARLOCK, Dan.

análise do princípio da precaução e da proporcionalidade — não se tem como impossível ou irracional o desenvolvimento de sistemas jurídicos e processos de decisão que contemplem a proteção dessas comunidades despersonalizadas, mesmo que se rejeite a proposta metodológica de equilíbrio da natureza, e se rejeitem, de igual modo, as propostas de moralização hierárquica da natureza.

A compreensão multiescalar e o específico sentido da hierarquia que se estabelecem entre os sistemas ecológicos, já colocou em evidência uma hipótese que se mostra muito importante para a reorganização das relações entre Direito e natureza: a *ausência de relações de superioridade* entre os diversos aspectos envolvidos nos equilíbrios dinâmicos.

A partir desse dado revelador da existência de trocas, mudanças, transformações e movimento nos equilíbrios ecológicos — que ainda é um resultado do estágio atual do conhecimento *científico* sobre as interações dos sistemas ecológicos — podem-se sustentar, da mesma forma, as bases de um novo modelo metódico de consideração dos valores ecológicos presentes nos textos jurídicos, indicando-lhe, tal como imputado por Tarlock aos superados modelos de equilíbrio ecológico, a mesma possibilidade de ordenação de decisões políticas, por aquele conjunto inédito de objetivos: proteção das futuras gerações e dos ecossistemas.

O que se deve fazer, é promover uma dessubstancialização das referências cognitivas, pois essa perspectiva de leitura dos problemas ecológicos, parece, sim, ser a causa de todas as incompreensões.

Reconhecer a dignidade da natureza e da proteção das futuras gerações, como já se afirmou, não importa necessariamente atribuir posições de privilégio ao ambiente e subverter a racionalidade jurídica ocidental, que se equilibra sobre a *dignidade da pessoa humana*.

O que se faz é considerar essa dignidade como aspecto a mais a ser considerado pelo Direito, através de soluções e resultados processualizados e ponderados, onde as respostas não podem nunca ser desenvolvidas a partir de relações de precedência prévias, que são soluções típicas de modelos de sobrevalorização dos dados éticos e morais.

A racionalidade jurídica ocidental é, nesse sentido, adaptada ao novo modelo de relação processual de decisão, que pondera ecologicamente não porque seleciona ou opta pela proteção daquelas novas comunidades, mas apenas porque considera, *além* da dignidade da pessoa humana, agora, *também*, a dignidade autônoma da natureza, que deverá *interagir* processualmente com aquela, em busca do *resultado* que, na hipótese, seja mais *adequado*.

Dessa forma, não se pode concordar no particular com Tarlock, uma vez que a

própria ciência — através da proposição da análise dos sistemas ecológicos por escalas e hierarquia — tem condições de apresentar alternativas que permitem a dignificação de comunidades despersonalizadas e excluídas da racionalidade jurídica ocidental, e que se comunicam também com posturas éticas, sem ceder aos perigosos e autoritários *dirigismos morais*.

Dessa forma, uma alternativa adequada, não pode ser encontrada com autonomia, seja na ciência, seja na ética, ou mesmo na religião<sup>152</sup>. O que se impõe é a processualização da análise dos sistemas ecológicos, tomando, como referencial cognitivo, aquele que, de fato, se tem hoje, como o mais fiel a representar os sistemas ecológicos: uma análise que combina *escala e hierarquia*.

Por todas essas razões, não se pode concordar novamente com Tarlock quando diz que a questão legítima não é de se optar entre um modelo ambiental (ético) e um modelo que privilegia a realização da dignidade humana, mas sim o de se escolher entre ciência e ética<sup>153</sup>.

A questão não é de escolha, simplesmente porque *não há escolha alguma a ser feita*, pelo menos nos termos em que propõe, através de juízos de seleção.

A alternativa nesse ponto é *conciliatória*, o que só se faz por *ponderações* escalares e hierárquicas, de equilíbrio axiológico entre os diversos aspectos particulares dos sistemas.

Se não se pode justificar a possibilidade de uma *Constituição ecológica*, no sentido de um claro *dirigismo moral dos valores ambientais*, e também se reconhece a inadequação da racionalidade jurídica ocidental, em sua incompletude cognitiva guiada pelos interesses humanos, o que se quer é evidenciar, não só a possibilidade, mas também, a justificação de meios conciliatórios de relação e interdependência, de isonomia hierárquica e dignificação de todas as formas de vida. Mas como se observará durante o texto, a questão da determinação do *sentido ecológico* da ponderação *não é uma questão de opção*, mas de *graus de concretização*, o que só se faz, reafirma-se, com ponderações, que *justifiquem relações* (respostas que são, na verdade, autênticas relações, e não pontuais opções), e não *selecionem opções*.

Nem a ciência *ou* a ética, mas *ética e* ciência, compondo padrões diferenciados de ponderação, que refletem, também, graus diferenciados de concretização: mais ciência e

---

<sup>152</sup> Nesse ponto, com razão a observação de Tarlock, quando rejeita a proposta de fundamentação religiosa da proteção do ambiente, como critério substitutivo de todos os outros aspectos relacionados no sistema, já que, como bem observa, continua a apresentar o defeito de consideração exclusiva dos interesses da humanidade. (TARLOCK, Dan. *Environmental Law: ethics or science?* p. 200).

<sup>153</sup> *Idem*.

menos ética, ou mais ética e menos ciência, conforme sejam os supostos fáticos.

Como visto, não é pelo fato de se considerar o reconhecimento de posições de dignidade autônoma, próprias da natureza assim considerada, que se deve, também, afirmar uma independência dos valores naturais em relação aos atributos da comunidade humana.

Tal como Botkin — referido por Tarlock — deve-se reconhecer que nem a dignidade humana, nem a autonomia moral da natureza podem ser eleitas como propostas adequadas para se organizarem as novas bases do ambientalismo<sup>154</sup>, porque argumenta serem próprias de padrões agora desacreditados, de equilíbrios ecológicos.

Os padrões de equilíbrio fundam-se exatamente em padrões morais unitários e uniformes, que dão as bases de sustentação da representação estática dos sistemas: ou se tem o homem e sua dignidade na posição de centralidade, ou esta é ocupada pela natureza, não se admitindo combinações ou interações entre essas dimensões, que são absolutamente autônomas e independentes.

Mas se deve advertir sempre que reconhecer a dignidade da natureza é possível também nos modelos dinâmicos de trocas; apenas não se tem, nesses modelos, o mesmo *dirigismo moral unitário* que se desenvolvia nas teorias do equilíbrio.

Tarlock passa então a propor quatro condições que considera necessárias para uma nova teoria ambiental, um modelo de ciência ambiental, onde ciência importa conhecimento nunca concluído e integral<sup>155</sup>:

- a) a teoria deve ser construída em uma racionalidade compreensível, que explica o porquê da necessidade de limitação do comportamento humano;
- b) deve permitir um discurso progressista, com poder de reunir e integrar diversas comunidades em torno do debate;
- c) deve permitir escolhas entre opções disponíveis;
- d) e deve ser capaz, sobretudo, de se adaptar aos novos conhecimentos.

Com essa proposição, Tarlock pretende principalmente rejeitar dois argumentos que são centrais nas tendências *ecofascistas* de *hierarquização moral* da natureza: a) a de que o ambientalismo representa a progressiva extensão de direitos fundamentais de seres humanos, para não-humanos, e b) a de que a filosofia oriental e a religião, que se baseiam em uma visão não-dualista entre homem e natureza, poderiam oferecer alternativas promissoras.

Nesse ponto, novamente, a posição de Tarlock merece ressalvas, uma vez que parece

<sup>154</sup> TARLOCK, Dan. *Environmental Law: ethics or science?* p. 201.

<sup>155</sup> Idem.

tendente a propor uma espécie de flexibilização e abertura dos modelos científicos, mas peca por não identificar que, mesmo a partir das feições clássicas da ciência, e lidando a partir de modelos de escala, há uma interdependência com muitos outros aspectos não-científicos, que se relacionam diretamente com a caracterização dos sistemas ecológicos, e continuam a propor a pertinência das questões das futuras gerações e da natureza, nesse processo de jurisdificação.

Reconhecer ou não a possibilidade de atribuição de direitos à natureza — questão compreendida pela perspectiva de subjetivação da natureza — e às futuras gerações, como se demonstrará com maior ênfase na abordagem das futuras gerações, é irrelevante, quando se trabalha metodicamente com *obrigações assimétricas*, posições de *beneficiárias* de obrigações jurídicas, e quando se reconhece a *impossibilidade de titularização individualizada* dos interesses em jogo.

Explica Pureza que em uma leitura pós-moderna da proteção jurídica do ambiente, deixa-se de absolutizar a técnica de direitos sobre o ambiente, para se promover, em seu lugar, uma emancipação conceitual do bem ambiente, que ganha relevo jurídico autônomo posicionando a natureza como portadora de valor próprio<sup>156</sup>.

Não se trata de reconhecer propriamente a natureza como novo sujeito de direito exatamente a partir da racionalidade liberal e, principalmente, em posição de independência absoluta aos sujeitos clássicos, como sujeitos individualizados, que podem exercê-los pessoalmente e que possuem obrigações simétricas perante outros titulares, integrando-os a comunidades morais. Isso porque sua ocorrência possui grande aptidão para originar sérios problemas de racionalidade em sua inclusão na lógica que estrutura a atribuição de direitos a comunidades morais, considerando-se a específica lógica liberal dos sujeitos de direitos individuais<sup>157</sup>.

Ocorre que, mesmo a teoria jurídica liberal mais conservadora permite — como se verá na ocasião oportuna em que será analisada a condição jurídica das futuras gerações — que entes despersonalizados sejam *beneficiários* de direitos atribuídos, mas que serão exercitados por outros, no próprio interesse daqueles.

A questão não é de racionalidade dogmática, mas de racionalidade moral, já que

---

<sup>156</sup> PUREZA, José Manuel. *O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1997. p. 23.

<sup>157</sup> A problematização da referência do sujeito perante os novos direitos, e o desafio colocado à teoria jurídica liberal são aspectos muito bem examinados por Moreno em: MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Granada: Comares, 1992. p. 100-118.

mesmo nessa hipótese, a teoria jurídica liberal nunca utilizou como referencial cognitivo, interesses não-humanos.

Reafirma-se que a questão não é de escolha entre a ética ou a ciência, mas a de se considerar que a deficiência cognitiva da ciência perante problemas de indisponibilidade de informações, de quadros de incerteza e insegurança, que colocam riscos de todas as ordens à decisão, exigem que outros dados *também* sejam levados em consideração nas soluções processualizadas e, entre eles, os éticos e os ecológicos.

É precisamente o que propõe Kuhlmann, ao se referir à necessidade de se fazer o Direito não ecocêntrico, o que implicaria a opção pelo modelo rejeitado, de substituição absoluta da racionalidade antropocêntrica, pelos padrões ecocêntricos. Trata-se, sim, e isso de fato é necessário, de fazer o Direito *mais ecocêntrico*<sup>158</sup>.

Retorna-se assim à importância da compreensão *multiescalar* dos fenômenos ecológicos, na atividade de reorganização das bases de justificação do próprio Direito e, por consequência, das escolhas nucleares que são protegidas por uma teoria dos direitos fundamentais.

Com esses argumentos, considera-se, neste momento, que o Direito do ambiente necessita de fato ser reformado — não substituído — para se adequar à nova visão dinâmica e do movimento (a visão da *nova ecologia*), que é, de fato, a visão com a qual o mundo trabalha<sup>159</sup>, mas que, lamentavelmente, o direito desconhece e reflete toda sua ignorância precisamente no próprio texto constitucional brasileiro, que posiciona o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um *direito fundamental da pessoa humana, fora do catálogo*<sup>160</sup>.

O direito ambiental necessita sofrer um processo de *alfabetização ecológica*<sup>161</sup>, aprendendo a *linguagem da natureza*, e compreendendo os princípios sobre os quais se organizam os sistemas ecológicos, para poder organizar adequadamente uma teoria renovada dos direitos fundamentais.

São dois mundos distintos, que precisam urgentemente de uma linguagem comum,

---

<sup>158</sup> Cf. especialmente: KUHLMANN, Walter. *Making the Law more ecocentric: responding to Leopold and conservation biology*. p. 159-165.

<sup>159</sup> Cf. WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 2.

<sup>160</sup> Entre nós, Benjamin, valendo-se de Kiss e Shelton, também ventilou em recente trabalho, essa incongruência da afirmação constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como objeto de proteção jurídica. (BENJAMIN, Antônio Herman. \_\_\_\_\_. Meio ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. In: \_\_\_\_\_. *Anais do 6º Congresso internacional de direito ambiental, 03 a 06 de junho de 2002*. 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 97).

<sup>161</sup> A expressão é de Capra. (CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. Ciência para uma vida sustentável. p. 241).

não através de substituição de códigos morais, mas pela integração e comunicação desses vários códigos, procurando romper os *défices* de referência e buscando, sobretudo, uma integralização cognitiva de nossa ordem constitucional, fundada em um tríptico modelo de referência: um *Estado democrático de direito ambiental*, novos direitos fundamentais e uma nova *democracia ambiental*<sup>162</sup>.

#### 1.4.4. Uma Perspectiva de Abertura para os *Novos Direitos*: Direitos Fundamentais, Necessidades Ecológicas e a Proteção da Condição Jurídica das Futuras Gerações na CRB<sup>163</sup> de 1988

Diante de toda a exposição já realizada — referente à fundamentação e às condições de justificação dos novos direitos biodifusos — alguns elementos poderiam ser sintetizados como suficientes para oferecer uma proposta teórico-dogmática das bases de dignidade ecológica que deveriam ser consideradas pelo sistema jurídico e sua teoria dos direitos.

De início pode-se afirmar que a organização de *sistemas jurídicos ecológicos* depende do reconhecimento da juridicidade, da autonomia e da *justiciabilidade* do valor intrínseco da natureza, o que só se pode fazer, se for permitido o reconhecimento simultâneo:

- a) da *dignidade* do valor integral da vida em todas as suas formas, distanciando-se do paradigma filosófico ocidental que fundamenta e justifica os direitos em torno da *dignidade da pessoa humana*;
- b) e da superação real dos padrões antropocêntricos, como eixo de ordenação dos sistemas constitucionais ocidentais de proteção do ambiente, aproximando-se cada vez mais da interação e comunicação com os aspectos ecológicos intrínsecos, necessários à correta compreensão e valoração de tais interesses emergentes.

Deve-se considerar que as próprias *imposições ecológicas* possuem, *per se*, pertinência *jusfundamental*, e o conteúdo misto da atual justificação da definição dos *direitos fundamentais* demonstra a razoabilidade da defesa de semelhante posição, que, assim considerada, torna possível, definitivamente, reconhecer todo o conjunto de direitos

<sup>162</sup> Botkin adverte que há uma carência de comunicação entre governo e cidadãos, e entre especialistas e cidadãos, resultando na reprodução, pelo Direito Ambiental, de conceitos e paradigmas ultrapassados sobre a relação entre o homem e a natureza, informada muito mais — segundo o autor — por argumentos de plausibilidade do que por argumentos minimamente científicos, o que importa na representação de seu estado atual, onde se opera com esses conceitos, sem nem ao menos conhecê-los e saber o que se está fazendo. (BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to nature's discordant harmonies*. p. 25).

<sup>163</sup> Constituição da República Federativa do Brasil.

relacionados ao ambiente, efetivamente como *novos direitos*.

Nesse sentido, também pode ser lembrada a interessante posição de Bosselmann, referindo-se ao que chama de *limitações ecológicas*, que, ao contrário de simples restrições, não possuem caráter instrumental ou vinculado a uma ética utilitarista orientada ao atendimento de finalidades antropocêntricas, mas reafirmam exatamente a existência de um valor intrínseco atribuído à natureza, e que deve ser protegido, *per se*<sup>164</sup>.

Refere-se às *limitações ecológicas*, de forma mais concreta, quando observa a *redefinição do conteúdo* (e não simples restrições) de certos direitos clássicos, como o de propriedade, dado que contribui para a progressiva afirmação e o reconhecimento pelos sistemas jurídicos, das limitações dos direitos clássicos, por considerações ecológicas, em paridade com as já comuns limitações sociais, comunitárias e democráticas, utilizadas como justificação para a imposição de limites ao exercício dos *direitos fundamentais*, na teoria constitucional ortodoxa<sup>165</sup>.

Os direitos fundamentais biodifusos são tratados nesse contexto como novos direitos porque constituem elementos indiciários da emergência de *novas necessidades de juridificação* e da organização de *novos padrões de justiça*, isso porque, como argumenta Calera — fazendo referência a direitos morais — “[...] os sistemas jurídicos e políticos devem mudar porque não são sempre justos e porque a história coloca novas exigências de justiça que não estavam previstas.”<sup>166</sup>

O *standard* de moralidade inspirado na *dignificação da pessoa humana* vê-se desafiado pelas *exigências ecológicas* que se apresentam ao processo de reorganização dos fundamentos de justificação dos *direitos fundamentais*, intencionando sua substituição ou reavaliação, enquanto critério de orientação dos valores fundamentais que serão selecionados pela ordem constitucional<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> BOSSELMANN, Klaus. *Human Rights and the Environment*. The Search for Common Ground. p. 36. Deve ser registrado que a questão fora originariamente apresentada por Bosselmann em: BOSSELMANN, Klaus. *Human Rights and the Environment*. Redefining Fundamental Principles? p. 1.

<sup>165</sup> BOSSELMANN, Klaus. *Human Rights and the Environment*. The Search for Common Ground. p. 46-47.

<sup>166</sup> CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?* Ariel: Barcelona, 2000. p. 99.

<sup>167</sup> Note-se que a modificação dos critérios utilizados para a seleção dos valores fundamentais (realizada pela integração das *necessidades ecológicas*), atinge profundamente as bases institucionais do particular conteúdo democrático que define hoje, o sentido das organizações estaduais, importando considerá-los a partir dos interesses das *futuras gerações*, nas decisões parlamentares (onde a democracia parlamentar deverá assegurar a proteção desses interesses em face das maiorias), nas decisões judiciais e nos comportamentos privados, assegurando a interdição dos comportamentos poluentes em face do ambiente, e nos procedimentos administrativos, assegurando a proteção do ambiente mediante a instituição de regras procedimentais de *aguda ponderação dos valores ecológicos* na decisão pela autorização ou restrição do empreendimento ou atividades interventivas.

A emergência das *necessidades ecológicas* revela à teoria constitucional contemporânea, e especialmente à sua organização específica dos sistemas de direitos *fundamentais*, que existe uma tendência de que a proliferação e a reprodução do discurso dos *direitos fundamentais* reflitam uma certa pretensão de *estatalidade inerente*, e de *paralisia cognitiva*, que fecha as oportunidades de revisão, justificação e fundamentação de seu conteúdo.

Mostra principalmente que, através de sua afirmação, pode-se recuperar o verdadeiro sentido histórico e as razões democráticas da definição dos *direitos fundamentais*, que passam, não pela paralisação de seu conteúdo, da relação dos valores protegidos e da seleção dos *standards de fundamentalidade*, mas pelo reconhecimento de que se trata basicamente, de *escolhas fundamentais*.

Ladeur, nesse sentido, refuta e qualifica como mítica a monolítica posição de Habermas, centrada no que entende por *sistema de direitos*, e na qual os catálogos de direitos humanos e civis podem ser compreendidos como leituras contextualmente dependentes de um mesmo sistema de direitos. Salienta, a propósito, que não só os catálogos de direitos diferem, mas, sobretudo, a interpretação da relação entre os tipos de direitos e as garantias institucionais<sup>168</sup>.

A revisão dos critérios de orientação desse processo recupera a dimensão das *escolhas fundamentais*, privilegiando o momento que lhe é anterior, e que regula a própria opção por quais serão os valores, bens e direitos que devem merecer a atribuição de pertinência *jusfundamental*.

Esse processo demonstra sua importância a esta proposta, uma vez que, para essa escolha, serão decisivas as razões, os *standards*, os critérios, padrões de moralidade, modelos éticos e fundamentos de justificação utilizados para a orientação das decisões *jusfundamentais*, e para a escolha dos valores que são *essencialmente fundamentais*<sup>169</sup>.

Reconhecer a proliferação de novos direitos biodifusos permite, assim, incorporar essa perspectiva das escolhas fundamentais na atribuição da juridicidade ao conteúdo de

---

<sup>168</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *Can Habermas' discursive ethics support a theory of the Constitution? Towards a critique of the attempt to replace the unity of substantive universal reason by a procedural rationality of argumentation*. Translated by: Iain Fraser. Florence: European University Institute, 1999. p. 13.

<sup>169</sup> Sobre o problema do consenso sobre a escolha dos valores fundamentais, e a crise da legitimação, fundamentação e justificação dos direitos fundamentais, mostra-se importante a contribuição de recente artigo de Alexy, trabalho recentemente traduzido no Brasil. Para tanto, cf. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

proteção essencial que deve ser reservado pelos sistemas jurídicos, indicando-lhes novos caminhos de justificação da ordem jurídica e, principalmente, novas pretensões e paradigmas de justiça, próprios de uma sociedade complexa, que exige que se realize, de forma situativa, inclusiva, moralmente plural, e como se verá, sem limites ou restrições temporais.

Bosselmann noticia que a Constituição suíça parece ter bem reconhecido o sentido da exigência de uma nova arquitetura constitucional, baseada nesses contornos que se apresentam ao Direito ambiental. Para tanto, traz relato de Peter Saladin, que reconhece, no art. 24 daquele texto constitucional, a afirmação de três princípios<sup>170</sup>:

- a) o princípio da solidariedade (justiça intergeracional);
- b) o princípio do respeito do homem perante o ambiente não humano (justiça entre espécies);
- c) o princípio da responsabilidade perante as *futuras gerações* (justiça intergeracional).

O que deve ser enfatizado com a reorganização dos critérios de definição dos *direitos fundamentais* (através das *limitações ecológicas*, e da consideração jurídica das *necessidades ecológicas*) é que se evidencia, em mais um momento, a *crise de paradigmas*, a *ruptura com a unidade ética de valores universais*, e a *fragmentação moral*, até mesmo dos *padrões de justificação do Estado democrático de direito*.

Os novos padrões de justiça sugeridos pelos novos direitos biodifusos realçam a posição das escolhas sociais, públicas e participativas na ocupação de espaço de regulação que antes foi ocupado pela legislação (norma jurídica estatal), na produção dos direitos, fazendo com que propostas de pluralismos morais mostrem-se cada vez mais funcionais às necessidades de jurisdificação de novos direitos e novas necessidades não previstas por monopólios de produção normativa estatal<sup>171</sup>.

Nesse quadro, devem ser inseridos, hoje, os valores da natureza, como razões relevantes para a opção do núcleo de *fundamentalidade* dos sistemas jurídicos, de modo que permita que se possa assegurar a construção de ordens jurídicas e, principalmente, de sistemas constitucionais que sejam autenticamente ecológicos, e para que possam, em consequência, figurar junto ao quadro de direitos *fundamentais* clássicos, as novas *necessidades ecológicas*,

<sup>170</sup> BOSSELMANN, Klaus. *Human Rights and the Environment. The Search for Common Ground*. p. 41. A referência ao mesmo dispositivo normativo do texto constitucional suíço também pode ser conferida em: LOUREIRO, João Carlos. *Les Principes de la Bioconstitution du Type "État Constitutionnel Européen"*. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, p. 452-453, 1999.

<sup>171</sup> A relação dos direitos morais com os novos direitos é enfatizada por CALERA, Nicolás López. *Hay derechos*

merecendo a atribuição da mesma qualidade e das mesmas condições de proteção, reservadas aos *direitos fundamentais*.

Examinando o texto constitucional brasileiro, Leite argumenta, com precisão, que a correta contextualização dessa reorganização da teoria jurídica constitucional em matéria ambiental, passa primeiro pelo reconhecimento da modificação que se processa no sentido de valorização jurídica do ambiente, demonstrando-a a partir da indicação da nova configuração do próprio *conceito jurídico de meio ambiente*<sup>172</sup>.

Observa que o ambiente considerado aqui como bem ambiental, “[...] é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto, a título (sic) autônomo e como disciplina autônoma [...]”<sup>173</sup>, considerando-o, nessa perspectiva, um macrobem.

A assertiva do professor da Universidade Federal de Santa Catarina permite que sejam acentuados dois interessantes aspectos, que, com ela, guardam ínsita relação.

O primeiro deles está na própria consideração do ambiente como bem ambiental. O bem ambiental não guarda no texto constitucional, pela razão de se considerá-lo como bem, qualquer relação de economicidade ou *disponibilidade comercial*. Definitivamente não é este o sentido que se atribui aqui à noção constitucional.

O fato de se lhe conferir a qualidade de bem não diminui a relevância jurídica do ambiente no contexto de revisão da teoria jurídica, e muito menos o posiciona em relação de hierarquia no modelo clássico de relações jurídicas privadas, onde o sujeito ocupa a posição de centralidade, com *poderes de disposição e capacidade negocial* sobre o objeto.

Tem-se, ao contrário, no reconhecimento da qualidade de bem ao ambiente o ponto de densificação dos aspectos revolucionários que se sobressaem na teoria jurídica ambiental contemporânea. Coloca-se como indício de revisão, nesse particular, a exigência de que se modifique a compreensão conceitual sobre o bem, que a teoria jurídica possui até este

---

colectivos? p. 100.

<sup>172</sup> LEITE, José Rubens Morato. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 51-70.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 61. Uma leitura mais sistemática dessa característica do bem ambiental, é realizada pelo mesmo autor em ocasião posterior, onde desenvolve a teoria do microbem e do macrobem ambiental, a partir das perspectivas individual ou coletiva da autonomia jurídica do bem ambiental. (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 85-89). Nesse sentido, diferenciando os atributos particulares do ambiente, com sua qualidade *per se*, coletivamente considerada como bem, deve ser mencionado o trabalho pioneiro de Benjamin. (BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Função ambiental*. In: \_\_\_\_\_ *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 9-82). Uma síntese dos principais aspectos evolutivos da qualidade de consideração jurídica do ambiente no Direito brasileiro, recuperando também, um extenso conjunto de trabalhos jurídicos pioneiros sobre essa matéria, também foi mencionada em nosso trabalho: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de*

momento, para que seja possível conferir ao bem ambiental qualidade ativa nas novas relações jurídicas, substituindo o padrão de passividade dos modelos privados.

Nesses termos, trata-se de bem pelo fato de o ambiente, *per se*, ser *beneficiário de obrigações jurídicas de proteção*, que tem, no reconhecimento de sua condição de autonomia valorativa, o pressuposto para a justificação daquelas.

O ambiente é bem; bem ambiental porque se considera jurídico o reconhecimento de seu *status de dignidade próprio*, e como suficiente para a justificação de comportamentos de garantia, aspecto de que resulta a principal conseqüência, especialmente para a ordem constitucional brasileira: o bem ambiental, enquanto *beneficiário* de atividades de garantia, integra o conjunto de *posições jurídicas fundamentais* que compõem o elenco de relações jurídicas protegidas pelo *consenso constitucional fundamental*<sup>174</sup>.

Pelo mesmo conjunto de razões, Amaral também sustenta o desenvolvimento de modificações sobre a compreensão conceitual do bem jurídico, observando que:

[...] a natureza desse bem tutelado leva à reflexão, segundo a qual o ambiente não pode ser visto sempre como objeto de uma relação jurídica, desenvolvendo-se a idéia de que o bem ‘ambiente’ assume progressivamente uma posição central, de modo a considerar-se ele mesmo como um centro de imputação de interesses, passando de *bem-objeto* a *bem-sujeito* e permitindo, conseqüentemente, a configuração não só de um *direito ao meio ambiente* e como também de direito *do ambiente*.<sup>175</sup>

Esses contornos revolucionários de revisão, atribuídos pela teoria ambiental ao conceito de bem jurídico, vêm responder de forma precisa, a pertinente crítica formulada por Stone, e que é lembrada por Ost: “[...] a nossa época insiste exageradamente sobre os <<direitos>> das entidades que desejamos proteger, deixando, no entanto, sempre por resolver, a questão de saber que concepção do <<bem>> é necessária para justificar uma proteção.”<sup>176</sup>

O bem jurídico ambiental, concebido como bem de interesse público e afeto à

risco. p. 109-125.

<sup>174</sup> Derani bem observa também essa importante diferença na compreensão do ambiente como bem, que se faz sob a ótica da juridicidade das obrigações de proteção que emergem de sua constitucionalização. Nesse sentido, salienta: “A partir do momento em que ganha o caráter de uma norma constitucional, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se um ‘bem jurídico’ que deve ser igualmente correlacionado com os demais ‘bens jurídicos’ presentes na Constituição. Portanto, é igualmente um desdobramento do art. 3º da CF e deve ser revelado na atuação privada como na estatal com a mesma prioridade das demais normas da Constituição Federal.” (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 267).

<sup>175</sup> AMARAL, Francisco. Espírito e técnica romanos no direito ambiental brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 14, p. 20, 1. sem. 1993.

<sup>176</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 206.

coletividade, como a ele se refere Leite, revela, assim, o específico conteúdo de revisão que se atribui ao modelo privado de conceituação do bem jurídico, e permite que passe a integrar o grupo dos direitos fundamentais *beneficiários* da reserva de proteção organizada pela decisão política fundamental de 1988.

Há, no entanto, uma *nota de diferenciação democrática*: é bem que é *beneficiário de obrigações de proteção jurídica* dirigidas a *todos*, da mesma forma que sua consideração jurídica, a partir de uma perspectiva coletiva (macrobem) informa que *todos* — sem quaisquer possibilidades de restrições subjetivas — são titulares dos interesses relacionados à sua proteção, no que reside, precisamente, o segundo aspecto significativo dessa revisão proposta pelo professor da Universidade Federal de Santa Catarina<sup>177</sup>.

Em outra oportunidade, analisando pormenorizadamente o conceito jurídico de bem ambiental como condição necessária para a organização de uma *democracia ambiental*, registra novamente Leite:

[...] o bem ambiental não pode ser rotulado como bem público, devendo, sim, ao contrário, ser considerado um bem de interesse público e cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirado em um perfil de democracia ambiental. Desta forma, no Estado democrático ambiental, o bem ambiental deve pertencer à coletividade e não integra o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário do patrimônio ambiental pelo poder público e pelo particular. Trata-se, assim, de uma verdadeira realização de justiça social ambiental, em que a sua realização deve ser compartilhadas por todos os componentes da sociedade, exigindo-se o exercício da responsabilidade compartilhada na gestão ambiental que pressupõe uma unidade de ação de multi-atores.<sup>178</sup>

Pode-se identificar, nessa perspectiva de análise, aquele que, sem dúvida é o mais importante dentre todos os aspectos de revisão enfatizados pelo conjunto de novos direitos fundamentais organizados em torno dessa nova qualidade do bem jurídico ambiental: o *desenvolvimento do elemento democrático da participação* na gestão do ambiente, fundado nessa nova leitura do conceito jurídico do ambiente, abandonando a precária noção de *res*

<sup>177</sup> Essa perspectiva comunitária revelada pela disciplina constitucional do bem ambiental, não deixou de ser observada também por Derani, que, acentuando sua indivisibilidade, salienta que: “O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico constitucionalmente protegido. Este bem não pode ser desmembrado em parcelas individuais. Seu desfrute é necessariamente comunitário e reverte ao bem-estar individual.” (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 259).

<sup>178</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa*. p. 21. Cf. também do mesmo autor e no mesmo sentido: *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 37.

*commune*, ou de *bem comum*, e substituindo-a pela noção de intensa qualidade democrática, de *bem difuso*<sup>179</sup>.

Esse bem não se identifica com os clássicos modelos de conflituosidade e de relações de interesses — que têm conteúdo essencialmente privatístico — e também não permite a concentração de relações titularidade exclusivamente conferida a agentes públicos ou privados, nem tampouco tais relações têm origem em pretensões dos poderes públicos.

Esse aspecto é qualificado por Calera a partir da noção de bem participativo<sup>180</sup>.

Como explica Calera: “Se há um direito a um bem que não pode ser desfrutado por um único indivíduo (por exemplo, um bem participativo), então não pode pertencer a um indivíduo. É um argumento conceitual, no sentido de que o interesse em um bem participativo (*good participatory*) não é individualizável e por conseguinte nenhum indivíduo pode dizer que tem um direito individual a tal bem.”<sup>181</sup>

Dessa forma poderia ser dito sinteticamente que: “[...] o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à sua previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos.”<sup>182</sup>

É a reunião de tais características inaugurais que favorece a constituição de um novo conceito, e de espécies radicalmente diferenciadas de interesses, a que a doutrina brasileira convencionou classificar como *difusos*, onde estariam localizados os interesses referentes ao ambiente<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> Essa também foi posição que já externamos em recente obra, mas que complementamos nesta oportunidade, propondo, agora, a consideração do bem ambiental, como *bem difuso intergeracional*. (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 120). José Afonso da Silva prefere qualificá-lo de bem de interesse público. (SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 80). Benjamin ao tecer comentários sobre as conseqüências da atribuição de valor jurídico autônomo e individualizado ao meio ambiente (a partir de uma leitura do macrobem ambiental) observa que: “Sendo possível vislumbrar-se tal tipo de bem — como macro-realidade abstrata e distinta dos elementos que o compõem —, dando-se-lhe relevância jurídica, é factível, então, que, em caso de ataque, busque-se uma indenização específica para *aquele* bem e não apenas para os prejuízos causados em sua realidade corpórea proteiforme [...]”. (BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Função ambiental**. p. 73).

<sup>180</sup> CALERA, Nicolás López. **Hay derechos colectivos?** p. 84.

<sup>181</sup> Idem. No original lê-se: “Si hay un derecho a un bien que no puede ser disfrutado por un único individuo (por ejemplo, un bien participatorio), entonces no puede pertenecer a un individuo. Es un argumento conceptual, en el sentido de que el interés en un bien participatorio (participatory good) no es individualizable y por consiguiente ningún individuo puede decir que tiene un derecho individual a tal bien.” No mesmo sentido, mais recentemente, Mirra, salientando que o interesse público relacionado à proteção do bem ambiental é interesse que não pode ser repartido ou individualizado. (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 38-39; p. 47).

<sup>182</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente**. p. 61.

<sup>183</sup> Prade, em importante obra, identifica-o a partir da reunião de cinco características: a) ausência de vínculo associativo, b) alcançam uma série indeterminada, aberta e abstrata de indivíduos, c) localizam-se em *status* de potencial conflituosidade, d) produção de lesões em massa, e) reunião dos titulares dos interesses mediante vínculos essencialmente fáticos, circunstanciais e de acentuada instabilidade (PRADE, Péricles. **Conceito de**

Caracterizando o traço de comunitariedade que vincula os titulares dos interesses referentes ao ambiente — enquanto macrobem autônomo e individualizado — em relação de não exclusividade, diz Mirra que: “[...] o meio ambiente é um bem que pertence à coletividade e não integra o patrimônio disponível do Estado. Para o Poder Público — e também para os particulares — o meio-ambiente é sempre indisponível.”<sup>184</sup>

Da mesma forma, retorna a enfatizar Leite, não lhe reconhecendo a qualificação de patrimônio público, “[...] considerando ser o mesmo essencial à qualidade de vida e, portanto, um bem pertencente à coletividade. Nestes termos, conclui-se que o bem ambiental (macrobem) é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto, a título autônomo e como disciplina autônoma [...]”.<sup>185</sup>

Benjamin, por fim, reconhecendo-lhe identidade própria também como macrobem, afasta sua vinculação a qualquer sujeito público, mas prefere entendê-lo — tal qual enunciado na expressão do *caput* do art. 225 do texto republicano pátrio — como bem de uso comum do povo. Afirma ser “[...] bem público, só que em sentido objetivo, isto é, como patrimônio de toda a coletividade.”<sup>186</sup>

A justificativa para esse tratamento atribuído pelo constituinte brasileiro guarda respeitável relação de razoabilidade com as novas exigências democráticas, como já se afirmou em outra oportunidade — em conjunto com o professor José Rubens Morato Leite:

[...] por suas características essencialmente fluídas — que não permitem sua apropriação com exclusividade por qualquer dos titulares dos interesses em especial —, era exigível que se deferisse o dever de gestão, a todos os titulares dos interesses, ou seja, *todos*, como consagrado na construção do constituinte de 1988, que originou a redação do art. 225, que localiza definitivamente o ambiente — ao lado de sua posição de *bem difuso* —, no quadro

---

**interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 47-57). Esclarece-se, desde já, que o conceito de direitos difusos encontra, no Direito brasileiro, previsão legislativa expressa, inscrita no art. 81, inc. I da Lei n. 8.078/90, que os qualifica como aqueles “[...] transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” (BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.) **Interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 279, 2000).

<sup>184</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; JÚNIOR, José Alcebíades de Oliveira (Orgs.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 107. No mesmo sentido, em obra mais recente do mesmo autor: **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. p. 38-39; p. 47.

<sup>185</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. p. 87.

<sup>186</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Função ambiental**. p.75. Em sentido semelhante encontra-se a posição de Amaral, entendendo ser o meio ambiente “[...] uma propriedade *pública* de uso *coletivo*.” (AMARAL, Francisco. **Espírito e técnica romanos no direito ambiental brasileiro**. p. 19). Para justificar sua posição, fundamenta-a no art. 2º, inc. I, da Lei n. 6.938/81, argumentando que por esse dispositivo legislativo, “[...] o meio ambiente é considerado como patrimônio público de uso coletivo.” (Ibidem, p. 21).

dos *direitos emergentes*, na qualidade de direito *fundamental difuso*, onde todos estão investidos em sua titularidade.<sup>187</sup>

Esse é o exato conteúdo que deve ser atribuído à mensagem constitucional enunciada no dispositivo em referência (art. 225, *caput*) quando prescreve: “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>188</sup>

Trata-se de bem de *interesse público*, porque a todos interessa, o que acentua seu caráter comunitário (ativo e passivo), a dimensão de acesso democrático e, principalmente, a indisponibilidade e impertinência de sua identificação a interesses públicos ou privados, sendo *beneficiário* de posições jurídicas de proteção, aspecto que o aproxima do conjunto (núcleo) de posições jurídicas fundamentais definidas e garantidas dogmaticamente pelo consenso democrático originário, que qualifica uma teoria dos direitos fundamentais.

Em sentido semelhante, José Afonso da Silva bem observa que

[...] o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é a qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico. A isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo [...]

[...] isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não se integra a sua disponibilidade.<sup>189</sup>

O mesmo desenvolvimento da temática é realizado por Garrido Peña, optando também por fazê-lo a partir do caminho da reorganização dogmático-conceitual do conceito de propriedade, que, de certa forma, como se perceberá, aproxima-se bastante do que se desenvolveu sobre o bem ambiental.

O jurista espanhol afirma primeiro que as relações jurídicas que guardam referibilidade com o problema da consideração jurídica autônoma da natureza são definidas a

<sup>187</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. p. 123.

<sup>188</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. p. 102.

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. p. 80-81. Diante do que se expôs acerca das dificuldades de se estabelecer a referência semântica compatível com o objetivo constitucional de proteção do equilíbrio ecológico, deve ser ressaltado mais uma vez, que uma correta compreensão do sentido ecológico da norma constitucional deve ser dirigida à proteção de equilíbrios dinâmicos, interpretados abstraindo-se de padrões estáticos, e tomando por referência, padrões de escala de diversas ordens.

partir da noção de *usufruto ecológico*, pelo qual: “Não estamos tanto perante uma *res nullius*, senão que perante uma ‘nua propriedade’, cujo proprietário é um sujeito difuso, que é a biosfera, dentro da qual tem-se que englobar como tutor a espécie humana, enquanto espécie histórica (incluindo as gerações passadas e futuras).”<sup>190</sup>

A partir da noção de usufruto ecológico, Garrido Peña sustenta que é difuso porque não há condições de estabelecer relações de apropriação privada e absoluta, referidas pelo que chama de relações *ad hoc*, que são graduais, compartilhadas e principalmente contingentes, apresentando como único limite admissível, a proibição de não diminuir ou lesar a liberdade alheia (das gerações presentes e futuras)<sup>191</sup>.

Se é certo que, nessa concepção, o autor espanhol relaciona intimamente o problema intergeracional da modificação da consideração jurídica do ambiente, como um problema de liberdade humana, deve-se reconhecer outro aspecto que parece mais pertinente e próximo de toda a exposição já realizada: a propriedade se transforma em usufruto e, como consequência, modifica-se o próprio conceito de bem jurídico a partir de uma *proposta conciliatória*, “[...] não como objeto apropriável, mas como relação social com os outros ou com o meio natural.”<sup>192</sup>

Todo esse quadro de reorganização constitucional do sentido jurídico conferido ao ambiente pela teoria jurídica contemporânea, coloca a *fé ocidental* na clássica configuração *unitária de justificação dos direitos fundamentais*, em posição de crítica, sendo desafiada, em síntese:

- a) pela afirmação da autonomia jurídica do bem ambiental;
- b) pelo reconhecimento da *dignidade* intrínseca da natureza e de todas as formas de vida;
- c) e, sobretudo, pela integração ao discurso ecológico de constitucionalização da proteção da natureza, da afirmação da juridicidade dos interesses e direitos das *futuras gerações*.

A reunião desses três caracteres parece permitir uma melhor instrumentalização das relações entre Direito e ambiente, que passam, a partir desse processo de fragmentação de

<sup>190</sup> GARRIDO PEÑA, Francisco. De como la ecología política redefine conceptos centrales de la ontología jurídica tradicional: libertad y propiedad. In: VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 220.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 222.

valores e implosão das bases históricas de fundamentação do discurso liberal dos direitos<sup>193</sup>, a admitir definitivamente uma *independência axiológica da natureza*, no processo de atribuição e realização de direitos, esforço que representa com clareza a superação da fórmula iluminista e universal, da proteção do princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Nesse contexto, reconhecer a *dignidade de todas as formas de vida* como referencial de integração aos novos consensos ecológicos — que são responsáveis pela reorganização da teoria dos direitos fundamentais — importa reconhecer que se tem um autêntico problema de decisão localizado nos processos das escolhas fundamentais, onde futuras gerações e ambiente conduzem nossas escolhas atuais a um importantíssimo papel, que pode ser decomposto de duas formas.

Inicialmente, devemos fazer escolhas que permitam desenvolver o novo consenso ecológico e o novo contrato, que é, sobretudo, um *contrato de morte*<sup>194</sup>.

E também devemos superar nossa perplexidade e nossos preconceitos — originários de nossa razão cartesiana e das bases de fundação da teoria jurídica liberal — para também decidir sobre os limites e os conteúdos dos direitos de seres e formas de vida, que, originariamente, não os tinham e que, pela exigência de proteção do consenso ecológico, agora colocam-se como portadores de posições de *beneficiários* e de *obrigações assimétricas juridicamente exigíveis*.

Tal qual Cristo que, quando julgado, referiu-se a um outro mundo que não se podia compreender e sobre o qual nossos tribunais não possuíam nenhuma competência, também a natureza envolve a relação de um outro mundo com outras leis, perante as leis da racionalidade humana<sup>195</sup>.

Um esforço de ligação desses dois mundos e suas leis é necessário, sob pena de se permitir a reprodução da imagem de tribunais e jurados incompetentes, que aplicam leis inadequadas para enfrentar problemas de um outro mundo com suas próprias leis.

Não é por outra razão que Alphantéry, Bitoun e Dupont bem observam que: “A ineficácia do direito do meio ambiente constitui um sintoma da dificuldade em se pensar o

<sup>193</sup> Fundado, como se viu, na identidade direito/pessoa humana, de modo que a cada direito corresponderia à identificação precisa de seu titular, em termos de um referente humano.

<sup>194</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 66. O filósofo francês se refere a um contrato porque a natureza efetivamente se relaciona com o homem através de processos ecológicos, onde responde localmente aos perigos e violações globais, e confere essa imagem tânática porque funda o contrato em relações de reciprocidade e simbiose, onde se, de um lado, recursos naturais são oferecidos ao homem pela natureza, estes só poderiam ter a oferecer comportamentos éticos, políticos, sociais e jurídicos que importassem o exercício de obrigações de proteção e proibição de degradação. A manutenção da vida, dependeria da manutenção dessa simbiose.

<sup>195</sup> Essa imagem dos dois mundos e de suas leis é descrita por SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 107; p.

estatuto da natureza com vistas a sua proteção.”<sup>196</sup>

É nesse outro mundo que estão as necessidades ecológicas que hoje também devem ser integradas no discurso dos direitos fundamentais. E essas necessidades ecológicas, tal qual Galileu em sua réplica, colocam ao homem e a suas leis utilitárias, problemas de incompetência, de incompatibilidade e de *défices*; verdadeiros *abismos cognitivos*; problemas de não-direito ao direito das convenções humanas<sup>197</sup>.

Nesses primeiros aspectos do problema, ocupa-se precisamente de *reorganizar o contrato social*, permitindo que integre o mundo de que fora excluído, e permitindo que o consenso fundamental seja alargado, tal como se alarga a forma como podem ser compreendidos os direitos.

Funda-se a abertura do contrato, do consenso e dos direitos, às necessidades ecológicas; uma espécie de autêntico *contrato ecológico*, que é “[...] bastante diferente do da modernidade. É antes de mais um contrato muito mais inclusivo, porque deve abranger não apenas o homem e os grupos sociais, mas também a natureza.”<sup>198</sup>

Deve-se ter como incontestável que as decisões também são decisões que devem ser tomadas hoje (decisões atuais), sobre a organização de processos sociais, políticos, jurídicos e ecológicos que ainda estão por vir, remetendo à sempre clássica e intrigante imagem de Jefferson quando se referia ao problema dos limites do poder constituinte: os mortos estarão sempre a dizer o que os vivos têm a fazer<sup>199</sup>.

Ocorre que, conquanto Jefferson se referisse a essa imagem para justificar seus temores à sua concretização, parece que, em relação aos novos direitos, não há proposta mais adequada para enfrentar o problema de sua concretização senão a partir da atribuição às decisões de hoje, da função de ordenação de resultados futuros, o que, no entanto, não credita poderes ilimitados nessa tarefa, e principalmente, não admite resultados discriminatórios, restrições excessivas aos interesses das futuras gerações e, muito menos, *défices* de ponderação que impliquem a violação do consenso ecológico<sup>200</sup>.

Reconhece-se, assim, que, perante os novos direitos organizados em torno de

127-129.

<sup>196</sup> ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico*. Riscos políticos. Trad. de: Lúcia Jahn. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 28.

<sup>197</sup> Cf. SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 129-130.

<sup>198</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Reinventar a democracia*. p. 46.

<sup>199</sup> Esse registro da imagem célebre do federalista, problematizando a necessidade de controle de nossas decisões pela possibilidade de suas consequências futuras, pode ser encontrado em: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 359.

<sup>200</sup> Esse problema específico será examinado no segundo capítulo, sob a perspectiva do princípio da equidade

necessidades ecológicas, nossas decisões não são apenas decisões de hoje, *sobre hoje*, mas são, fundamentalmente, decisões de hoje, *sobre hoje, e um amanhã indefinido, incerto e imprevisível*, que coloca sérias objeções sobre toda a integridade da verdade afirmada por uma teoria jurídica de fundamentação dos direitos e mesmo do constitucionalismo ocidental, na justificação dos direitos fundamentais. Esses problemas são, em grande parte problemas historicamente localizados, e continuam a reproduzir preconceitos dogmáticos que colocam obstáculos impertinentes à reorganização de novos modelos de legitimação dos direitos fundamentais.

A estruturação desse novo contrato coloca os homens em uma posição de *igual dignidade* perante a natureza, com a qual — como se demonstrará ao longo dos demais capítulos — ainda não se acostumou<sup>201</sup>.

Nesse novo contrato — que estabelece vínculos e ligações entre homem e natureza (contrato ecológico) — direitos biodifusos exigem ponderações ecológicas e equidade na posição de dignidade dos valores humano e natural, como atitudes dogmáticas necessárias para a correta estruturação dos limites desses direitos fundamentais, e para o próprio desenvolvimento do objetivo central de organização do *Estado de justiça ambiental*.

Fala-se assim na existência de uma particular *racionalidade ambiental*, que trata de um específico padrão de justiça que responde pela queda do véu da ignorância das técnicas liberais de positivação dos direitos e pela definição do conteúdo desses direitos, que enquanto direitos biodifusos, estabelecem vínculos com dois mundos distintos, *duas racionalidades*<sup>202</sup>.

Razão é equilíbrio e, portanto, uma racionalidade ambiental que estabeleça vínculos entre padrões tão distintos, comporta, necessariamente, uma clara pretensão de construção de uma *específica idéia de justiça*<sup>203</sup>.

O tratamento do discurso dos direitos, sob a perspectiva dos interesses das *futuras gerações*, é uma evidência dogmática que reafirma a fragmentação dessa verdade com pretensão de universalização.

No caso particular da ordem constitucional brasileira, o reconhecimento de direitos

---

intergeracional.

<sup>201</sup> Essa relação de interdependência e igual dignidade na relação entre homem e natureza, é enfatizada por Morin e Kern em: MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. p.167.

<sup>202</sup> A constatação da modificação das técnicas de atribuição de direitos — que passa a considerar o problema da administração e proteção de bens comuns — é enfatizada por Leff em: LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. de: Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 92-93.

<sup>203</sup> Sobre esse aspecto, consultar: *Ibidem*, p. 85. De forma minuciosa e do mesmo autor, é pertinente a consulta a: *Ecologia, capital e cultura*. Racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável.

*biodifusos* é consequência imediata de uma cláusula de integração, que tem origem na constitucionalização da proteção desses interesses das *futuras gerações*.

É do professor José Rubens Morato Leite a síntese conceitual que parece expressar com maior fidelidade o conteúdo do novo modelo constitucional de direito fundamental traçado no art. 225, *caput*, do texto republicano brasileiro, que define um *direito fundamental intergeracional de participação solidária*.

Explica Leite que pode ser afirmado:

[...] de acordo com o preceito constitucional examinado, que a preocupação com a preservação ultrapassa o plano das presentes gerações, e busca proteção para as gerações futuras. É, de fato, a proclamação de um direito fundamental intergeracional de participação solidária e, como consequência, extrapola, em seu alcance, o direito nacional de cada Estado soberano e atinge um patamar intercomunitário, caracterizando-se como um direito que assiste a toda humanidade.<sup>204</sup>

Apenas parece que esse conceito de direito fundamental, conquanto reconhecida a posição de dignidade autônoma da natureza no interior da teoria jurídica dos direitos, ainda poderia ser melhor explicitado e decomposto analiticamente, para o fim de melhor explicitar a nova qualidade dos direitos que se desenvolve com a integração da natureza e as futuras gerações, com o núcleo do particular conteúdo dos consensos fundamentais.

Ao se conferir pelo art. 225, *caput*, um direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não se pode negar que persistem dificuldades dogmáticas de se estruturar pretensos novos sujeitos naturais como titulares de direitos, circunstância que motivaria a justificação para a exclusão da natureza — nessa perspectiva — do círculo do conteúdo dos novos direitos fundamentais (direitos fundamentais ecológicos), pelo menos se se pretender estruturá-los de forma diferenciada dos modelos de restrições ou limites colocados à completa disponibilidade dos bens aos interesses humanos.

Evidenciando essas dificuldades, Benjamin, ao analisar a titularidade do direito conferido pelo art. 225 do texto constitucional brasileiro, afirma que: “[...] tem como titulares, diz a norma, ‘todos’, vocábulo que, por não estar, de forma clara, qualificado homocentricamente, pode indicar tanto ‘todos os seres humanos’ quanto, numa perspectiva mais biocêntrica, ‘todos os seres vivos’.”<sup>205</sup>

---

Trad. de: Jorge Esteves da Silva. Blumenau: FURB, 2000. p. 214.

<sup>204</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 95.

<sup>205</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Introdução ao direito ambiental brasileiro*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 54, abr./jun. 1999.

O que se deve deixar claro é que não se quer trabalhar com o referencial de pretensos *novos sujeitos naturais* como base de fundamentação de novos direitos fundamentais, uma vez que a lógica de definição de direitos estruturada a partir de uma *localização subjetiva* perfeita, concreta, individualizada e atual, é própria da teoria jurídica liberal, baseada no *tópos da relação jurídica*, composta por uma tríplice equação: objeto, sujeito e direitos.

Nessa perspectiva clássica, a relação jurídica precisaria possuir, necessariamente, um objeto vinculado a um sujeito e que, por essa razão, tinha direitos. Não era possível justificar nesse modelo da relação jurídica, direitos sem sujeitos, de modo que a atribuição daqueles dependia primeiro da existência de um sujeito que pudesse recebê-los e que comportava, necessariamente, a imposição de deveres em face do outro, em um modelo de *reciprocidade*<sup>206</sup>.

É o que descreve Calera, quando examina o que a teoria jurídica tradicionalmente entende por direitos, onde seus fundamentos estariam sempre em interesses de sujeitos, ou naquelas situações onde se pudesse identificá-lo como condição necessária e *suficiente* para impor determinada exigência a terceiro (obrigação), que se origina da opção pela produção desse efeito por parte de seu titular<sup>207</sup>.

Não é nesses termos que se procurou organizar os novos direitos fundamentais, pois um modelo contratualista, baseado na reciprocidade da relação entre direitos e obrigações, não está à altura do desafio planetário relativo à responsabilidade perante as futuras gerações, que exige um modelo de *transmissão*, onde não se trabalhe com relações *sinlagmáticas*<sup>208</sup>.

Como observa Ost: “O nosso problema fundamental consiste, pois, em elaborar soluções jurídicas (e um quadro de pensamento para as justificar) realmente ecológicas, sem, no entanto, tomar a via, ilusória e antropomórfica, da personificação.”<sup>209</sup>

Os novos direitos fundamentais são direitos independentemente da existência ou não de sujeitos particularizados, ou mesmo da existência ou não do próprio sujeito, que é irrelevante para sua qualificação. A determinação de sua qualidade não se vincula propriamente com a relação jurídica — que é resultado da influência de construções liberais do direito privado — mas com decisões fundamentais e com os processos de seleção e escolha

<sup>206</sup> Ost classifica esse modelo de reciprocidade, como um modelo contratualista-procedimental. (OST, François; HOECKE, Mark van. *Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 22, p. 610, 1999).

<sup>207</sup> CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?* p. 93.

<sup>208</sup> OST, François; HOECKE, Mark van. *Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras.* p. 610.

<sup>209</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito.* p. 203.

do conteúdo material dessas decisões.

Essa evidência pode ser observada na posição de Alexy, que conquanto não rejeite um modelo de organização dos direitos ainda dependente da relação jurídica, procura avançar na temática da justificação e fundamentação dos direitos fundamentais, sugerindo alguns aspectos diferenciados, mediante a proposição de um modelo de síntese, que chamou de *direito fundamental como um todo*, entendendo-o como um conjunto de *posições jusfundamentais*<sup>210</sup>.

Com essa proposta, conquanto reconheça que os direitos ainda se encontrem organizados a partir de relações jurídicas, a *determinação* da *qualidade* de direito fundamental passa a *privilegiar* o aspecto da definição do conteúdo de posições jurídicas dignas de proteção, conferidas através de fórmulas práticas de reserva de fundamentalidade, onde não se abandona definitivamente o modelo de relações jurídicas, mas submete-o à necessidade de revisão, principalmente em relação à qualidade de consideração jurídica que é atribuída a cada um dos elementos que a compõem.

Em uma perspectiva diferenciada de relação jurídica, atribui-se, portanto, *importância privilegiada* ao problema da escolha dos conteúdos (decisão) que devem ser reputados fundamentais, e por essa razão, justificar sua proteção jurídica.

Nesse contexto, onde o ambiente, por ser reputado fundamental, passa a ser considerado *beneficiário* de obrigações e deveres, “[...] surge este não mais como puramente objeto mas também como centro de imputação de interesses, merecedor de uma proteção jurídica.”<sup>211</sup>

Sarlet também propõe um conceito de direito fundamental que muito se aproxima da contribuição de Alexy, privilegiando a importância conferida ao conteúdo decisório fundamentalmente protegido, acentuando:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>212</sup>

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 241.

<sup>211</sup> AMARAL, Francisco. *Espírito e técnica romanos no direito ambiental brasileiro*. p. 25.

<sup>212</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 82. Comenta Sarlet que no texto alemão, Alexy salienta que direitos fundamentais “[...] são aquelas posições que, do ponto de vista do direito

A postura de Alexy não faz referência apenas a posições imediatamente conferidas a titulares — o que somente contempla uma teoria restritiva dos direitos fundamentais como direitos subjetivos — permitindo considerar, em um modelo misto (material e formal) de proteção de um consenso decisório, a proteção, também, de posições jurídicas relacionadas à natureza e aos estados ecológicos, como autônomos em relação às posições conferidas a titulares humanos.

Em sentido um pouco distinto é a posição de Stone, lembrada por François Ost, salientando que: “Atribuir direitos às <<entidades não convencionais >> (embriões, gerações futuras, espécies, rios, montanhas...) não é, desde logo, o essencial, escreverá. O importante é assegurar-lhes uma << tomada de consideração jurídica >>: *legal considerateness*, ou seja, um estatuto jurídico definido pela lei.”<sup>213</sup>

Em face das dificuldades de se estabelecer uma fundamentação teórica que seja racional para os direitos, desvinculando-os da teoria dos sujeitos de direitos, Stone salienta que não há prejuízos dogmáticos se a questão da aproximação ecológica do Direito for enfrentada em outro domínio, que não a *teoria dos direitos*, mas, sim, a partir do *domínio dos deveres*, obrigações e comportamentos de garantia, essencialmente *assimétricos*, que têm, na humanidade, seu sujeito passivo, e a própria natureza — desvinculada dos interesses humanos — como *beneficiária*.

Nessa postura, saber se a natureza é ou não é um sujeito de direitos, ou se ela possui ou não possui direitos, ou se podem ou não ser-lhes atribuídos direitos, não possui qualquer relevância, na medida em que, o que importa decisivamente, é a estruturação dos *estatutos jurídicos de proteção*, fundados em obrigações, deveres e responsabilidades, que preferem modelos de direitos e interesses<sup>214</sup>.

Convém que se observe que a teoria constitucional contemporânea também é bastante sensível ao reconhecimento jurídico de um conjunto autônomo de deveres fundamentais tipicamente relacionados, hoje, a obrigações constitucionais, solidárias e comunitárias, de diversas ordens e espécies, como é a de proteção do bem ambiental<sup>215</sup>.

---

constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário [...]”. (Idem).

<sup>213</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 204.

<sup>214</sup> OST, François. *The philosophical foundation of environmental law: an excursion beyond Descartes. Law, technology and the environment: a challenge to the great dichotomies in western rationality*. p. 9. No mesmo sentido e do mesmo autor: *Écologie et droits de l’homme*. p. 5-6.

<sup>215</sup> NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em:

Como explica Ost, o problema da autonomia jurídica da natureza e de sua consideração legal coloca-se então da seguinte forma: “Não que as plantas e animais tenham direitos a fazer valer, mas que nós, homens, tenhamos deveres a respeitar. Deveres assimétricos de responsabilidade, justificados simultaneamente pela vulnerabilidade dos *beneficiários* e pela necessidade de respeitar as simbioses biológicas, no interesse da humanidade inteira.”<sup>216</sup>

É nesse sentido que novamente conclui Ost, tecendo comentários sobre a obra de Stone:

A protecção procurada para as <<entidades não convencionais>>, obtém-se, escreverá — e esse ponto parece-nos essencial —, de forma mais plausível, impondo deveres aos homens, em lugar de lhes conceder direitos.

A <<pertinência jurídica>>, ou aptidão para se ser considerado pelo direito, significa que a entidade que dela beneficia está no direito de obter o estrito respeito pelo respectivo estatuto legal.<sup>217</sup>

O aspecto da compreensão da natureza a partir do ângulo da *consideração jurídica* — que a coloca como autêntico problema de decisão — ainda que não enfrentado a partir da teoria dos direitos, mostra-se muito importante para a *consolidação* da proposta de determinação da qualidade dos novos direitos, uma vez que compreendidos, na leitura de Alexy, a partir do privilégio de *posições jurídicas de fundamentalidade*, estão bem próximos desse modelo de obrigações e deveres, sem que no entanto, percam o *status* de *direitos* fundamentais.

Derani bem parece reconhecer esse aspecto diferenciado do que se venha a entender por direito, quando examinando o conteúdo dogmático da função social da propriedade, argumenta existir na relação jurídica, não só um direito individualizável a exigir o respeito pela fruição constitucionalmente conformada de seus titulares, mas também outro direito que, na verdade, *impõe uma obrigação de fazer* relacionada com a imputação de diversos deveres.

Como observa a autora, importa na espécie reconhecer a existência de “[...] outro

---

[http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf) Acesso em: 14 de abril de 2002. p. 6. Sobre a consideração jurídica de deveres fundamentais, consultar também: PECES-BARBA, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 521.

<sup>216</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 313. Em sentido semelhante, Brasileiro Borges, salientando que: “[...] o aumento da proteção legal do meio ambiente não transforma a natureza em sujeito de direito, mas lhe dá posição de objeto de proteção privilegiado em tempos de crise ecológica.” (BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. *Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 16).

<sup>217</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 204.

direito objetivo que impõe uma conduta socialmente responsável, geradora de vantagens sociais nesta relação entre sujeito e objeto.”<sup>218</sup>

Tal direito qualificado pela *imposição de deveres* interessa e se titulariza em *todos*, Estado e coletividade, porque todos, consoante se verifica da mensagem constitucional, têm o direito à proteção do ambiente, direito que não se funda em *relação utilitária* do bem ambiental com qualquer interesse individualizável e mesmo humano, mas que encontra suas razões de fundamentação tão somente na consideração jurídica de dignidade autônoma do ambiente, que constitui o específico objeto de proteção desse *direito participativo* e democrático de se *exigir proteção da natureza*.

Mais recentemente, no entanto, consideramos ser possível identificar, no interesse público ambiental, uma verdadeira revisão na própria estrutura dogmática do conceito de interesse — próprio da teoria liberal dos direitos individuais — uma vez que não é pela circunstância de ser interesse que está necessariamente relacionado à disponibilidade de seus titulares, conceito que o tem qualificado até então.

Isso porque, na verdade, o que se verifica: “[...] é um interesse relacionado à proteção do bem ambiental, de modo que o conteúdo fundamental está interessadamente relacionado não à disponibilidade do titular (que é o sentido tradicionalmente atribuído à noção de interesse), mas *diretamente à posição dos beneficiários*, procedendo a uma autêntica inversão na sistemática liberal da teoria dos direitos, onde agora se faz presente, como principal marca característica, a *assimetria das relações*.”<sup>219</sup>

Nessa nova perspectiva parece ser possível evidenciar com maior clareza a qualidade assimétrica dessas obrigações, importando afirmar que esses interesses — circunscritos à posição jurídica dos *beneficiários* — constituem o específico *objeto* das obrigações jurídicas que assumimos hoje perante a natureza e as futuras gerações.

E não há dificuldades dogmáticas para a recepção dessa forma *assimétrica* da organização dos novos direitos fundamentais, visto que essa *assimetria* é originária do reconhecimento constitucional de que é possível a afirmação autônoma de um *catálogo de deveres fundamentais*, que são deveres *não submetidos à reserva de reciprocidade* ou, em outras palavras, *deveres aos quais não correspondem necessariamente direitos* (caráter não

<sup>218</sup> DERANI, Cristiane. Função ambiental da propriedade. *Revista de direitos difusos*, São Paulo: Esplanada-Adcoas/IBAP, n. 3, p. 267, out. 2000.

<sup>219</sup> AYALA, Patryck de Araújo. Tempo ambiental, necessidades ecológicas e o princípio constitucional da proporcionalidade no Direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org./Ed.). *Anais do 6º congresso internacional de direito ambiental*, 03 a 06 de junho de 2002. 10 anos da ECO-92: o Direito e o

relacional), circunstância que para Canotilho, representa “[...] uma condição necessária de ‘estado de liberdade’.”<sup>220</sup>

Os novos direitos fundamentais são, assim, direitos de exigir o cumprimento de responsabilidades, expressos na forma de deveres e obrigações, e que são garantias de proteção da própria sociedade<sup>221</sup>.

Mas também são, em primeiro lugar, direitos que têm, no atributo da solidariedade, sua principal característica, porque *antes de se exigir o cumprimento dos deveres de terceiros, faz-se necessário o cumprimento de seus próprios deveres*, que são compartilhados, indistintamente, entre todos os membros da sociedade e o Estado, sempre de modo a favorecer *beneficiários* não individualizados, e cujos benefícios não podem ser individualmente *apropriados*<sup>222</sup>.

Como justifica Ost, considera-se agora a premissa de que o homem não é apenas um titular de direitos, mas também um titular de responsabilidades<sup>223</sup>.

Por isso esse conteúdo dos novos direitos fundamentais coloca, simultaneamente, Estado e sociedade com poderes de intervenção decisória no controle e nessa gestão do bem ambiental, de forma pública e não seletiva, onde todos possuem primeiro responsabilidades expressas em deveres de proteção e, depois, direitos a exigir proteção no interesse de todos os *beneficiários* coletivamente considerados<sup>224</sup>.

O que interessa, nesse sentido, é a tomada de consideração jurídica da natureza, que se faz no caso do texto político fundamental brasileiro, pelo reconhecimento constitucional da autonomia jurídica do ambiente.

É nessa direção que melhor parece se amoldar a referência aos novos direitos fundamentais, entendendo-os como reserva de proteção de *posições jurídicas* reputadas fundamentais, que são, em síntese, decisões jusfundamentais de conteúdo formal e material.

As escolhas políticas fundamentais, previstas no art. 225, *caput*, do texto brasileiro,

desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 657.

<sup>220</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 519.

<sup>221</sup> É o que explica Derani, salientando que “[...] é atribuído ao Estado e à coletividade o direito subjetivo público para exigir do sujeito proprietário e a realização de determinadas ações, a fim de que a relação de propriedade mantenha sua validade no mundo jurídico. O direito de propriedade deixa de ser, então, exclusivamente um direito garantia do proprietário e se torna um direito garantia da sociedade.” (DERANI, Cristiane. *Função Ambiental da Propriedade*. p. 267).

<sup>222</sup> A essa particular arquitetura dos novos direitos fundamentais, concebidos como direitos que exigem o cumprimento de responsabilidades compartilhadas, Brooks chama de direitos de contribuição. (BROOKS, Richard. *O direito do ambiente nos EUA*. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994. p. 322).

<sup>223</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. p. 192.

<sup>224</sup> Cf. PUREZA, José Manuel. *O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas*. p. 26.

revelam a *opção pela constitucionalização de um pluralismo moral (abertura moral)*.

A referência da pluralidade nas sociedades contemporâneas é enfatizada por Rawls como o problema decisivo do liberalismo político, e o associa não a um problema do bem supremo — típico de propostas autoritárias de fundamentação da legitimidade a partir da hierarquização de valores — mas a um autêntico problema de justiça, *justiça política*<sup>225</sup>.

A opção do constituinte, em 1988, mostra-se hoje — nessa perspectiva de abertura cognitiva do sistema constitucional às necessidades ecológicas — claramente delineada no sentido de prever a abertura desse modelo clássico de uma teoria dos direitos fundamentais, para as seguintes exigências democráticas de um *Estado democrático de direito ambiental*:

- a) compreender os problemas ecológicos como problemas de longo prazo, relacionando gerações presentes e futuras com sistemas jurídicos de proteção;
- b) e delinear seu conteúdo, prevendo obrigações de garantia, *assimétricas*, como as melhores alternativas de proteção da qualidade autônoma de dignidade jurídica do ambiente.

Somente contextualizando esse mosaico plurireferencial que integra o conteúdo da norma constitucional em análise, tomando-se por referência a descrição do particular sentido constitucional que se conferiu aos direitos fundamentais, é que se pode justificar a possibilidade do reconhecimento de uma nova proposta — com intenções de maior fidelidade com as referências ecológicas — de organização classificatória dos novos direitos, que são agora, também, *direitos biodifusos intergeracionais*.

Na estrutura proposta de justificação e fundamentação dos *direitos biodifusos*, ainda é importante enfatizar que a própria definição do direito fundamental à vida passa necessariamente por modificações substanciais.

Trata-se agora de um direito de conteúdo dogmático particularmente sofisticado, uma vez que protege a dignidade de formas de vida diferenciadas, consideradas em igual posição hierárquica (presentes e futuras gerações, natureza e animais), qualidade possível face à comunicação proporcionada entre ética e direito, pela abertura material da ordem constitucional brasileira a um pluralismo moral<sup>226</sup>.

<sup>225</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. p. 33. Rawls expõe o problema procurando saber “[...] como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais, profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis.” (Idem). Para uma análise mais detalhada da específica temática do pluralismo moral, conferir mais amplamente em: WALKER, Neil. *The idea of constitutional pluralism*. Florence: European University Institute, 2002.

<sup>226</sup> Bobbio também observou a tendência futura da extensão da proteção do direito à vida a novos sujeitos moralmente desconsiderados pela teoria jurídica liberal (animais) e às futuras gerações. (BOBBIO, Norberto. *A*

Mas um aspecto digno de consideração no desenvolvimento de um novo significado do direito à vida, nesse contexto, é a afirmação de que o direito à vida pressupõe necessariamente a proteção de um *direito à vida segura*, interessante imagem para o direito fundamental, que foi inicialmente referenciada em recente texto de Leite e Sivini<sup>227</sup>.

A vida segura pode ser considerada como o típico núcleo de fundamentalidade que define o *significado do direito à vida nas sociedades de risco*, e que se integra na mesma arquitetura dogmática proposta para a caracterização dos direitos fundamentais biodifusos.

Isso porque a vida segura como compromisso constitucional fundamental enfatiza um sentido jurídico de vida que não se associa ao objetivo de proteção de posições jurídicas particulares (subjetivas), de estados de periculosidade individualizados ou mesmo coletivos, mas é considerada, ao contrário, a partir de uma perspectiva objetiva, atendendo a necessidades comunitárias. É um *direito associado à proteção jurídica em contextos de risco*, e não contra este ou aquele dano pessoal ou comunitário. Encerra em seu conteúdo, uma *vinculação insita com o futuro*, que de outra forma, indica a existência de um conjunto complexo e diferenciado dos detentores desses direitos, que, por possuírem obrigações e responsabilidades (direitos de contribuição), também o possuem perante o futuro.

Todos têm direito à manutenção de uma condição de segurança ecológica, nascidos ou não nascidos, e não a uma simples proteção pessoal em face de perigos, catástrofes e efeitos nocivos.

Todos têm direito à *proteção da vida*, e não apenas à *proteção de sua própria vida*, porque o que se enfatiza, na vida segura, é a sua *posição objetiva* no ordenamento constitucional, e sua *aptidão de regulação intergeracional e moralmente plural*, integrando também em seu conteúdo, a proteção do ambiente e de todas as demais formas de vida.

O direito fundamental à vida segura é expressão concreta da organização de todo o conjunto de exigentes condições democráticas de concretização dos novos direitos, na medida em que passa a enfatizar um direito que confere aos seus titulares (todos), sobretudo, um poder de exigir que os efeitos de toda e qualquer decisão que seja tomada, no presente, não venham produzir prejuízos, não à sua própria condição individual, mas à condição jurídica de um conjunto de *beneficiários*.

Portanto, são também direitos de se exigir proteção que será atribuída a outros.

---

era dos direitos. p. 63).

<sup>227</sup> LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini. *A vida como uma invenção*. Texto de conferência, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2002. p. 22-26.

Exige-se que os efeitos dessas decisões não prejudiquem a condição jurídica das futuras gerações, e não venham produzir resultados indesejados sobre o bem ambiental e sobre todas as demais formas de vida<sup>228</sup>.

Assim, o que se protege na arquitetura de um direito fundamental à vida segura é o mesmo significado jurídico de vida redefinida pelos direitos biodifusos. A proteção jurídica de *beneficiários*, da condição jurídica das futuras gerações, da condição jurídica da natureza e de todas as formas de vida pode ser sintetizada em um único referencial: *vida segura*.

Por isso, os direitos fundamentais biodifusos que têm como núcleo de objetividade jurídica a *vida segura*, são direitos que dependem de *condições de solidariedade*.

Não são duas faces de uma mesma moeda, mas a mesma face de uma única moeda.

Só há vida segura, com a garantia de que serão protegidas todas as formas de vida, humanas e não-humanas, e em um enfoque intertemporal, não submetido a termo, exigindo, como se perceberá nos próximos capítulos, sejam democraticamente controlados todos os momentos em que decisões poderão afetar negativamente esse sentido jurídico de vida, seja pela não responsabilização de poluidores, pela desconsideração do princípio da precaução, etc...

A proteção jurídica do *direito fundamental à vida segura* dependerá, como se perceberá, de uma nova *atitude cognitiva* perante a *noção de responsabilidade*. A vida segura é resultado de atitudes preventivas, eticamente responsáveis, ecologicamente comprometidas, e socialmente compartilhadas, onde o prejuízo é avaliado potencialmente como *dado a ser evitado*, e não como *fato a ser reparado*.

A nova proposta classificatória permite, portanto, a um só tempo, reunir em torno dos *direitos biodifusos intergeracionais* (que têm como núcleo de fundamentalidade, a vida segura), a proteção de interesses não-humanos (todas as formas de vida) — reconhecidos autônomos, mas não independentes — e a projeção escalar transgeracional de seu conteúdo de garantia.

Isso se explica porque as decisões referentes à proteção do bem ambiental são — como se demonstrou e se fará em outros aspectos, no segundo capítulo — típicas decisões de longo prazo, seja em seus efeitos, ou nos aspectos reputados necessários à avaliação.

A *intergeracionalidade* dos direitos e a proteção do *status* de autonomia do bem ambiental, são, assim, duas faces de uma mesma qualidade dos novos direitos fundamentais,

---

<sup>228</sup> Essa característica das decisões nas *sociedades complexas*, que são ao mesmo tempo *produtos* de relações e processos, e *origem* dos estados de insegurança ecológica, é apreciada no segundo capítulo.

reunidos agora, em torno dos *direitos fundamentais biodifusos*, já que, conforme observou Hans Jonas, a *humanidade não tem direito ao suicídio*.<sup>229</sup>

Como explica Ost: “A idéia é, com efeito, que, na ignorância das necessidades e das condições de vida reais destas gerações futuras, impõem-se preservar os meios naturais ao seu melhor nível (tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, a fim de manter abertas o maior número de opções possível. Protecção da ecosfera e preocupação pelas gerações futuras estão dialecticamente ligadas.”<sup>230</sup>

O art. 225, *caput*, consagra como jurídicos, princípios e imperativos éticos de conservação e reprodução dos estados vitais, fundados nos *princípios da solidariedade* e da *equidade intergeracional*, que serão examinados no segundo capítulo, especificamente a partir do *princípio da equidade intergeracional*.

A composição dos *direitos fundamentais biodifusos* encerra, portanto, um complexo de referências de difícil concretização, impondo relacionarem-se, em seu conteúdo, as noções de bem jurídico, deveres, obrigações, responsabilidades e a diversidade moral, em uma perspectiva temporalmente aberta, e orientada por novos padrões de justiça, *intrageneracionais* e *intergeracionais*<sup>231</sup>.

Ost parece reunir todo esse conjunto relacional sob a qualificação de *patrimônio*, que acredita ser a representação possível para o *estatuto jurídico do meio ambiente*<sup>232</sup>; como uma *herança sem testamento*, pois tem a *vocação para ser transmitido* e não para ser *apropriado*<sup>233</sup>.

A noção de *patrimônio*, apresentada por Ost, refletiria toda a complexidade dos aspectos que qualificam os novos *direitos biodifusos*, na medida em que afirma possuir uma *natureza híbrida*, onde não há uma distinção clara e precisa entre o sujeito e o objeto, e onde se destaca sua dimensão *comunitária* e *omnitemporal*, caracterizando a integração da

<sup>229</sup> A referência é trazida por Ost em: OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 319. Garrido Peña novamente prefere referir-se a esse quadro, a partir de um modelo de usufruto ecológico, que exerceria uma função de relação entre os *direitos reais modernos* e os *direitos difusos e biocêntricos do futuro*. (GARRIDO PEÑA, Francisco. *De como la ecología política redefine conceptos centrales de la ontología jurídica tradicional: libertad y propiedad*. p. 221).

<sup>230</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 215.

<sup>231</sup> Esse aspecto do *duplo imperativo de justiça*, que qualifica os direitos das futuras gerações, será examinado no segundo capítulo.

<sup>232</sup> Cf. OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 351.

<sup>233</sup> OST, François. *Un héritage sans testament*. Patrimoine et générations futures. Conférence prononcée à l'UNESCO le 18 septembre 1998, dans le cadre des *Dialogues du XXIe siècle*. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002. p. 3. Ost afirma que não pode ser apropriado, mas apenas, *transpropiado*. (Ibidem, p. 5).

dimensão do *ambiente como bem*, e dos *interesses das futuras gerações*<sup>234</sup>.

A integração das duas perspectivas organiza uma particular espécie de relação jurídica, onde o tempo passa a ser, também, um elemento fundamental a ser considerado na própria definição dos novos direitos fundamentais, que precisam superar a *miopia temporal*<sup>235</sup> que constitui um dos principais problemas intelectuais que contribuem para agravar a crise ambiental, justamente por não se compreender que, nessa espécie de direitos, as decisões importam, com frequência, em resultados cujos efeitos raramente são apenas imediatos.

Ost chega mesmo a atribuir a qualidade de uma *quarta dimensão dos direitos fundamentais*<sup>236</sup>, dimensão especialmente importante, no momento da concretização dos novos direitos, como se demonstrará no segundo e terceiro capítulos.

Considerando o tempo como a quarta dimensão dos novos direitos fundamentais, sua concretização depende — como se demonstrará — de um conjunto de condições classificadas pelo próprio Ost como *mecanismos de solidariedade temporal*<sup>237</sup>.

Mas o aspecto mais interessante a ser enfatizado é que também depende da consideração de que há um específico e particular *direito ao tempo*. Um *direito ao tempo*, que é um *direito ao seu tempo* e um *direito ao seu ritmo*, equação que deve ser preservada nas novas relações jurídicas, que envolvem ambiente e as futuras gerações<sup>238</sup>.

Diante dessas considerações, não há justificativa racional que permita afirmar apenas a dignidade da pessoa humana, excluindo a posição de dignidade de todas as demais formas de vida, como objeto de proteção jurídica relacionado ao texto do art. 225, *caput*, da Constituição brasileira.

A afirmação não se fundamenta, portanto, propriamente no reconhecimento de *direitos à natureza*, mas de direitos que têm *também* a natureza como fator determinante, reconhecendo-se-lhe posição jurídica e *status* jurídico autônomo, que se mostra *suficiente* para lhe creditar, tal qual os *direitos fundamentais*, proteção jurídica de mesmo conteúdo.

Da mesma forma é suficiente para justificar a afirmação que, a exemplo do texto constitucional português, o texto brasileiro também fundamenta a qualidade de uma *república ecologicamente sustentada* (verde, como prefere Canotilho), e definida no próprio *caput* do

<sup>234</sup> OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 351-387.

<sup>235</sup> OST, François; HOECKE, Mark van. *Del contrato a la transmisión*. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. p. 607.

<sup>236</sup> OST, François. *Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme*. p. 1. As outras três dimensões são, segundo Ost, o Estado, o direito e a nação. (Idem).

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>238</sup> OST, François. *Deployer le temps*. Les conditions de possibilité du temps social. Disponível em:

mesmo art. 225<sup>239</sup>.

Assim considerada, chega-se enfim a uma proposta dogmática de *conciliação*, que reconhece a legitimidade da imposição constitucional de responsabilidades comunitárias perante as futuras gerações, ao mesmo tempo em que *reposiciona* o papel do homem na ordem constitucional e, principalmente, na ordem ecológica (dinâmica), sem que se necessite definir semanticamente as posições jurídicas de todos os seres vivos, em uma restritiva fórmula de direitos<sup>240</sup>.

As complexas condições de concretização desses novos direitos, e de busca de soluções, contextualizadas perante problemas relacionados às relações de incerteza e imprevisão que pairam sobre o direito e a ciência, e que não podem mais ser superadas por sistemas de técnicos e peritos, são as principais temáticas de análise do próximo capítulo.

---

<http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002. p. 49.

<sup>239</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 227.

<sup>240</sup> *Idem*.

## **CAPÍTULO 2**

### **A CONDIÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES EM UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS: FUNDAMENTAÇÃO, LIMITES E CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

#### **2.1. AS PERSPECTIVAS DE QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES**

Neste capítulo, procura-se estabelecer primeiro, os contornos de justificação e fundamentação, e depois, as condições, limites e possibilidades de proteção jurídica da condição das futuras gerações.

A concretização desse objetivo impõe, de início, a necessidade de reorganização de alguns modelos dogmáticos da teoria jurídica clássica, que já não satisfazem às necessidades de regulação contemporâneas. Procura-se, nesse sentido, permitir o desenvolvimento das condições necessárias para que se possa lidar adequadamente com a função de proteção de novos objetivos fundamentais de sociedades complexas: a condição das futuras gerações e do ambiente.

A modificação necessária é substancial e atingirá a própria essência da teoria jurídica liberal do discurso dos direitos, que pressupõe uma relação jurídica, onde se identificam com precisão:

- a) sujeitos;
- b) um objeto a que se atribui a proteção jurídica;
- c) interesses que se dirigem sobre o objeto, considerando que os fundamentos de justificação de sua proteção residem na pertinência direta estabelecida entre este e os sujeitos da relação (individualizados e determinados), e na possibilidade de sua avaliação e valoração econômica, e por fim;
- d) o espaço jurídico onde se desenvolve essa relação.

Coelho explica que esse contexto de transformações atinge a relação jurídica mediante a modificação da compreensão de, pelo menos, três aspectos, relacionados aos atores, aos direitos e ao espaço de intervenção na relação jurídica. Como consequência desse processo, observa que pode ser constatada a despersonalização do sujeito de direito; a

proliferação de novos sujeitos; de novos direitos e, por fim; a ampliação do espaço de desenvolvimento da relação jurídica<sup>1</sup>.

Quando se quer referir aos novos direitos, fala-se precisamente de uma classe diferenciada de direitos, típica do contexto de complexidade, que possui inéditos limites intergeracionais e um conteúdo ético e moral, *multireferencial* e *pluralístico*, que permite relacionar interesses da pessoa humana e da natureza, seja de forma interdependente, ou mesmo autônoma<sup>2</sup>.

Por essa razão, afirma Coelho que esses novos direitos

[...] não se confundem com as tradicionais pessoas naturais e morais ou jurídicas. Já nossa Constituição Federal alude às gerações futuras como titulares de direitos ambientais, ao cidadão como sujeito de direitos difusos e à própria sociedade, representada pelo Ministério Público ou por suas organizações comunitárias; e já se pensa em atribuir o status de sujeito de direito aos animais protegidos, ameaçados de extinção, os quais podem a rigor não se situar no espaço jurídico territorial do Estado, mas em outros, como o mar e os territórios considerados de interesse da humanidade.<sup>3</sup>

Por fim, observa-se ainda que os novos direitos — de novos sujeitos de direitos, compreendendo-se aqui, nosso objeto de análise, as futuras gerações — estão submetidos a espaços diferenciados de concretização.

Na hipótese específica das futuras gerações, as posições jurídicas fundamentais abrem perspectivas não só transnacionais, desvinculando-se de limites geográficos e assumindo dimensões globais. Sua concretização está agora associada a espaços globais *de hoje e do futuro*.

Sob esse sintético quadro podem ser apresentados rápidos traços de caracterização das futuras gerações ao longo dessas transformações, a partir da seleção das principais perspectivas que podem ser assumidas hoje, perante a teoria jurídica de uma sociedade complexa: a) um modelo, embora *individualista, crítico*, que coloca em objeto esses mesmos aspectos da vertente clássica da teoria jurídica liberal e; b) um modelo *coletivo*, que é aquele

<sup>1</sup> COELHO, Luis Fernando. *Saudade do futuro*. Transmodernidade, direito, utopia. p. 76.

<sup>2</sup> Isso não significa, no entanto, que se queira reconhecer aqui, sistemas de titularização de direitos à natureza, não pela impossibilidade jurídica de tal posicionamento (que, como se perceberá, é altamente racional mesmo perante a mais clássica e conservadora das teorias jurídicas liberais), mas pela impertinência e ineficácia concreta da reprodução de semelhante discussão acadêmica. Isso se explica por ser suficiente para a justificação de sua proteção jurídica, o reconhecimento de um *status* de dignidade jurídica. Esse é o atributo necessário para que possam ser consideradas referências que inspiram tanta perplexidade ao Direito (como as futuras gerações e ainda a própria natureza considerada autonomamente), na qualidade de direitos fundamentais, que na perspectiva mais atual do constitucionalismo contemporâneo, equivalem unicamente ao reconhecimento de reserva de proteção de certas condições jurídicas.

<sup>3</sup> COELHO, Luis Fernando. Op. cit., p. 77.

que fundamenta o sentido adequado de referência à mensagem constitucional inscrita no art. 225, *caput*, do texto republicano de 1988.

### **2.1.1. Os Direitos do Nascituro e a Perspectiva Individualista: Direitos, Personalidade e Capacidade Jurídica**

Nesta primeira perspectiva de tratamento dos direitos das futuras gerações, pretende-se apresentar os contornos do padrão jurídico de sua justificação realizada pela ótica do direito privado, que concebe as futuras gerações sob o modelo de proteção dos direitos do nascituro.

A exposição justifica-se pelas possibilidades dogmáticas abertas ao desenvolvimento posterior da segunda dimensão do tratamento jurídico das futuras gerações, reconhecendo-se que são resultado direto do movimento de revisão conceitual que se fez necessário no interior da teoria jurídica do direito privado, para que fosse possível a justificação de um sistema de direitos de sujeitos ainda não nascidos.

Essa postura de revisão permitiu que se repensassem as bases de alguns dos principais conceitos estruturantes do discurso dos direitos, pautado na relação jurídica, nos sujeitos e seus atributos (capacidade jurídica e personalidade), como supostos para a atribuição e proteção dos direitos.

O centro da argumentação sustenta-se nas importantes contribuições do professor português Mário Emílio Bigotte Chorão e da professora da Universidade de São Paulo, Silmara Chinelato e Almeida, que se utilizam de um modelo de contraste entre duas concepções de fundamentação da personalidade jurídica (realista e idealista), para tomar como ponto-de-partida a hipótese fundamental de que *todo ser humano é pessoa e é sujeito de direitos*.

Deve-se fundamentalmente ao jurista português a opção metodológica pela divisão das perspectivas dogmáticas de compreensão conceitual da pessoa (natalista e idealista), da qual se serve para demonstrar a necessidade de se corrigir com precisão, a distinção que se faz entre personalidade e capacidade — utilizada pelo direito privado, tomando como referência pertinente à determinação do início da personalidade — como dicotomia fundamental para o reconhecimento e atribuição de direitos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 262-263, 2. sem. 1999.

A tese central do professor português é a necessidade de se considerar todo ser humano como pessoa jurídica<sup>5</sup> e, como tal, titular de personalidade, capaz de ser sujeito de relações jurídicas e titular de direitos, independentemente da possibilidade de seu exercício pessoal, já que da forma como compreende a dicotomia personalidade/capacidade, a primeira é de cunho simplesmente qualitativo (ou se é ou não pessoa), e a segunda expressa uma *medida quantitativa* (valência), expressando um *quantum* de personalidade que toda pessoa já possui, inclusive o *conceptus*<sup>6</sup>.

É o que observa especificamente Bigotte Chorão, distinguindo os dois conceitos e explicando que a capacidade jurídica expressa somente “[...] a medida variável dos direitos e das vinculações de que a pessoa pode ser titular ou destinatária (capacidade de gozo), ou pode exercer pessoal e livremente (capacidade de exercício ou capacidade de agir).”<sup>7</sup>

Mais minudente é Chinelato e Almeida, explicando que três poderiam ser as posturas de relacionamento entre a capacidade e a personalidade jurídicas (teorias natalista, personalista condicional e concepcionista), para salientar, optando por um desenvolvimento da terceira posição, que, em nosso sistema jurídico:

[...] a personalidade — que não se confunde com capacidade — não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º. do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> O autor faz referência à pessoa *lato sensu*, como pessoa jurídica, abstraindo da clássica distinção dogmática que se utiliza de ficções jurídicas para se atribuir personalidade a entes convencionais. (BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 268, 2. sem. 1999).

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 262-263.

<sup>7</sup> *Idem*. No mesmo sentido, Chinelato e Almeida, afirmando que: “Nenhum homem é capaz de todos os direitos e de todas as obrigações reconhecidas pelo sistema jurídico. A personalidade é um valor. A capacidade é um *quantum*, a medida da personalidade.” (CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: RT, 2000. p. 168).

<sup>8</sup> CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. Bioética e dano pré-natal. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 308, 2. sem. 1999. No mesmo sentido, cf. CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. p. 161.

Vale registrar, previamente, que há aqui identidade semântica entre o *conceptus* (concebido) e o nascituro, já que, como registra também Chinelato e Almeida, “Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno.”<sup>9</sup>

A exposição da professora da Universidade de São Paulo esclarece com precisão os limites argumentativos que podem ser razoavelmente considerados na justificação da proposta de reconhecimento de direitos aos sujeitos ainda não nascidos, a partir da correta compreensão da distinção entre as duas categorias fundamentais nesse processo.

Sua proposta demonstra qual é o conteúdo racional que justifica algumas restrições à posição jurídica do nascituro, e que condiciona, de modo vinculante, os limites justificáveis dessas restrições. Isso porque a razão fundamental para tanto — o não nascimento — não tem pertinência com a questão da justificação de seu *status* jurídico *ativo* na teoria dos direitos. A vida existe e é atual, e esse dado é suficiente para sua consideração como pessoa e como sujeito de direitos. O nascimento, nesse aspecto, demonstra sua relevância, por ocasião de obstaculizar o exercício pessoal e, assim mesmo, não de todos, mas apenas de alguns direitos, tão somente aqueles de conteúdo patrimonial.

Em outra obra, a autora salienta que:

[...] certos direitos e determinados estados, atributos da personalidade, independem do nascimento com vida, o que refuta a tese de que aquela deste depende sempre. Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou *um* direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou status sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados.<sup>10</sup>

Dessa forma, em razão da não atualidade física do *conceptus*, como exigência de racionalidade, impede-se o exercício tão somente daqueles efeitos oriundos de sua condição de sujeito de direitos, que de fato necessitem do aspecto presencial, ou seja, direitos eminentemente patrimoniais. Os demais direitos que compõem o círculo de garantias de sua posição jurídica, onde se inserem os direitos da personalidade, não possuem qualquer justificativa, para desde já, justificarem a imposição de obrigações e deveres de proteção, porque os direitos-atributo da personalidade do nascituro não dependem do nascimento.

Essa síntese revela as bases de racionalidade do que se pode chamar de *estatuto jurídico do nascituro*, que importa, principalmente, conferir proteção jurídica à posição do *conceptus* enquanto tal, reconhecendo-lhe desde o início o atributo da personalidade e, por

<sup>9</sup> CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. *Bioética e dano pré-natal*. p. 303.

<sup>10</sup> CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. p. 168.

essa condição, mostra-se apto a ocupar a posição ativa de sujeito de direitos que lhes podem ser atribuídos em relação ao aspecto personalidade, o único que de fato importa para justificar proteção jurídica de direitos (que também são da personalidade)<sup>11</sup>.

Direitos são, assim, atributos da personalidade, que necessitam de um suposto fático da vida, não de sua presencialidade. Personalidade é a chave do reconhecimento dos direitos, e não a capacidade jurídica, que localiza problemas de outra ordem, do exercício integral e pessoal dos direitos conferidos pela personalidade, problema que começa com o nascimento, que apenas aperfeiçoa, nesse sentido, o direito já atribuído<sup>12</sup>.

A personalidade é o atributo suficiente que confere proteção especificamente à *condição de nascituro* — uma posição jurídica — e não a capacidade, que não tem pertinência alguma com o aspecto *proteção de algo*, mas tão somente em relação ao aperfeiçoamento de proteção pré-existente.

É, como salienta novamente Chinelato e Almeida: “[...] qualidade de quem é pessoa. Quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o *status* atributos da personalidade. Para nós, pessoa-personalidade constitui binômio, uma vez que de há muito não existe mais a morte civil, nem a escravidão, as quais permitiam a dissociação entre pessoa e personalidade.”<sup>13</sup>

Bigotte Chorão — ainda que a classificação de que se utiliza seja um pouco distinta — opta por uma teoria realista sobre a personalidade jurídica que se fundamenta sobre as mesmas bases de justificação. Argumenta que três são os caracteres básicos que a estruturam e servem para esclarecer a distinção funcional para a justificação da atribuição de direitos aos nascituros: a noção substancialista da pessoa, a identidade entre pessoa jurídica e pessoa natural e o princípio da dignidade humana. Esse conjunto de aspectos pode ser sintetizado nos seguintes termos: todo ser humano é pessoa e, por essa única condição, é digno de

---

<sup>11</sup> Essa posição de se conferir proteção à vida e não ao seu estado de aperfeiçoamento (nascimento) é confirmada pelo texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, instrumento internacional ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, e que de outra forma, integra o ordenamento jurídico brasileiro em razão do disposto no art. 5º, § 2º da CRB de 1988. O texto da Convenção registra em seu preâmbulo que “[...] em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento.” (SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Instrumentos Internacionais de proteção dos direitos humanos**. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. p. 230).

<sup>12</sup> Afirma-se que o nascimento inicia o problema da capacidade jurídica (e não o soluciona) porque a dogmática jurídica ainda pode colocar óbices temporais ao exercício integral dos direitos atribuídos. Cf. CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. **Bioética e dano pré-natal**. p. 308.

<sup>13</sup> CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. p. 175.

consideração pelo direito na qualidade de sujeito de direitos e é, portanto, pessoa jurídica, podendo ser titular de relações jurídicas.<sup>14</sup>

*Todos*, nessa postura, têm *capacidade genérica de gozo de direitos*, sendo autênticos titulares de direitos (e não condicionados a fórmulas fixas, como aquela do Código Civil brasileiro, que condiciona a aquisição de direitos ao seu nascimento com vida), incluindo o nascituro, ainda que não lhes seja possível o exercício pessoal dos direitos, uma vez que, como sustenta o autor, restrições ou limitações a essa capacidade genérica de gozo não são justificadas<sup>15</sup>. O *conceptus* — ainda que se constatem dificuldades na determinação do início da vida — é, já *ab initio*, autêntico *titular de direitos*, pessoa jurídica e, por isso, “[...] é indispensável que o ordenamento jurídico preste particular atenção às pessoas carecidas do suprimento da respectiva incapacidade de agir e da proteção pública dos respectivos interesses [...]”.<sup>16</sup>

Pode-se falar, nesses termos, na possibilidade de proteção de um verdadeiro estatuto jurídico do nascituro, cujas bases se sustentam precisamente a partir dessa personificação do *conceptus*, reconhecendo-se-lhe, enquanto pessoa, personalidade jurídica, e posicionando-a como suficiente para a atribuição de autênticos direitos não eventuais e não submetidos a termo, que é o aspecto de fato pertinente para sua proteção jurídica. Ao contrário da capacidade, que, como se destacou, trata-se de um *a posteriori* a esse processo e evoca problemas de outra ordem, a da impossibilidade pessoal do exercício, que nada obsta a titularização dos direitos àqueles ainda não nascidos<sup>17</sup>.

O aspecto mais interessante do reconhecimento da posição jurídica de proteção, conferida ao nascituro, reside no fato de ela proporcionar o desenvolvimento de colisões de direitos em um domínio onde se poderia imaginar não haver espaço para tensões entre interesses ou valores, já que, pela tese natalista (Chinelato e Almeida) ou idealista (Bigotte Chorão), antes do nascimento, não há interesse que se pudesse colocar em conflito.

---

<sup>14</sup> BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*. p. 268-278. A mesma posição descrita por Chinelato e Almeida, e Bigotte Chorão — reconhecendo a posição jurídica ativa do nascituro na teoria dos direitos — é compartilhada no direito italiano, por Ferri, quando observa que a tradição jurídica italiana é no sentido de que o nascituro concebido deva gozar de proteção e tutela como ser humano, sendo portanto, sujeito de direito e pessoa. (FERRI, Luigi. *Tutela giuridica del nascituro*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 34-47, marzo 1980. p. 48).

<sup>15</sup> BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *Op. cit.*, p. 279-280.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 279. Nesse mesmo sentido, reconhecendo o nascimento como dado impertinente para a finalidade do reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro, o registro de: CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVII, p. 160-161, 1991.

<sup>17</sup> Cf. CHORÃO, Mário Emílio Bigotte, *Op. cit.*, p. 281-290.

Os não nascidos, nessa ótica de revisão do ordenamento jurídico privado, colocam-se em posição de autonomia frente a interesses da própria mãe, que teria um pretense direito à privacidade oponível em situações-limite de tensão (aborto, v.g.)<sup>18</sup>.

Phelan também reproduz caso interessantíssimo de colisão que exigiu a intervenção das cortes irlandesas e da Corte Européia de Justiça, onde uma garota de catorze anos de idade, suicida e grávida (segundo ela, em razão de um seqüestro), foi impedida pelas cortes do Reino Unido de viajar para abortar, por se ter reconhecido não haver superação do direito à vida do ainda não nascido, pelo direito à vida da mãe, este, sim, o fundamento que, se ameaçado, autorizaria o aborto<sup>19</sup>.

O caso *SPUC (Society for the protection of the Unborn Child) v. Grogan* trouxe no entanto, um argumento bastante inusitado, reorganizando a colisão agora não mais entre um direito da mãe à vida, e um direito de viver do *conceptus*, mas, espantosamente, a partir de um direito da mãe de livre acesso aos serviços oferecidos pelos Estados membros da Comunidade Européia. *SPUC* argumentara que o aborto não poderia ser protegido como serviço porque isso envolve a destruição da própria vida<sup>20</sup>.

No entanto, este não foi o posicionamento da Corte européia, que, interpretando as disposições comunitárias, chegara à conclusão de que a terminação da gravidez, com prática legítima, em um grande número de Estados membros, é uma atividade médica que geralmente é remunerada, e deveria ser entendida como uma atividade profissional<sup>21</sup>.

Nessa organização da relação de colisão, duas dimensões distintas de caracterização da fundamentalidade dos direitos se sobressaíam: uma em proteção aos interesses comunitários, e outra em relação a um consenso social fundamental, que considera o respeito à dimensão integral da vida, como objetivo de proteção institucional.

---

<sup>18</sup> Um quadro extenso de decisões judiciais da Suprema Corte norte-americana, posteriores ao clássico *leading case* *Roe v. Wade* (1973), pode ser conferida em: CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. **Bioética e dano pré-natal**. p. 314. Um rol dessas decisões também é organizada por: ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 12-13; p. 15; p. 48. O direito italiano também enfrenta algumas inconsistências dogmáticas no tratamento da posição jurídica do nascituro frente o próprio texto constitucional. Ferri narra a incoerência demonstrada pela Corte constitucional em 1975, quando observa que se ao mesmo tempo não se deixa de punir o aborto praticado com o consentimento da mãe, mesmo que para proteger o equilíbrio físico ou psíquico da gestante, não se reconhece equivalência entre a saúde da mãe e a proteção do embrião. De outra forma, registra que, mais recentemente, os tribunais de Firenze e Trento reconheceram a ilegitimidade da legislação sobre o aborto. (FERRI, Luigi. **Tutela giuridica del nascituro**. p. 35).

<sup>19</sup> PHELAN, Diarmuid Rossa. Right to life of the unborn v. promotion of trade in services: the European Court of Justice and the normative shaping of the European Union. **The Modern Law Review**, vol. 55, n. 5, p. 670-732, sep. 1992.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 672.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 672-673.

Na espécie, ao contrário do que se observou no caso *G. v. An Bord Uchtala*, quando se sustentou que o direito à vida implica necessariamente o direito de nascer, justificou-se que a destruição da vida era um serviço (livre) e, portanto, princípio fundamental da ordem comunitária<sup>22</sup>.

Se há um direito à intimidade circunscrito à posição jurídica individual da gestante, vislumbra-se, de outro modo — e justamente pelo objetivo da relação de dependência do processo de atribuição dos direitos ao aspecto vida — um direito de viver do *conceptus*, referindo-se à abertura dogmática do próprio conceito de vida, que é a *vida não submetida a termo* e, consubstanciando, assim, a específica qualidade do direito à vida, sob a ótica do nascituro<sup>23</sup>.

A relação de pertinência específica que vincula esta temática — desenvolvida, por ora, a partir da questão da proteção de interesses de não nascidos — com o problema da proteção jurídica das futuras gerações, é revelada nesse contexto de revisão dogmática das bases de sustentação do direito privado, quando se destaca a possibilidade da reprodução de complexos estados de conflituosidade, relacionando pretensões de proteção de interesses não posicionados em um mesmo plano temporal.

Esse potencial estado de desequilíbrio temporal mostrará, no entanto, a específica ligação com a segunda perspectiva, quando se reconhece, já nesta posição do problema, o dado da incerteza e do anonimato de perigos que expõem a qualidade de vida daqueles que ainda não nasceram, ou que têm condições de ameaçar a própria existência da vida futura em escalas de distância temporal que não são desconhecidas, escapando da capacidade de previsão da ciência, que pode desconhecer não só a qualidade dos efeitos dos perigos, a extensão subjetiva desses efeitos perigosos e, principalmente, a extensão temporal dos perigos, impedindo, portanto, a eficácia da capacidade de antecipação do sistema jurídico e das instituições democráticas.

Os direitos do nascituro apresentam-se nas relações de conflito agora como um direito a uma vida futura que seja saudável e de qualidade, mas ainda adstritos à ótica individual, sob a forma de um direito de se nascer saudável, o que já constituirá um dado fundamental para a extensão do problema para a atribuição de valor coletivo ao referencial vida, libertando-o das amarras da corporificação a um interesse individual de um membro da

---

<sup>22</sup> PHELAN, Diarmuid Rossa. **Right to life of the unborn v. promotion of trade in services: the European Court of Justice and the normative shaping of the European Union.** p. 681.

<sup>23</sup> Também a ele se refere Chinelato e Almeida. (CHINELATO E ALMEIDA. *Silmara Juny de Abreu. Bioética e dano pré-natal.* p. 316).

comunidade humana, para conferi-lo também à própria humanidade e às formas não humanas, ambas como posições jurídicas reputadas fundamentais, no novo consenso democrático<sup>24</sup>.

A relação entre tempo e incerteza integra-se desse modo na perspectiva da proteção dos direitos dos não nascidos. Trata-se de aspecto que é típico problema das sociedades de risco, e que é o principal na caracterização do conteúdo da dimensão coletiva da proteção das futuras gerações, sobretudo porque é a primeiro momento em que se evidenciou a qualidade da relação jurídica entre direito e incerteza, e que proporcionou, no momento posterior, a progressiva consolidação da aplicação do princípio da precaução, alçado, agora, à posição privilegiada no contexto da regulação jurídica dos conflitos em sociedades complexas ou de risco<sup>25</sup>.

### **2.1.2. A Dimensão Coletiva dos Direitos das Futuras Gerações: entre Direitos e Obrigações**

O que se destacará, neste momento, após a justificação da localização da natureza como um dos conteúdos dos novos direitos, é a análise de como se colocam alguns dos principais aspectos da outra face, os direitos das futuras gerações perante a teoria jurídica contemporânea.

Nesta perspectiva de coletivização da temática, a ênfase da abordagem é creditada à proteção de um sentido de dignidade da vida humana com *pertinência intertemporal*, que ultrapassa os esquemas elaborados pelo movimento civilista de revisão crítica da proteção dos direitos da personalidade, para colocar a vida como paradigma de proteção coletiva. Assim, é toda vida humana, atual ou futura é que está a merecer proteção, não só os concebidos, mas

---

<sup>24</sup> ARAÚJO, Fernando. A procriação assistida e o problema da santidade da vida. p. 93-103. Esse aspecto da conexão com a incerteza também é reproduzido em descrição de decisão da Suprema Corte norte-americana, realizada por Araújo, cuja hipótese envolvia a restrição à admissão de funcionários em determinado empreendimento, permitindo tão somente a contratação de homens e mulheres estéreis, o que se justificou em nome de uma proteção social do feto. (Ibidem, p. 91-92). Mesmo a poluição pode comprometer a qualidade de vida e esse direito de nascer com saúde, das vidas futuras. O fato foi afirmado em um estudo publicado em 1º de janeiro deste ano, no *American Journal of Epidemiology*. O estudo organizado por pesquisadores da Universidade da Califórnia, concluiu que mulheres grávidas que vivem em regiões de alta concentração de emissão de poluentes expõem seus bebês a um risco três vezes maior ao nascimento com problemas cardíacos, atingindo o feto no segundo mês de gestação, que é exatamente o período em que se inicia a formação do coração e outros órgãos. (Poluição causa males cardíacos em bebês. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 de dezembro de 2001, Caderno 1. Disponível em: <http://www.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2912200103.htm>. Acesso em: 31 de dezembro de 2001).

<sup>25</sup> Uma referência digna de consideração, que bem exemplifica a abertura proporcionada nessa perspectiva individual à urgente necessidade de aplicação do princípio da precaução, pode ser encontrada na terrível decisão proferida pela suprema corte inglesa no *Reay and Hope v. British Nuclear Fuels plc (BNFL)*. (DOUMA, Wybe Th. The precautionary principle. *Iceland Legal Journal*, Úlfjótur, vol. 49, ns. 3/4, p. 417-30, 1996. Disponível em: <http://www.eel.nl/index5.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2002).

aqueles que ainda não o foram e que eventualmente venham a ser em momentos espacial e temporal bastante distantes e remotos, que por isso, encontram-se submetidos a diversos conjuntos de contingências e circunstâncias de indefinição.

Acentua-se o desenvolvimento de novos padrões de justiça entre os homens, que se funda em critérios de solidariedade, igualdade e dignidade, atribuídas a toda a espécie humana, com projeções intertemporais: todos os homens, que já tenham nascido ou que nem mesmo venham nascer, têm direito à igual dignidade, e direitos que devem ser protegidos pelo único fundamento da solidariedade entre as gerações, que justifica a imposição de obrigações para as gerações atuais, que terão que ser cumpridas perante as gerações futuras, das quais ainda não se tem mínima expectativa de que venham a existir.

Obrigações perante as futuras gerações constituem, sem dúvida, a essência da organização desses padrões de justiça que têm, na proteção de um conceito alargado de vida<sup>26</sup> e no desenvolvimento de um novo sentido jurídico de responsabilidade (preventivo), seus principais fundamentos de justificação.

O clássico adágio romanista, que qualifica a justiça (dar a cada um o que é seu), assume novas dimensões perante as exigências das futuras gerações, como bem reconhece Agius, uma vez que, nas questões ambientais, aqueles que compõem a atual geração, têm de dar o que pertence a cada um, também aos ainda não nascidos<sup>27</sup>.

Sem dúvida, há problemas em relação à justificação racional de obrigações perante gerações cuja identidade depende de aspectos de diversas ordens e acentuadamente contingentes, o que conduz à preferência por padrões de decisão e éticas de ação de proximidade no tempo e no espaço, que, no entanto, são colocadas em teste em diversas instâncias, e superadas pelo desenvolvimento de uma nova qualificação para esses padrões de justiça.

Esses são, segundo Agius, *padrões de justiça social*, e justiça social porque são redefinidos a partir de uma perspectiva intergeracional, que permite, a um só tempo, considerar a justiça, primeiro, a partir de padrões de legitimação coletiva, e que os padrões de justiça possuem exigentes pretensões de inclusão, que não podem ser obstadas pelo tempo, de

---

<sup>26</sup> Trata-se de um direito à vida segura, que é o conteúdo jurídico dos *direitos biodifusos*. Para tanto, conferir o primeiro capítulo, e especialmente: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini. *A vida como uma invenção*. Texto de conferência, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2002.

<sup>27</sup> AGIUS, Emmanuel. *Obligations of Justice Towards Future Generations: A revolution in social and legal thought*. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). *Future generations and international law*. London: Earthscan, 1998. p. 4.

modo que referências de coletividades perspectivadas no tempo são cada vez mais comuns para a atribuição de sua definição<sup>28</sup>.

Nesse sentido, as futuras gerações, compreendidas a partir de uma revalorização do conceito de humanidade, são dado fundamental para a reestruturação dos direitos humanos, como direitos de cada pessoa, independente se existem atualmente agora ou se de fato existirão em um futuro, uma vez que a única razão de sua atribuição reside no fato de ser pessoa, e pessoa enquanto membro da espécie humana, que não admite restrições temporais<sup>29</sup>.

A opção por um padrão de justiça passa a admitir dimensões intergeracionais, uma justiça entre gerações, onde bem comum e justiça social são, na leitura de Agius, os dois dados de justificação desse modelo de justiça, que se projeta agora em dimensões temporais<sup>30</sup>.

Referir-se ao bem comum, diante das contribuições oriundas da nova ecologia e dos processos de abertura cognitiva de juridificação da realidade social, importa considerar, como reconhece Agius, que o bem comum deve incluir não só a espécie humana, mas também os recursos naturais da Terra, já que todas as espécies, vivendo, agora, ou que virão, no futuro, necessitam e necessitarão do ambiente como condição necessária para seu bem-estar, e não só o homem, que passa a ser considerado, nessa perspectiva, parte da natureza, e não um elemento que lhe é estranho e que exerce seu poder de dominação<sup>31</sup>.

O *bem comum* nessa ótica estende-se assim, como *condição de dignidade atribuída a todas as espécies*, sem exceção; todas as comunidades, humanas ou não humanas, devem poder desfrutar desse *status comunitário de otimização de suas condições de vida*.

Mas a justiça também se apresenta como justiça social, onde se desenvolve a idéia de obrigações da comunidade com todos os outros membros, e particularmente com aqueles que estejam posicionados em condições de especial desfavorabilidade; justiça social é assim

---

<sup>28</sup> AGIUS, Emmanuel. *Obligations of Justice Towards Future Generations: A revolution in social and legal thought*. p. 4-7. Agius, nesse sentido, indica a referência da humanidade, constatando que inclui também as gerações presentes e futuras como coletividade. (Ibidem, p. 6-7). No mesmo sentido, Nagy sustenta a inclusão das futuras gerações no conceito de humanidade, assinalando a importância da assimetria da relação reunida em torno desse conceito. As futuras gerações guardam a especificidade de ainda não existirem, mas já têm interesses particulares, mas que não são completamente identificados com os interesses da humanidade como um todo. (NAGY, Boldizsar. *Speaking Without a Voice*. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). *Future generations and international law*. London: Earthscan, 1998. p. 60).

<sup>29</sup> AGIUS, Emmanuel. Op. cit., p. 8.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 9. Essa postura pode também ser identificada na Ética da Terra de Aldo Leopold, que concebe a Terra como comunidade à qual pertencemos, e não o inverso, como é acentuado na perspectiva padrão de dominação da natureza pelo homem. (Cf. em: LEOPOLD, Aldo. *The Land Ethic*. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996.).

condição de atribuição de equidade e proporcionalidade no tratamento de todos os membros da espécie humana, mediante a correção dos estados de violação do objetivo equalizador<sup>32</sup>.

Note-se que esses estados de desfavorabilidade são colocados em relações intertemporais, relacionando os membros de única geração entre si (*justiça intrageracional*), ou entre gerações distantes e remotas (*justiça intergeracional*), destacando-se especial importância que deve ser creditada ao aspecto dos interesses das gerações vindouras, já que se posicionam, a princípio, em desvantagem em relação às condições de decisão que já desfrutaram as gerações presentes<sup>33</sup>.

A justiça social vale-se da idéia de solidariedade como princípio de justiça, que obriga normativamente (moral ou Direito) o homem a auxiliar aqueles que se colocam em estados de desfavorabilidade, e admitir-se padrões de justiça intergeracional importa decisivamente considerar que não se podem estabelecer preferências temporais entre as posições de proteção de interesses<sup>34</sup>.

As futuras gerações colocam-se em estado potencial de desvantagem, e a justiça social objetiva recompor a relação de equilíbrio que emana da noção de justiça, impedindo que a distância geracional possa ser utilizada como critério racional de discriminação ou privilégio, que serve, também, como importante fundamento de sustentação de novos modelos democráticos de decisão, baseados na consideração de problemas de ordem intergeracional, na concepção de democracia como auto-limitação do poder, sobretudo, do poder constituinte.

Não há, dessa forma, condições de se reconhecer privilégios temporais em um padrão social de justiça e em um modelo intergeracional de democracia<sup>35</sup>.

Não se tem qualquer direito de intervir de forma irreversível sobre o ambiente e privar as futuras gerações da oportunidade de acesso a essas condições, estabelecendo-se uma verdadeira proibição de que qualquer das gerações exclua a subsequente nessa relação.

Oportunidade, acesso e decisão compõem uma relação que ocupa a posição central de proteção, nos processos de realização da justiça social, que é, antes de mais nada, *justiça intrageracional e intergeracional*.

Note-se que se fala em *relação protegida*, e não propriamente em direitos individualizáveis ou atribuídos a grupos (na ótica da teoria jurídica clássica), pois a exemplo

---

<sup>32</sup> AGIUS, Emmanuel. *Obligations of Justice Towards Future Generations: A revolution in social and legal thought*. p. 9.

<sup>33</sup> Cf. MALHOTRA, Ajai. A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law. In: AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). *Future generations & international law*. London: Earthscan, 1998. p. 46-47.

<sup>34</sup> AGIUS, Emmanuel. Op. cit., p. 10.

do que se desenvolveu em referência ao problema da justificação da proteção da natureza, aqui também deve-se substituir o discurso dos direitos (estruturado pela capacidade de se atribuir *poderes de ação* a determinados titulares, e na idéia de *posse de algo*, posse desses poderes) pela noção de atribuição de responsabilidades e obrigações, remetendo à idéia de proteção de posições jurídicas, conceito bastante mais aberto e funcional ao desenvolvimento das condições de efetividade dessa nova realidade jurídica<sup>35</sup>.

Nessa nova ótica, direitos se desenvolvem como poderes de se proibir a violação dessas obrigações, ou de se exigir a observação dos deveres e responsabilidades perante as futuras gerações, que são, como já se expôs no capítulo anterior, *assimétricas*.

As obrigações assimétricas não creditam às gerações presentes poderes de predição, ou lhes atribuem condição de adivinhos, futurólogos ou profetas que poderiam dizer, com absoluta exatidão, determinar e precisar o que querem, necessitam, podem ou não podem as futuras gerações. Colocam-lhes, ao contrário, limites ao seu poder de decisão sobre o próprio presente, objetivando preservar as condições de um futuro.

Não há, por essa razão, na proposta de se organizar sistemas de proteção jurídica dos interesses das futuras gerações, qualquer possibilidade de se reconhecer uma absoluta liberdade ética às gerações presentes, para lhes conferir integral poder de decisão sobre todos os interesses das futuras gerações ou, mesmo, para negligenciá-los.

Essa observação responde negativamente ao famoso paradoxo proposto por Derek Parfit, que justificaria uma diminuição de nossas responsabilidades perante as futuras gerações, porque sempre que as decisões que hoje são tomadas sobre políticas ambientais, com graves e desastrosos efeitos para a posteridade, as gerações futuras não poderão querer que tivéssemos agido de forma diferente ou encontrado soluções alternativas ou menos lesivas. Por essa razão, as gerações futuras não poderiam dizer que são vítimas dessas ações ou desses processos de decisão e, por isso, Parfit sustenta ser possível reconhecer uma liberdade ética conferida às gerações presentes para desprezar ou desconsiderar os interesses das gerações futuras, por ser fundada em uma postura extremamente cética sobre a

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, cf. STONE, Christopher. Safeguarding future generations. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998. p. 76.

<sup>36</sup> Nesse sentido, examinando a possibilidade de considerar as futuras gerações como sujeitos de Direito internacional, cf. MALHOTRA, Ajai. **A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law**. p. 42. Nickel também relaciona sua crítica à linguagem dos direitos, não acreditando que possam dominar a linguagem do ambientalismo, sendo preferível que o discurso ambiental se estruturasse em termos de respeito e responsabilidades perante a natureza e de justiça e obrigações perante as futuras gerações. (NICKEL, James W. Intergenerational equity, future generations, and sustainable development. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Congresso internacional de direito ambiental. 5 Years after Rio**. São Paulo: IMESP, 1997. p. 79).

possibilidade de que intervenções sobre o ambiente pudessem causar resultados a indivíduos, por mais distintos que fossem, anos depois, viessem ou não existir<sup>37</sup>.

Compreendida nesses termos, a representação desses interesses se estrutura através de um autêntico modelo de guarda (garantia), posicionando as gerações presentes como guardiães das condições do futuro<sup>38</sup>, que só se faz possível, se forem tomados, como propostas, alguns aspectos bastante pertinentes apresentados por Nagy: primeiro, a representação desses interesses não precisa e, provavelmente, não deve ser uniforme, necessitando de atenção especial às particularidades das diversas espécies de problemas referentes à proteção desses interesses. E, em um segundo momento, deve-se reconhecer um papel fundamental ao desenvolvimento de mecanismos de participação para essa representação, conferindo-lhe uma abertura a atores não estatais<sup>39</sup>.

Um problema central, no entanto, ainda mostra sua pertinência na organização desses processos de proteção das condições de decisão desses interesses: afinal, quem são as futuras gerações, e que espécies de interesses (qualidade) efetivamente se devem considerar na proteção dessas condições? E após determinado o círculo dos interesses protegidos por obrigações de proteção, convém se precisar de que forma esses interesses podem ser juridicamente protegidos.

Inicialmente pode-se considerar, como ponto-de-partida, o argumento segundo o qual proteger as condições de um futuro e as preocupações relacionadas com o estado do futuro, não contemplam uma proposta que estrutura sistemas de proteção e garantia, apenas de gerações futuras compostas por humanos, e o bem-estar restritivamente considerado sob a perspectiva dessas populações.

Essa circunstância já foi evidenciada por Agius, em sua leitura realizada a partir da redefinição axiológica da justiça social, onde o conceito de bem-estar se projetava de forma a alcançar o valor *vida* em todas as suas formas, humana ou não-humana.

---

<sup>37</sup> Como explica Ariansen, esse paradoxo é um problema de não identidade entre os interesses distantes e separados no tempo, e só se aplica àquelas ações que, no presente, tem alguma relevância com problemas referentes aos interesses daqueles que ainda não nasceram, com é, v.g, a questão ambiental. (ARIANSEN, Per. Beyond Parfit's Paradox. In: AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). **Future generations & international law**. London: Earthscan, 1998, p. 13). Pertinente também é a consulta à nota de número 3 que consta da página 178. Sobre o ceticismo da proposta de Parfit, cf. D'AMATO, Anthony. Do we owe a duty to future generations to present in the global environment? In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). **An Environmental Law Anthology**. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

<sup>38</sup> AGIUS, Emmanuel. **Obligations of Justice Towards Future Generations: A revolution in social and legal thought**. p. 11.

<sup>39</sup> NAGY, Boldizsar. **Speaking Without a Voice**. p. 62.

É o que também ressalta Stone, para quem, proteger o futuro, não dirige o ângulo de observação do problema diretamente para os interesses vinculados ao bem-estar de pessoas<sup>40</sup>.

Já se pode, nesse ponto, até mesmo vislumbrar condições de fundamentação racional para a inclusão de outros interesses que não os da espécie humana, na pretensão de juridificação da posição das futuras gerações. Esse ponto é observado na estruturação de sistemas de proteção baseados em modelos especializados de guardiões (e não atribuindo a função com exclusividade a um único guardião), nos moldes intencionados por Nagy, de representação especializada e atribuída a atores não estatais, onde não só os interesses do homem de amanhã, mas recursos naturais, objetos e recursos culturais constituem aspectos igualmente dignos de consideração na definição das obrigações de garantia e de proteção<sup>41</sup>.

A principal dificuldade na apresentação das respostas para as questões propostas acima, referentes às futuras gerações, gira sempre em torno da tendência verificada em se desenvolver análises do problema da relação entre diversos aspectos e variáveis relacionadas ao futuro, a partir de um enfoque de pretensa identidade, onde tudo e qualquer decisão a ser tomada remontaria ao problema das futuras gerações.

Se por um lado não se trilha pelo paradoxo de Parfit para desconsiderar qualquer responsabilidade ética da atual comunidade perante o futuro, opta-se pela sua rejeição radical, onde qualquer aspecto, circunstância ou valor, seja a natureza, a cultura, a ciência, estão sempre relacionados ao futuro, e por mínimo que seja o referente envolvido em qualquer decisão trivial a ser tomada, esta teria que levar em conta as futuras gerações.

Esse ponto específico do problema não passou sem ser percebido pela análise de Stone, que a ele responde com precisão, ao exemplificar o quadro dessa possível composição de interesses com alto grau de diferenciação, tomando como referência o caso da proteção da fauna: o reconhecimento da condição dos vários objetos, que são representados por guardiões especializados, não significa que, em um específico contexto, um argumento de proteção das baleias seja necessariamente coincidente com um argumento para as futuras gerações<sup>42</sup>.

Stone reconhece as dificuldades de se organizar os caminhos para o desenvolvimento da justificação dessas obrigações de proteção a esse conjunto de outros valores, incluindo a natureza, atribuindo ao vocabulário moral utilizado para verbalizar as razões de justificação

---

<sup>40</sup> STONE, Christopher. *Safeguarding future generations*. p. 66.

<sup>41</sup> NAGY, Boldizsar. *Speaking Without a Voice*. p. 62. No mesmo sentido, cf. STONE, Christopher. *Defending the global commons*. In: SANDS, Philippe (Ed.). *Greening international law*. London: Earthscan Publications, 1993. p. 34-49.

<sup>42</sup> STONE, Christopher. *Safeguarding future generations*. p. 66.

dessas obrigações de proteção. Estas, como explica, geralmente são mais adequadas para estimar pretensões de pessoas ainda não nascidas, mas não de objetos ou espécies<sup>43</sup>.

Uma consequência do problema de se adequar os discursos morais de obrigações também ao grupo dos interesses não humanos é a tendência de não diferenciação entre a atribuição de valor às futuras gerações e ao ambiente, de forma que argumentos pró-ambiente seriam sempre incorretamente associados a sentimentos pró futuras gerações<sup>44</sup>.

Decidir sobre o futuro, como se perceberá com maior precisão na análise do princípio da precaução e das condições de realização dos *direitos biodifusos*, importa considerar todos os diversos referenciais que interessam à equalização das específicas qualidades da circunstância de concretização exigida, em hipóteses particulares de avaliação, atividade que só pode ser ordenada através de juízos e julgamentos por ponderações<sup>45</sup>.

Isso porque, como explica Stone, não se pode estabelecer com facilidade que em hipóteses de conflitos entre interesses humanos e a necessidade de se preservar uma espécie, ou objetos e criaturas não humanas, a solução deva se dar sempre em benefício das preferências humanas, mitigando a importância destes. Diz Stone que os *supostos de decisão* das futuras gerações não estão formados ainda, e são nossas escolhas que os formarão<sup>46</sup>.

E a proteção de tais condições de decisão, em processos que exigirão informações sobre aspectos altamente diversificados e especializados, referindo-se a problemas de diversas ordens, como, v.g., culturais, sociais, científicos, morais, ambientais e políticos, não permite que se afirme como adequada uma postura que reconheça autênticos direitos de gerações futuras que poderiam instaurar, nesse futuro, distante e hoje, meramente circunstancial, verdadeiros processos de repriminção de violações ocorridas hoje e que lesariam seus interesses, hipótese absurdamente irracional.

O que se tem, como já se desenvolveu na fundamentação dos *direitos biodifusos*, é a organização de sistemas jurídicos que atribuam obrigações e deveres de proteção às gerações

---

<sup>43</sup> STONE, Christopher. *Safeguarding future generations*. p. 66.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Stone também afirma que decisões sociais em geral devem compor interesses, colocando-os em balanço, calculando as condições de proteção e segurança das futuras gerações. (Idem).

<sup>46</sup> Idem. Com esta observação, pode-se enfatizar, com toda precisão, que definitivamente não somos nós os portadores do poder de dizer o que querem ou o que devem fazer as futuras gerações. Essas decisões serão realizadas no futuro, onde serão atribuídos os valores e a importância a cada aspecto pertinente dos conflitos, momento em que cumprirão importante papel os guardiões especializados, com informações adequadas para melhor estruturar os juízos de avaliação e os julgamentos sobre as diversas referências em relação. Cumpre-nos assegurar condições para que as comunidades futuras façam suas próprias opções, o que depende, em parte, de que controlemos e restrinjamos parte de nossa liberdade de decisão, aspecto que será melhor examinado no último capítulo.

atuais, justificados em considerações de diversas ordens, mas que não têm relação de reciprocidade com direitos que as outras gerações pudessem exercer perante estas.

Não há direitos das gerações futuras contra nós, postura que deforma a essência da própria idéia dos direitos, já que suporia a possibilidade desse quadro colocado sob objeções, que nas palavras de Stone, colocariam nas mãos daqueles que viriam viver no ano de 2200, meios de remediar violações perpetradas pelos mortos, nós, os das gerações antecedentes<sup>47</sup>.

O que se tem, para a primeira resposta aos problemas colocados previamente, é uma composição de interesses dotados de valor autônomo, mas não coincidentes, e que não têm condições de estabelecer juízos de dirigência moral das opções e dos processos de decisão, que envolverão, sempre, julgamentos racionalmente ponderados, refletindo juízos sobre as exigências concretas de *otimização* dos valores colocados em relação, sejam eles, sociais, políticos, culturais, morais, dos bens naturais, da vida não humana, ou das próprias preferências humanas.

O aspecto que se acentua no desenvolvimento da proteção de interesses das futuras gerações, e que se apresenta uma vez mais nesta oportunidade, é a abertura para a valoração de outros referenciais e interesses que não são coincidentes exclusivamente com as preferências humanas, mas que também não podem ser indicados como substitutos morais destas.

Em relação aos direitos titularizados nas futuras gerações, melhor seria *substituí-los* por obrigações de proteção de posições jurídicas e direitos conferidos *às próprias gerações contemporâneas*, de exigir a correção dessas obrigações e controlar sua execução, sempre no interesse daquelas que ainda não existem, cumprindo salientar, sempre, que a estas reserva-se a função de guardiãs dos interesses futuros. Não lhes cabe aniquilar as condições de tomada de decisões substanciais pelos ainda não nascidos, de modo que escolhas trágicas sobre a extinção de espécies ou desconsideração deste ou daquele ecossistema, definitivamente serão sempre consideradas atentatórias à necessidade de proteção daquelas condições para o futuro<sup>48</sup>.

Cumpra agora tentar oferecer alguns elementos para a segunda questão: de que forma podem ser protegidos os interesses das futuras gerações?

---

<sup>47</sup> STONE, Christopher. *Safeguarding future generations*. p. 67.

<sup>48</sup> Stone também reconhece como correta essa proposta, asseverando que melhor seria falar não em termos de direitos da posteridade, mas nas nossas próprias responsabilidades, que ganham um sentido dinâmico e menos inflexível que o modelo de direitos e obrigações. Responsabilidade e não obrigações é a chave para a justificação do problema, em Stone, já que falar-se em obrigações, importaria recuperar a ótica da reciprocidade que fundamenta o sistema típico da teoria jurídica clássica. (Idem).

Assim, Stone indica como formas de se assegurar essa garantia, previsão de níveis eficientes de instrumentos de contenção, diminuição ou eliminação de prejuízos, a precaução em face de calamidades específicas, e a diminuição da possibilidade de prejuízos irreversíveis, circunstâncias que, em conjunto, servirão para justificar a importância posterior, a ser atribuída ao princípio da precaução<sup>49</sup>.

Nesse momento, Stone permite a introdução do elemento que será decisivo para a organização da proposta que se fará neste trabalho, no sentido de dotar os interesses das futuras gerações de condições de concretização.

O jurista observa, com extremo discernimento, que a perspectiva da precaução, em face de eventos catastróficos, coloca-se não como problema de se identificar quem são as futuras gerações, mas o de *como formar as decisões* sobre seus interesses.

Acentua que, nessa proposta, as gerações atuais — às quais se atribui a função de garantia e proteção de seus interesses — *não estão na posição de conclusão da decisão*; não têm a palavra final sobre aqueles interesses. Não se trata de *ato decisório*, mas de *processo de decisão*. É de processo que se refere quando estão em jogo as condições de concretização dos interesses das futuras gerações; as decisões são processualizadas em torno da avaliação dos riscos e das alternativas possíveis, demonstrando um caminho de democratização como opção à tecnização da decisão<sup>50</sup>.

A questão da determinação da qualidade dos interesses das futuras gerações e a organização das condições de sua proteção indicam como proposta provisória de ordenação do problema o caminho de julgamentos e juízos bem informados, que permitam a reunião de conjuntos especializados e bastante diversificados de informações referentes às exigências concretas de proteção e realizadas a partir da perspectiva do processo.

Opta-se pela substituição de modelos de singularização subjetiva dos atores com autoridade para decidir, por modelos de relações coletivas e plurais, onde uma composição plural de atores é responsável pela decisão.

Com o afastamento da temática dos interesses das futuras gerações, de referenciais individualistas e atomizados, circunscritos a problema de posse de poderes e direitos e, principalmente, de referências morais hierarquizadas<sup>51</sup>, a questão dúplice da determinação de sua qualidade e de como protegê-los, a partir de uma proposta jurídica racional, converge para

---

<sup>49</sup> STONE, Christopher. *Safeguarding future generations*. p. 73-75.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>51</sup> Essa leitura pretensamente sustentaria *preferências* temporais creditadas à condição dos atuais sujeitos sociais, ou preferências por opções de exclusividade guiadas por preferências humanas, ou por preferências não-humanas.

a afirmação de uma exigência dogmática de se considerá-la como problema organizado necessariamente sob uma perspectiva coletiva<sup>52</sup>.

Dessa forma, o problema topicamente enfrentado não se circunscreve à questão dos direitos dos nascituros, onde a ausência do suporte fático da presencialidade atual atua como fator obstativo do exercício (não da titularidade de direitos)<sup>53</sup>.

Trata-se aqui, não de uma postura de cisão ou diferenciação entre os interesses não-personificados, mas, sim de uma perspectiva coletiva e integrativa, de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais, ligados e relacionados em torno de uma recuperação do ideal kantiano de humanidade, que não admite restrições temporais e espaciais. A humanidade como o *tópos* da coletivização da qualidade dos interesses das futuras gerações, assim, não adstringe o problema aos limites de um Estado nacional e nem aos titulares presenciais de direitos. Privilegia uma perspectiva comunicativa entre instâncias de juridicidade de complementação e *otimização* da concretização dos direitos fundamentais.

Assim, decisões de longo termo e julgamentos com vínculos com o futuro não podem mais ser considerados problemas da espécie humana, ou exclusivamente problemas relacionados à proteção da natureza, bem como não têm condições de serem tratadas como circunstâncias submetidas à atividade particular e individualizada de autoridades institucionais. A especificidade da qualidade dos interesses transgeracionais exige, como já se afirmou, que se reconheça a necessidade de se considerar que decisões sobre o futuro devem realizar julgamentos e avaliações ponderadas sobre o conjunto de aspectos pertinentes aos interesses envolvidos, integrando um componente de *participação coletiva em processos de decisão*, e não opções de seletividade realizadas por agentes dotados de competências institucionais para decisões.

---

<sup>52</sup> A postura individualista pode ser bem exemplificada na posição de Javier Perez Royo, que valendo-se do modelo de relação jurídica típico de relações privadas, afirma que toda relação jurídica necessita de sujeitos individualizados, e, por isso, se não se podem identificar indivíduos, não há relação jurídica. (ROYO, Javier Perez. *apud* CALERA, Nicolás López. CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?* p. 142).

<sup>53</sup> Essa posição de ruptura com a abordagem oriunda do direito privado e da perspectiva dos direitos do nascituro — substituída por uma perspectiva coletiva — encontra referência na doutrina brasileira, no original trabalho de Alencar, onde se utiliza da noção de futuras gerações utilizada no âmbito do *Global Network on Responsibilities towards Future Generations and Their Environment*. (ALENCAR, José Maria Quadros de. Nota prévia acerca dos direitos das futuras gerações. *Justiça e democracia*, São Paulo: RT, n. 2, p. 168; p. 170, 1997). O mesmo aspecto é considerado de maneira mais incisiva na doutrina estrangeira, nos trabalhos de Edith Brown Weiss, como se perceberá na análise do princípio da equidade intergeracional, ainda neste capítulo.

### 2.1.3. A Declaração sobre a Responsabilidade das Presentes Gerações perante as Futuras Gerações

A dimensão coletiva da condição jurídica das futuras gerações conquanto se apresente como desafio aos sistemas jurídicos dos Estados nacionais, já não constitui aspecto que cause perplexidade à comunidade jurídica internacional, que, em diversas oportunidades, dedicou atenção às futuras gerações em considerações de tratados e convenções internacionais, ou mesmo ao longo de textos de declarações ou programas de ação<sup>54</sup>.

Ainda que a referência normativa às futuras gerações não constitua um dado novo ao direito, um mínimo esforço de sistematização e regulação normativa diferenciada, que pudesse considerar a particularidade de sua organização, não se tinha procedido ao longo das oportunidades em que as futuras gerações mereceram a atenção do direito internacional.

Essa carência somente foi superada no dia 12 de novembro de 1997, quando a Conferência Geral da UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) por ocasião de sua 29ª sessão, adotou o texto do que viria ser a referência jurídica para a compreensão da particularidade normativa dos novos direitos relacionados às futuras gerações. Trata-se do texto da Declaração sobre a Responsabilidade das Presentes Gerações perante as Futuras Gerações<sup>55</sup>.

O texto está organizado ao longo de doze artigos, de onde poderiam ser destacados os cinco dispositivos inaugurais, que encerram e sintetizam todo o conjunto de considerações que foi realizado no capítulo anterior, e que se retornará a analisar no momento da apreciação do princípio da equidade intergeracional.

Reconhece-se, logo no artigo primeiro, a existência de necessidades e interesses das futuras gerações, atribuindo-se às gerações presentes a responsabilidade por assegurar que as necessidades e os interesses de todas as gerações sejam integralmente protegidos, onde se observa com perfeição a assimetria da relação jurídica que aqui se estabelece.

No segundo artigo, está protegido o principal aspecto que qualifica a proteção desses interesses e necessidades, que gravita em torno da proteção, que hoje é realizada, da liberdade de escolha dos futuros membros da humanidade.

---

<sup>54</sup> Ainda neste capítulo (2.4.2), poderá ser consultada uma relação dos principais instrumentos internacionais que se referem à condição jurídica das futuras gerações.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations**. Disponível em: [http://www.unesco.org/human\\_rights/hrcontent.htm](http://www.unesco.org/human_rights/hrcontent.htm). Acesso em: 29 de julho de 2001.

Em seguida, o texto da declaração afirma a necessidade de manutenção e perpetuação da humanidade, que depende necessariamente da preservação da vida na Terra, relação de interdependência que é reconhecida expressamente pelo quarto artigo, na forma de imposição de obrigações de uso razoável dos recursos e da proibição de prejuízo da condição dos ecossistemas e de vida das futuras gerações.

Essa relação entre os interesses do homem e da natureza é enfatizada definitivamente no quinto artigo da declaração, que trata da proteção do ambiente, impondo, da mesma forma, às gerações presentes, obrigações de não poluir, obrigações de manutenção de um desenvolvimento sustentável e preservação das condições de qualidade e integridade da vida e, principalmente, a obrigação de que nós consideremos sempre as possíveis conseqüências que nossas ações e projetos possam produzir perante as futuras gerações, antes mesmo de seu início.

Dessa síntese, pode-se perceber com clareza que estão contemplados os principais aspectos que a teoria jurídica tem priorizado no desenvolvimento do significado da proteção jurídica das futuras gerações: a) a assimetria das relações; b) a consideração de um sistema normativo baseado menos em direitos e muito mais em obrigações; c) o reconhecimento de uma perspectiva de interdependência entre a proteção da condição das futuras gerações e a proteção do ambiente e, sobretudo; d) a compreensão intergeracional dos processos de decisão.

Todos esses aspectos começarão a ser apreciados com maior detalhamento nas condições de concretização dos novos direitos — especialmente o último, referente à compreensão dos processos de decisão — encontrando sua consolidação, no momento em que for apresentado o princípio da equidade intergeracional.

## **2.2. CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS: UM PROBLEMA DE DECISÃO**

A realização dos novos *direitos* — que relacionam necessidades ecológicas e a proteção de interesses intergeracionais, em uma perspectiva transnacional e intertemporal, e se encontram submetidos a contextos de riscos, incertezas e estados de imprevisibilidade — postula um elevado grau de exigência dogmática na estruturação das condições para sua concretização.

Um primeiro problema deve ser acentuado como necessário na identificação e determinação das condições de realização e proteção jurídica desse conjunto de novos

direitos: novamente o que se enfrenta é essencialmente um problema de *défices*, *défices* de decisão que atingem o objeto de concretização e que revelam graves problemas na comunicação entre o Direito e a realidade social.

Michel Serres assim sintetiza essa evidência:

Os tribunais do conhecimento conhecem as causas, freqüentes fontes de conflito, antes de conhecerem as coisas, muitas vezes pacíficas, ainda que os sábios conheçam as coisas antes de se baterem pelas causas. Em ciência, o direito antecipa o facto como os sujeitos precedem o objecto; mas o facto antecipa o direito como o objeto precede o sujeito. [...] Um mundo mundano, unido por contrato, entre também em relação com o cenário mundial ligado por leis cuja relação com as leis jurídicas dos tribunais com competência para julgar as nossas causas, não somos capazes de descrever.<sup>56</sup>

Os dados informativos da qualidade substancial dos novos *direitos* revelam pretensões bastante exigentes que precisam ser concretizadas a partir de um pressuposto de fato de elevado grau de insuficiência de informações, a qual precisa conduzir e servir de vetor de direção dos julgamentos e das opções que serão feitas. O problema passa a ser compreendido então como um autêntico problema de decisão, e toda decisão precisa de dados e informações.

Trata-se de decisão que, pela relação com os novos direitos, além de potencialmente não possuir dados suficientes, pode possuir dados que se mostrarão, no futuro, incorretos, dados que hoje já são incompletos, dados que nem mesmo hoje podem ser considerados precisos e seguros e, principalmente, pode-se não possuir dado algum, situação que bem parece localizar o específico problema enfocado dos direitos das futuras gerações e da proteção jurídica da natureza.

Nesse amplo panorama dos limites do problema de concretização desses novos direitos, podem ser enunciadas três exigências principais que, conquanto não possam atingir o valor da certeza<sup>57</sup>, podem ao menos permitir a superação de um estado inicial de elevado grau de incerteza e reduzir os *défices* ao ponto de tornar possível graus de concretização diferenciados e específicos e, principalmente, resultados possíveis:

- a) o desenvolvimento da noção de processualização do direito;
- b) a opção por modelos de racionalidade jurídica baseados em princípios, e

<sup>56</sup> SERRES, Michel. **O contrato natural**. p. 42.

<sup>57</sup> Por serem incompatíveis modelos de regulação fundados na previsibilidade, e também a proteção da certeza em contextos de desequilíbrio e complexidade, preferindo-se modelos conciliatórios e processualizados, de *otimização* ponderada das condições de concretização e de flexibilização das soluções. A certeza cede espaço para valores mais flexíveis, como verossimilhança e probabilidade.

c) a opção pela implementação de juízos de ponderação nos contextos de plurificação e multiplicação de interferências de diversos sistemas.

Essas exigências indicam um novo e interessante caminho para a estruturação de forma de proteção de posições jurídicas vinculadas à realização de direitos fundamentais de difícil ou precária concretização imediata, devido a certos obstáculos fáticos, jurídicos, ou circunstâncias de flexibilidade ou inconsistência dogmática, como no caso dos *direitos biodifusos*, representadas pelos riscos, pela incerteza e pela imprevisibilidade.

Novos modelos e padrões de decisão terão de ser desenvolvidos para lidar com os diversos graus de incerteza e riscos que informam seu processo de formação, em propostas mistas de gestão de riscos ou decisão a partir da incerteza, dimensão que é bem representada pelo princípio da precaução.

Isso porque, como lembra Botkin, quando se faz escolhas sobre o ambiente, existe um típico problema na relação que se estabelece entre Direito e o Ambiente, que opera a partir de incompreensões e suposições incorretas, que estão erradas porque o paradigma de referência que guia essas escolhas se ocupa de fatores que estão todos incorretos. É necessário, portanto, a mudança nessa referência<sup>58</sup>.

A mudança exigiria a substituição, primeiro, do mito do equilíbrio da natureza, da antiga e velha idéia da natureza intocada e em constante estabilidade<sup>59</sup>.

Assim, a referência do equilíbrio da natureza, cedendo espaço para uma compreensão de sua imprevisibilidade, incertezas e instabilidade, coloca diretas objeções aos padrões de decisão que também eram estruturados para atender os objetivos daquela referência.

Diminuir a razão e a extensão dos impactos ambientais, é uma das estratégias cruciais para o direito ambiental no mundo de uma ecologia dinâmica, valendo-se de soluções baseadas na *análise dos riscos*.

Mas essas decisões e julgamentos sobre a medida do equilíbrio e sobre a suportabilidade dos riscos, como se perceberá neste capítulo, não podem ser questões fundadas em juízos eminentemente técnicos. São, antes, problemas de julgamento que precisam ser orientados por critérios múltiplos: sociais, políticos e culturais.

A medida de equilíbrio é colocada como problema de *decisão ecológica*, já que se deve reconhecer que a ciência é um modelo precário de ordenação, porque apenas pode

---

<sup>58</sup> BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to nature's discordant harmonies*. p. 26.

<sup>59</sup> *Idem*.

quantificar razões e impactos, mas não pode dar respostas ao novo problema que surge como qualidade específica das decisões ecológicas: *o ótimo da decisão*<sup>60</sup>.

Dizer o *ótimo ecológico*, como se demonstrará adiante, não é problema exclusivamente técnico, mas fundamentalmente social, muitas vezes, de políticas públicas, e que reúne múltiplos atores e agentes que têm condições de informar da melhor forma possível a decisão, permitindo que esta possa contemplar a integralidade exigida da avaliação dos problemas, o que seria improvável a partir da opção por modelos científicos puros.

O ótimo da decisão ecológica, assim, não pode ser apurado apenas a partir da ciência, mas exige uma composição inclusiva de diversos aspectos, científicos, econômicos, culturais, políticos, sociais e ecológicos, revelando-se um autêntico problema de escolhas políticas e não só de escolhas técnicas ou jurídicas.

Trata-se de considerar o problema da concretização desses novos direitos, fundamentalmente, como problemas de decisão, que só podem ser enfrentados através de processos, onde devem ser mensurados todos os dados pertinentes à específica hipótese de decisão, através de técnicas de ponderação, conjunto que é representação direta de um paradigma de *Direito reflexivo, situativo* ou, ainda, *líquido*, que passam a ser considerados modelos metódicos específicos das sociedades complexas ou das *sociedades de risco*<sup>61</sup>.

### **2.2.1. A Processualidade dos Novos Direitos: Concretização de Direitos Fundamentais em Modelos Societais de Complexidade**

Responder à questão de como os direitos e a proteção de posições jurídicas pode ser realizada, no contexto das sociedades complexas, traz imediatamente à discussão dados de um contexto particular de transformação do Direito e das formas das quais se utiliza para realizar seus objetivos.

O direito perde a posição de centralidade como princípio de legitimação do poder e de legitimação do próprio Estado, e cede espaço a uma nova forma de Direito, que se torna mais complexo, diferenciado e sistêmico, assumindo as feições de um direito *contextualizado*, *particularista* e *circunstancial*, que se ocupa menos de uma regulação abstrata e formal, do

---

<sup>60</sup> Nesse sentido: WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 21.

<sup>61</sup> Botkin coloca como condições para se enfrentar esse problemas através do novo paradigma: 1) evitar hipóteses baseadas em mitos; 2) avaliação de dados; 3) criar processos abertos envolvendo o público. (BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to nature's discordant harmonies*. p. 38).

que regras de competência técnica ou, mais precisamente, com o problema de como avaliar normas e fatos<sup>62</sup>.

E, na sociedade de riscos, esse problema de como avaliar as normas e os fatos — que é um típico problema de decisão — é complementado pela integração do elemento desordem e desequilíbrio como pressuposto de organização dos problemas das sociedades de risco, que demanda, pela sua pertinência neste particular, uma nova reflexão sobre os padrões de realização dos *direitos biodifusos* intergeracionais.

São todos atributos típicos de organização de uma nova forma de direito própria de um contexto diferenciado de compreensão dos conflitos e fundamentação das decisões, que Ladeur considera um *direito pós-moderno*, caracterizado pela desvalorização de regras e valores estáveis, e do conhecimento e experiência comuns, circunstâncias que justificam por que a moralidade, baseada em regras universais, está sofrendo um profundo processo de transformação<sup>63</sup>.

O problema da realização desses novos direitos e da realização do próprio direito enquanto instância de regulação de conflitos, envolve, portanto, mais uma vez, uma questão de *contextualização* frente às novas *necessidades de regulação*, sistêmicas e funcionalmente diferenciadas das sociedades complexas, que se orientam cada vez mais a partir de *escolhas fundamentais de conteúdo moral flexível*, e que buscam consensos *reflexivos* como fundamento de *legitimação*.

E, diante desse novo contexto de instabilidade de fundamentos para a mediação decisória (dissenso de conteúdo ou pluralismo moral), novas formas de consenso são cada vez priorizadas, considerando agora que a difusividade (incertezas) do conhecimento só pode ser superada com uma ampla participação para a formação das decisões sobre os novos direitos, o que permite concluir que sua realização depende muito pouco de processos institucionais de mera atribuição, e cada vez mais de uma rede híbrida de produção e garantia de instâncias públicas, e principalmente sociais e privadas<sup>64</sup>, em *soluções de compromisso, solidariedade e participação comunitária*.

---

<sup>62</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. p. 152.

<sup>63</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law. From the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships*. Florence: European University Institute, 1999. p. 42.

<sup>64</sup> Esses indícios são observados por Ladeur em relação à qualidade do conhecimento econômico, mas que bem parecem se aproximar da qualidade de concretização dos novos *direitos biodifusos*. (Ibidem, p. 44).

O contexto de organização do poder nas sociedades complexas refuta dois dogmas próprios dos modelos de regulação liberal, associados por Canotilho na imagem da *unidade do sistema e do sistema sem atores*<sup>65</sup>.

Propõe-se, então, como forma mais adequada de contextualização dos novos direitos, utilizar o referencial de um *direito reflexivo*, e optar pelo processo e pelo procedimento, como instrumentos e condições necessárias, que compõem esse conjunto de exigências para sua realização adequada<sup>66</sup>.

A realização de novos direitos, como são os *direitos biodifusos intergeracionais*, exige um esforço de processualização do Direito, postura que se desenvolve a partir de um referencial reflexivo, que trata exatamente do problema de como, a partir do referencial da sociedade de riscos, tomar decisões<sup>67</sup>.

A processualização das condições de realização do próprio Direito coloca como problema fundamental, para a regulação jurídica nessas sociedades de risco, não apenas mais um problema de justiça, (que é um problema dos resultados e objetivos do procedimento), mas um novo problema, que é o do caminho e dos instrumentos para atingir um novo referencial de justiça, ou seja, o problema da própria qualidade do procedimento, que vai estabelecer como e sob que condições específicas se poderá chegar a *novos padrões de justiça*.

Assim como o direito, a justiça não tem mais condições de ser abstratamente atingida, já que passa a ser compreendida como um resultado concreto, que só é *possível* a partir da reunião de uma certa identidade de condições, sendo, dessa forma, um padrão de *justiça reflexiva*, e que muito pouco tem de estritamente jurídico, ante a intensa comunicação (abertura cognitiva) com outros dados e argumentos que buscam informar, *concretamente*, o processo de construção da *específica qualidade de justiça*.

A proteção das futuras gerações, na forma como se apresenta no texto constitucional brasileiro, remete diretamente a potenciais problemas de *défices de concretização*, se esta tarefa for compreendida a partir da fórmula genérica de implementação dos direitos fundamentais consagrada nos textos constitucionais ocidentais: a aplicabilidade imediata.

---

<sup>65</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. As palavras e os homens. Reflexões sobre a declaração conjunta luso-chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXX, p. 108, 1994.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>67</sup> Como salienta Neves, a reflexividade se apresenta como uma “[...] decisão sobre a tomada da decisão.” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 117). Deve ser registrada a posição divergente de Boaventura de Sousa Santos, que entende ser a própria autopoiese e a reflexividade, enquanto componentes de um programa amplo da tendência de processualização do Direito, uma *concepção mistificatória*. (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. p. 160).

Entretanto, estes não são problemas verdadeiros. Problemas de concretização imediata (originários de incompletude semântica e de pretensa inconsistência dogmática), expressam, em essência, *défices* de referência, mas não representam obstáculos para a tarefa de sua concretização.

A temática debatida coloca em destaque a *modificação dos padrões de concretização*. O risco, a incerteza, o anonimato subjetivo e a imprevisibilidade que qualificam o conteúdo das posições jurídicas reunidas em torno das futuras gerações, impõem na verdade, um problema de *graus de concretização*, de condições e possibilidades de sua realização, que são flexíveis, concretamente ordenadas, e nunca pré-estabelecidas<sup>68</sup>.

Nesses termos, a concretização dos novos direitos é compreendida enquanto *processo* dependente de julgamentos que se realizam em torno de *problemas de graus de concretização* e que, por conseqüência, orientam soluções que não têm condições de ser identificadas a partir dos modelos clássicos de regulação jurídica baseada em regras.

Por essa razão, é importante iniciar a ressaltar neste momento, que somente um modelo flexível de normas jurídicas de regulação é capaz de oferecer as condições jurídicas necessárias para soluções idôneas e concretamente orientadas para a resolução de problemas.

Essas soluções importam considerar não mais uma solução jurídica correta (porque previamente definida), mas, sim, a aproximação do *melhor ponto de concretização* de necessidades fáticas oriundas das novas relações sociais de elevada complexidade, condição típica de um modelo de regulação baseado no desenvolvimento jurídico dos princípios.

### **2.2.2. O Modelo de Princípios e sua Função Objetiva em uma Ordem Jurídica Complexa**

O clássico padrão de regulação, baseado em regras, é um *padrão descontextualizado* e hoje se mostra radicalmente dissociado das referências sociais que caracterizam a *pós-modernidade*. É ainda oriundo das necessidades de racionalização do Direito em um contexto de sociedades industriais, baseado em uma racionalidade de regulação que pretende universalizar *previamente* as expectativas, confiando em uma capacidade de elevada previsibilidade das relações sociais, típica da representação dos valores da segurança jurídica e da certeza científica.

---

<sup>68</sup> Tal como afirma Calera sobre os direitos coletivos, aqui poder-se-ia utilizar a mesma fórmula da contingência dos *direitos biodifusos*, uma vez que a incerteza e os riscos que pairam sobre as possibilidades de sua concretização, indicam-lhe, como conteúdo, uma alta carga de variabilidade e instabilidade. Cf. em: CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?* p. 109.

Esse modelo que busca na previsibilidade e universalização sua identidade dogmática, encontra sérias dificuldades na disciplina de situações oriundas das sociedades complexas, onde a marca característica é a própria imprevisão, pois: “[...] diante da qualidade dos problemas com que se defronta a sociedade contemporânea, não se podem pretender encontrar naquele ordenamento pré-(e) scritas (sic) as soluções, que só se encontra realmente *ex post*.”<sup>69</sup>

Guerra Filho contextualiza o problema, salientando que: “A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico e um sentido prospectivo, pois para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas — ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior — precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que se apresentem.”<sup>70</sup>

Mostra-se, portanto, ineficaz (*resultados*) e inadequado (*impertinência*) como padrão para regular situações típicas de um *direito pós-moderno*, que trabalham com *problemas* que devem ser resolvidos em atenção a cada uma de suas particularidades, impondo que se considere, como observa Ladeur, que o conhecimento não pode ser derivado de reflexões discursivas destacadas da prática, sendo que esta gera o novo conhecimento<sup>71</sup>.

A ineficácia do atual modelo regulatório, não implica, entretanto, a desconsideração de um modelo de regras, mas tão somente o reconhecimento de que esse modelo, baseado exclusivamente em regras, na previsibilidade de expectativas e na universalização de conteúdos morais, é *insuficiente*.

Como elucida Guerra Filho, “[...] não se desconhece a necessidade de resolver problemas jurídicos com normas, ou muito menos a existência delas, mas tão-somente a sua (eventual) insuficiência é reconhecida, juntamente com a exigência de se lançar mão de princípios dotados de validade juspositiva.”<sup>72</sup>

Por essa razão, lidar com os problemas desse novo contexto exige a consideração de um padrão normativo de qualidade diferenciada, que se mostre apto a enfrentar problemas (e não mais descrições normativas de alto grau de generalidade), e oferecer soluções práticas (e

---

<sup>69</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: \_\_\_\_\_ . *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 16.

<sup>70</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 16-17.

<sup>71</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law*. From the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships. p. 42.

<sup>72</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. p. 124.

não simplesmente respostas abstratas e pouco específicas), atributos que definem um modelo jurídico de regulação que é baseado *também* em princípios.

Diz-se, *também*, porque a característica fundamental desse modelo “[...] é que atrás e ao lado das regras estão princípios.”<sup>73</sup>

Como registra Canotilho: “[...] o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito *leva a sério os princípios*, é um *direito de princípios*.”<sup>74</sup>

Ao contrário das regras, os princípios definem um modelo tipicamente orientado para enfrentar problemas que dependem de uma racionalidade de decisão vinculada a argumentos eminentemente práticos, utilizados para justificar alternativas de soluções para casos concretos e conflitos específicos.

O desenvolvimento dos novos *direitos fundamentais biodifusos* está vinculado a uma leitura de objetivação da função dos princípios exercida em uma ordem democrática e exige, como pressuposto, a recuperação do específico modelo de compreensão da própria Constituição, enquanto expressão político-jurídica de uma ordem social moralmente plural, axiologicamente flexível e aberta, que se opõe a pretensões de *totalidade social*.

Essa *imagem de Constituição* condiciona a organização de um modelo de regulação que possa atuar sempre funcionalmente: no sentido de se assegurar o mais amplo espaço possível para a concretização *integral* de seus objetivos e escolhas fundamentais, e de permitir processos de confronto livre entre os diversos atores sociais, elementos que, reunidos, densificam a imagem da abertura constitucional, vinculada a uma imagem de democracia constitucional; a abertura constitucional depende, assim, da garantia de condições democráticas no momento da *execução de seus objetivos*.

E só é democrática se reunir, no mínimo, quatro importantes atributos: impedimento do totalitarismo constitucional; reconhecimento de uma consciência constitucional de abertura material; abertura ao tempo; e rejeição da rigidez absoluta da normatividade constitucional.

A abertura constitucional, compreendida enquanto expressão de democracia constitucional, privilegia o desenvolvimento do atributo da flexibilização material (conteúdo) e operativa (concretização) da regulação jurídica que se legitima através da Constituição.

---

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. p. 75.

<sup>74</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 98, p. 84.

Por isso o enfoque que será funcionalmente adequado à proposta desenvolvida, é aquele que *reconhece a Constituição aberta como Constituição incompleta e imperfeita*, que assim, somente pode ser concretizada e efetivamente levada a sério, se for considerada um *sistema aberto de regras e princípios*. Sistema jurídico porque é dinâmico e organizado em torno de normas jurídicas, aberto, porque é dialógico, fundado na capacidade de aprendizagem e disponibilidade das normas constitucionais, de concepções cambiantes de verdade e de justiça, e de regras e princípios, porque as normas do sistema podem se apresentar em *qualidades diferenciadas* (normas ou princípios)<sup>75</sup>.

Alexy considera essa forma de organização normativa como originária da própria configuração das normas de direito fundamental, enquanto revestidas de um *caráter duplo*<sup>76</sup>, pelo qual as disposições jusfundamentais comportam enquanto normas jurídicas, tanto a dimensão de regras como a de princípios. Em seu conceito de norma de direito fundamental, concebida como *resultado de uma argumentação jusfundamental correta*<sup>77</sup>, esse resultado pode ter a *qualidade* de uma regra, ou de um princípio, sendo esta última (princípio), a qualidade de que se revestem os novos *direitos fundamentais biodifusos*, daí porque sua concretização depende diretamente da compreensão de seu significado dogmático na ordem jurídica.

O modelo teórico misto proposto por Alexy, que conjuga regras e princípios, é aqui utilizado como referencial para a compreensão do significado normativo e, principalmente, da eficácia jurídica dos princípios de direito ambiental, modelo que supõe como característica diferencial em relação a outras propostas teóricas, uma distinção entre as regras e os princípios, que é possível a partir de um *critério qualitativo*<sup>78</sup>, afastando considerações baseadas em graus (de generalidade e abstração) e, principalmente, afastando de sua teoria qualquer traço de dependência de uma prévia e rígida *ordem de valores* (hierarquia) definida *abstratamente*<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1123.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 135.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 87. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.p. 155.

<sup>79</sup> Alexy refuta a possibilidade de se estabelecer uma ordem hierárquica de valores, optando por sustentar a proposta de uma ordem flexível, formada por preferências *prima facie* ou por uma rede de *decisões concretas* de preferência. (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 152-157).

Isso porque, como explica Ávila: “Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de uma maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.”<sup>80</sup>

Ao contrário de valores, as normas (princípios e regras) não afirmam impositivamente *o que é*. Como explica Alexy: “Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado, a permissão e a proibição. Os princípios, como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.”<sup>81</sup>

Entretanto, conquanto ambos afirmem juízos que são fundamentalmente *perspectivos*, porque interessados em *resultados (prognoses)*, os princípios, ao contrário das regras, contêm apenas *razões* ou *standards prima facie*, não expressando mais do que *mandados (dever ser) prima facie*, e nunca poderão assumir a qualidade de razões definitivas<sup>82</sup>.

Isso se explica em razão da própria diferença qualitativa que existe entre essas espécies de normas, pelas quais se compreende o específico sentido normativo que os princípios assumem no modelo formulado por Alexy, que propõe serem normas jurídicas impositivas de *exigências de otimização*, sujeitas a vários graus de concretização.

Argumenta que os princípios são normas que contêm mandatos dirigidos à realização de algo da melhor forma possível, logo, *mandados de otimização*, submetidos a *juízos de possibilidade*, que podem ser jurídicas ou reais (ou fáticas), sendo que destas possibilidades dependem as condições de seu integral cumprimento (graus)<sup>83</sup>.

Para esclarecer esse aspecto, é pertinente a advertência de Galuppo, que, conquanto se utilize da obra de Günther como referencial, chega a resultado bastante próximo da consideração formulada por Alexy. Explica que: “[...] os princípios não valem incondicionalmente no caso concreto, uma vez que nem sempre se verificam todas as condições necessárias à sua aplicação.”<sup>84</sup>

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 155.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 86; p. 99. Cf. também: ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988. p. 143.

<sup>84</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 191. Atienza e Manero, no entanto, se opõem a essa arquitetura de princípios baseada em uma forma aberta de condições de sua aplicação, mas que admitem graus de cumprimento. Argumentam que os princípios em sentido estrito só podem ser cumpridos de forma plena.

A mesma qualidade que fundamenta uma arquitetura de concretização flexível não é atribuída às regras, onde a determinação da validade de uma regra conduz necessariamente ao exato cumprimento de suas prescrições, pois são normas que prescrevem imperativamente uma conduta, de modo que só podem ser cumpridas ou não, constituindo, ao contrário dos princípios, mandados ou *razões definitivas*<sup>85</sup>.

Dessa organização resulta que a relação entre princípios — que é típica das condições de concretização dos direitos fundamentais em contextos de complexidade — é de *coexistência* e não de *colisão*. A solução do conflito entre princípios faz-se pela harmonização, através da elaboração de uma *lei de colisão*.

Pela *lei de colisão* não há condições de estabelecer, *prima facie*, uma *relação de precedência absoluta* e hierarquizada entre os princípios, dotando-os de pesos diferenciados *per se*, mas, tão somente, como adverte Alexy, de realizar uma ponderação de *qual dos interesses* abstratamente considerados, possui maior peso *no caso concreto*.

A relação estabelecida entre os princípios é de *precedência condicionada*, não havendo *preferência absoluta a priori*<sup>86</sup>, dirigida a qualquer dos princípios, interesses, pretensões, direitos ou objetos jurídicos em conflito, sendo que tais condições devem ser ponderadas no caso concreto. E é pela *lei de colisão* que tais condições serão determinadas.

O modelo de princípios proposto por Alexy é pertinente à realização eficiente dos *novos direitos*, que, definidos a partir do *princípio da equidade intergeracional*, impõem problemas normativos relacionados não à sua validade, mas aos graus de concretização, na *medida do permitido* (possibilidades fáticas e jurídicas).

Essa circunstância não esvazia o conteúdo normativo do princípio, mas, ao contrário, associa-se ao significado que se atribuiu aos princípios, na qualidade de mandados de *otimização*. Dessa forma, concretizar os novos direitos, na medida do possível, importa afirmar que o possível é não menos do que o *melhor*, o *ótimo*<sup>87</sup>.

E a forma como o ótimo em relação aos novos direitos, será atingido, depende de critérios (meios) que instrumentalizem a realização dos objetivos (resultados), que serão oferecidos pelo princípio da proporcionalidade, analisado ao final deste capítulo.

---

(ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho*. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996. p. 37-42).

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 101.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 90-95.

<sup>87</sup> É nesse sentido, também, a posição de Dobrowolski, que assim se posiciona: “Os princípios, portanto, são aplicados na maior medida possível (ou, como se diz, de maneira ótima ou máxima tanto quanto possível) [...]”. (DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. *Seqüência*. Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, ano XXI, n. 41, p. 44, dez. 2000).

O sentido de *otimização* da concretização dos direitos fundamentais importa, também, a obrigação jurídica de *otimização* da realização da própria Constituição, como compromisso político-fundamental de construção de uma ordem jurídica justa para todos.

Admitirem-se zonas de incerteza ou de impossibilidade de concretização no texto constitucional importa romper com esse compromisso fundamental.

A *reserva do possível* que qualifica um modelo de regulação principiológico, determina um âmbito positivo à concretização dos direitos fundamentais (o ótimo como objetivo), mas ainda não deixa de determinar um âmbito negativo, na medida em que *não vincula a ordem jurídica ao impossível ou ao absurdo*.

Por isso observa Alexy que um modelo de princípios é um modelo que leva a sério a Constituição, sem exigir o impossível<sup>88</sup>.

Com maior precisão, explica o jurista alemão que: “Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma ‘*reserva do possível*’ no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade.”<sup>89</sup>

A eficácia dos princípios e das regras termina, por fim, dependendo fundamentalmente de procedimentos e processos que os tomem operacionais. Desse modo, pode-se considerar que: “[...] a forma característica de aplicação dos princípios é a ponderação.”<sup>90</sup>

### 2.2.3. O Método de Trabalho na Realização dos Novos Direitos

Tomando como contexto de concretização dos novos direitos, o espaço das sociedades complexas e de risco, considera-se que, em um modelo de regulação baseado em princípios, o próprio método de trabalho a ser utilizado para aquela deve ser um método eminentemente prático: um método que lida com problemas, casos e situações concretas de decisão.

Como explica Guerra Filho: “[...] a decisão do que é conforme ao Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia

---

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. p. 79.

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> ATIENZA, Manuel. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 267.

formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação (greg.: *pragma*) daqueles envolvidos na tomada de uma decisão.”<sup>91</sup>

O próprio direito e a atividade de concretização dos direitos fundamentais se organiza em torno do desenvolvimento de uma nova racionalidade jurídica, que é fundamentalmente uma racionalidade prática.

Daí porque Guerra Filho observa novamente que: “O objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução. E, para isso, importa acima de tudo examinar as situações concretas em que os interesses envolvidos se manifestam e (eventualmente) entram em conflito.”<sup>92</sup>

Se os atuais problemas da ciência jurídica são fundamentalmente problemas práticos, as soluções só poderão ser definidas no momento da concretização dos novos direitos, razão pela qual, ao lado de um modelo de regulação flexível (princípios), condições para sua aplicação (e para a busca das soluções) também devem ser organizadas concretamente. Essa é a razão pela qual se exige uma processualização das soluções, como alternativa para a aplicação dos princípios, que definem como se realizam os novos direitos fundamentais.

### **2.3. PROCESSUALIZAÇÃO DAS SOLUÇÕES EM UM DIREITO CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS**

As particularidades identificadas na concretização dos interesses das futuras gerações colocam em destaque uma dimensão de abertura da Constituição, onde, como observa Guerra Filho, não existe mais “[...] um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular saber, para prever.”<sup>93</sup>

Como apenas as condições específicas do caso concreto e as necessidades de concretização poderão servir de vetor de orientação dessa atividade, reconhece-se, neste ponto, uma indispensável exigência de técnicas de avaliação e julgamento desses dados, sintetizadas em torno de exigências de ponderação.

Perante questões relacionadas à incerteza, ao anonimato, e à imprevisibilidade, buscar atingir como referencial justificador para o resultado decisório, valores como a segurança e a precisão, mostra-se evidentemente desfuncional e ineficaz, porque nesse caso,

---

<sup>91</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. p. 19.

<sup>92</sup> GUERRA FILHO Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. p. 22.

<sup>93</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30.

*saber* não garante, de forma alguma, a previsibilidade perante esses estados trágicos, mas, tão somente, condições de *otimização* de um processo complexo<sup>94</sup>.

Em se tratando de condições de concretização de direitos fundamentais afetos a necessidades ecológicas, exige-se que essas ponderações considerem efetivamente os valores ecológicos como valores autônomos (mas não independentes) e jurídicos, nos processos de decisão, indicando ao mesmo tempo, uma exigência diferenciada de *otimização*, que busca o sentido de um *novo ótimo vital*<sup>95</sup>.

Atingir esse ponto de *otimização* é condição que instaura uma verdadeira revolução na própria organização institucional do Estado de Direito, impondo-lhe obrigações que precisam ser realizadas e cumpridas em diferentes níveis de legitimação, destacando-se a instância da regulação, onde novas exigências democráticas de representatividade intergeracional, participação pública, e pluralismo, dão o tom desse novo conjunto de exigências do *ótimo vital*.

Os novos direitos, enquanto problemas de decisão em processos de *otimização* de suas condições de concretização, possuem relação direta com o esforço de *abertura cognitiva* da teoria constitucional contemporânea e das técnicas de jurisprudência dos direitos fundamentais. Estes passam a considerar no processo das escolhas fundamentais, não apenas uma racionalidade baseada em um *mundo das necessidades*, buscando integrar, também, as *necessidades do mundo*<sup>96</sup>.

Nessa perspectiva, a concretização das escolhas/direitos fundamentais precisa satisfazer *hoje*, necessidades de diversos conteúdos (humanas e ecológicas, v.g.) e que também se encontram *temporalmente distantes*, abrangendo desse modo, as *necessidades de hoje e de amanhã*.

E, como explicam Alphandéry, Bitoun e Dupont: “Colocar amanhã a necessidade do mundo antes do mundo das necessidades é, definitivamente, atrelar-se a uma tripla tarefa, teórica e prática. É, antes de mais nada, tentar avaliar os preços ecológicos, políticos, sociais, estéticos, humanos de nossas necessidades e começar a reaprender, passo a passo, a nos

<sup>94</sup> Valendo-se de Ladeur, Neves afirma que a pluralização é um referencial que substitui a unidade do Direito, e para o caráter constitutivo da desordem, a ponderação. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 126).

<sup>95</sup> Sobre o *optimum vital*, conferir: ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico*. Riscos políticos. p. 127. O problema do ponto ótimo, relacionando as condições de *otimização* dos processos de concretização de direitos com o princípio da eficiência, poderia, ainda que debaixo de outros contornos, ser estabelecida em: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 398-434.

<sup>96</sup> ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. Op. cit., p. 130.

abstermos daquilo que considerarmos, individual e coletivamente, como um preço alto demais.”<sup>97</sup>

Exigências de ponderação, nessa avaliação das condições e possibilidades de realização dos interesses das futuras gerações — para determinar os graus de concretização possíveis na situação — consolidam exatamente aquele específico modelo de compreensão do Direito, fundado na reflexividade, e que pressupõe o processo como instrumento de sua aplicação, que se dá, agora, de forma *situativo-tópica*<sup>98</sup>.

E, como já se afirmou durante a apreciação das condições de organização dos *direitos biodifusos* (primeiro capítulo), é importante recuperar que o específico problema de decisão refere-se ao fato de que esta é, sobretudo, uma *decisão de hoje, sobre um amanhã ainda improvável, imprevisível e desconhecido*, acrescentando-se que não há outra alternativa para a concretização dos novos direitos, senão a que importa *decidir hoje sobre as próprias condições de existência do amanhã*, problema típico das *sociedades de risco*<sup>99</sup>.

Essas decisões remetem inevitavelmente a uma reorganização dos próprios contornos da cidadania, que passa a se referir de forma muito próxima, a *obrigações cívicas compartilhadas*, comunitárias e intertemporais, que substituem a racionalidade utilitária e restritiva da cidadania clássica, por novas formas de *solidariedade*<sup>100</sup>, pela simples razão de, na Terra, *todos* estarem sujeitos aos *riscos e perigos* ecológicos, incluindo todos os seres vivos ainda não nascidos<sup>101</sup>.

Como bem continuam a observar Alphanbéry, Bitoun e Dupont:

[...] uma razão instrumental excessivamente destrutiva estaria como que reequilibrada por uma gestão científica e cívica dos meios naturais; e um controle das atividades humanas se apoiaria sobre uma verdadeira moral de terra habitável. Tentando legar às gerações futuras o

<sup>97</sup> ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico*. Riscos políticos. p. 130.

<sup>98</sup> NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. p. 11.

<sup>99</sup> É por essa razão que afirmam Alphanbéry, Bitoun e Dupont — resgatando uma elegante imagem de Hannah Arendt — que o homem hoje é um *ser de dívida*: “Dívida em relação ao passado, ao presente e ao futuro, que, frente ao poder do fato consumado que lhe confere sua ação transformadora do mundo, impõe-lhe imaginar, sob novas formas, necessidades e direitos de conservação.” (ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. Op. cit., p. 130).

<sup>100</sup> Consultar a propósito: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. p. 239-258.

<sup>101</sup> É por essa razão que se pode identificar, no texto constitucional brasileiro, uma clara evidência de interesse difuso intergeracional e de um novo civismo republicano ambiental, reproduzido em seu art. 225, *caput*. Essa exigência de novas formas de solidariedade será melhor evidenciada na apreciação do princípio da equidade intergeracional. Os autores, a partir de Edgar Morin, referem-se nesse sentido a uma *nova consciência planetária de solidariedade* que une os humanos entre si e à natureza. (ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico*. Riscos políticos. p. 48). Os autores salientam nesse sentido, que os perigos ecológicos não só “[...] ameaçam cotidianamente nossa segurança, mas também comprometem nossa relação com o futuro, com o espaço e o tempo vindouro.” (Ibidem, p. 73).

patrimônio natural que herdamos, as sociedades modernas retomariam as noções de dever e de dívida que haviam deixado de lado emancipando-se da religião e da tradição. Entretanto, uma tal evolução não seria possível senão temperando o individualismo existente com a busca de regras ecológicas comuns.<sup>102</sup>

Esse específico modelo de decisão pode ser relacionado com o novo contexto de compreensão dos sistemas ecológicos, como *sistemas multiescalares*.

Nesse modelo, admite-se que em uma distante projeção temporal, os impactos acumulados de escolhas individuais atingem o ambiente, alterando a razão das oportunidades que poderiam ser atribuídas às futuras gerações.

Afirma Norton que os impactos intergeracionais de uma cultura na paisagem podem ser entendidos em termos de *trocas intergeracionais*, nas quais a circulação é livremente (opção) expressa como uma razão de oportunidades de constranger, que estão armazenadas na estrutura de um sistema ecológico. Nesses termos, se o desenvolvimento dos impactos humanos provoca a erosão do capital natural armazenado nos sistemas ecológicos em larga e lenta escala temporal, as futuras gerações serão mais constrangidas e terão menos oportunidades perante os impactos acumulados de muitas ações individuais<sup>103</sup>.

Continua o autor, salientando que, se ao contrário, os recursos são protegidos e se os processos ecossistêmicos importantes são mantidos, as futuras gerações terão, como nós, uma abundância de oportunidades<sup>104</sup>.

As decisões e seu desenvolvimento processual devem considerar, hoje, essa perspectiva multiescalar dos processos ecológicos, que coloca como pré-requisito de sua organização, a análise obrigatória, justamente dos *impactos acumulados de muitas decisões individuais em escalas muito amplas e lentas*, porque, a partir da proibição de restrições desproporcionais ou discriminatórias, acelerar o processo particular e dinâmico das transformações ou das trocas nessas escalas, pode fatalmente afetar o contexto no qual as futuras gerações de nossa sociedade poderão fazer suas escolhas e se adaptar ao sistema mais complexo<sup>105</sup>.

Outro aspecto que é fundamental nesta abordagem envolve a diferenciação que é estabelecida nesta pesquisa, entre riscos e perigos.

A exemplo da posição de Luhman, os riscos aqui opõem-se aos perigos, pela circunstância de aqueles (riscos) serem resultados de processos de decisão conscientes,

---

<sup>102</sup> ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. **O equívoco ecológico**. Riscos políticos. p. 27-28.

<sup>103</sup> NORTON, Bryan. **Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems**. p. 65.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 65.

enquanto os perigos são resultados de fatos naturais ou involuntários. A diferenciação funda-se em um modelo bipolar (risco/perigo), que não toma, como objetivo a ser atingido, a segurança (ou a insegurança como objetivo a ser evitado), já que, para Luhman, nas sociedades modernas, não se pode garantir segurança, havendo tão somente *graus de risco*, de intensidade, ou formas diferentes de risco, mas nunca segurança<sup>106</sup>.

Os riscos estão inseridos em processos de decisão que lidam continuamente com o uso do conhecimento tecnológico ou científico, que modificam constantemente, a partir do enfoque temporal, relacionando soluções e considerações diferenciadas no passado, no presente e no futuro.

Por essa razão, parece ser bastante interessante que se tome como referência conceitual, a definição proposta por Sand, onde os riscos podem ser qualificados como *incertezas sistemáticas com sérias conseqüências possíveis*<sup>107</sup>.

A distinção mostrará sua importância para a compreensão não só dos contornos de aplicação do princípio da precaução, como também para a consolidação da idéia de incerteza como padrão cognitivo e circunstância contextual dos novos modelos de regulação jurídica.

Essa consideração essencial importa afastar a possibilidade de se justificarem racionalmente absurdas e trágicas opções democráticas fundadas em juízos que escolhem entre suportar ou não suportar estados ou graus de desfavorabilidade ecológica, como fundamento desses modelos de regulação. Da diferenciação entre riscos e perigos emerge a constatação de que os riscos, mais do que simples situações de fato que ameaçam as condições do desenvolvimento de uma vida segura atual e futura (atributos do perigo), impõem-se como característica típica de organização do contexto em que as novas decisões têm que ser realizadas nas sociedades complexas.

As decisões são enfatizadas porque a concretização dos novos direitos importa considerar relações e interações em processos e a partir de princípios, e não simples aplicação de regras jurídicas com condições de aplicação pré-existentes. E, nesse sentido, concretizá-los impõe considerar o processo como condição para a aplicação de princípios, que são os atributos necessários para a superação dos estados de incerteza (risco) típicos dos problemas relacionados a essa nova espécie de direitos.

---

<sup>105</sup> NORTON, Bryan. **Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems**. p. 66.

<sup>106</sup> Cf. SAND, Inger-Johanne. **Drawing upon the future: socio-legal theories, risk and the application of specialised knowledge**. Paper, Constitutionalism and transnational governance (Workshop), Florence, Friday, European University Institute, 30 november 2001. p. 14.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 15.

O risco não pode, assim, ser compreendido em relação de identidade com os perigos, unidade que lhe foi atribuída pelo Direito Privado, notadamente sob a influência do desenvolvimento contemporâneo do instituto da responsabilidade civil, em sua dimensão objetiva, onde o risco das atividades, dos comportamentos e dos produtos, na verdade, têm qualidades de perigo<sup>108</sup>.

O risco, assim compreendido, é a própria base para a tomada de decisões nas sociedades complexas, que se utilizam de uma *nova forma de racionalidade*, baseada no *discurso do risco*, porque a incerteza é a circunstância cognitiva que orienta esses processos<sup>109</sup>.

Esse conjunto de considerações delinea, com maior clareza, os contornos das novas condições que se colocam, agora, como problemas dignos de consideração pelos processos de decisão/concretização dos novos direitos. São condições tipicamente de riscos (incertezas), que exigem sejam consideradas espécies diferenciadas de escalas, em processos, e que demandam a aplicação de princípios de uma nova racionalidade própria dessa sociedade complexa, que é a sociedade de risco.

Problemas de decisão remetem, portanto, a problemas de complexos juízos de ponderação ecológica, que não privilegiam necessariamente a natureza ou mesmo as futuras gerações, mas relacionam *todos os aspectos pertinentes* e de influência sobre suas condições de concretização, buscando atingir aquele novo *ótimo vital*, que é, agora, um *ótimo de equilíbrio* e, sobretudo, um *ótimo de justiça ambiental*.

### **2.3.1. Concretização dos Direitos das Futuras Gerações e Novas Exigências Democráticas: o Tempo e os Princípios em uma Democracia Ambiental**

Para Michel Serres, o tempo constitui exatamente a chave para a compreensão da modificação por que devem passar nossos padrões de comportamento perante a natureza, análise que será fundamental para uma proposta de fundamentação ecológica dessa modificação também nos processos de concretização dos *direitos fundamentais biodifusos*.

Direitos de gerações futuras e proteção de necessidades ecológicas enfrentam, durante a atividade de concretização processualizada, problemas de desequilíbrio que são

---

<sup>108</sup> Um seguro desenvolvimento desse aspecto pontual pode ser conferido em: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novos rumos da satisfação reparatória. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 163-180, 2. sem. 1999.

particularmente oriundos dessa nova compreensão das relações entre direito, sociedade e natureza, acentuadamente contaminadas por necessidades éticas e políticas. São problemas de *tempo*, *conhecimento* e de *informação*, trilogia que representa a integralidade dos problemas de *défices* que serão enfrentados na busca de alternativas de regulação adequadas.

Algumas hipóteses iniciais de trabalho devem ser fixadas para a compreensão da conexão dessa trilogia:

- a) o tempo da natureza definitivamente não possui relação de identidade alguma com o conteúdo do tempo reproduzido pela racionalidade homocêntrica;
- b) a dimensão do tempo da natureza envolve decisões, avaliações e prognoses que raramente se esgotam nos limites de uma geração e relaciona interativamente posições jurídicas humanas e não-humanas;
- c) o tempo da natureza é imprevisível porque procura atender necessidades ecológicas de sistemas fundados em esquemas de desequilíbrio escalar.

A compreensão do tempo em sua conexão com os problema de decisão ressalta o reconhecimento de uma importante conseqüência para estruturação dogmática dos processos de concretização: a recuperação dos elementos éticos de dignificação da natureza é necessária como alternativa de superação dos *défices*.

A constatação de nossas incompreensões, dúvidas e estados de incerteza perante o ambiente serve para enfatizar, mais uma vez, a progressiva necessidade de modificação de nossos padrões éticos de relacionamento com a natureza, e importa uma comunicação dessas novas necessidades ecológicas, também com os instrumentos jurídicos de regulação processualizada.

Michel Serres salienta esse aspecto, exemplificando-o a partir das incompreensões do saber humano perante a enorme variabilidade dos fenômenos climáticos: “[...] o nosso industrioso saber-fazer intervém talvez de modo catastrófico nessa natureza global que, segundo os mesmos antepassados, não dependia de nós. A partir de agora, ela não só depende de nós como nós, em contrapartida, dependemos, na nossa vida, desse sistema atmosférico movente, inconstante, mas muito estável, determinista e estocástico, munido de quase-períodos, cujos ritmos e tempos de resposta variam de modo colossal.”<sup>110</sup>

O tempo da natureza cinge-se essencialmente à segunda dimensão, ou a do tempo que passa, que projeta, como o tempo adequado da natureza e do respeito pela Terra e pelo

<sup>109</sup> Sobre a afirmação da emergência do discurso do risco, compreendido como uma nova forma de racionalidade, cf. SAND, Inger-Johanne. *Drawing upon the future: socio-legal theories, risk and the application of specialised knowledge*. p. 17.

<sup>110</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 49.

ambiente, um tempo que não tem duração com limites precisos e bem determinados, que é, por essa razão imprevisível, e demanda geralmente decisões de longo prazo.

Essa dimensão de um tempo, que não é estática, mas que, ao contrário, está em permanente mutação e provoca modificações imprevisíveis com efeitos de difícil determinação, relaciona, em íntima conexão, valores, como ética ambiental e necessidades ecológicas, perante problemas de incerteza científica, de risco e de anonimato, que devem ser pensados sempre, através de processos que busquem decisões ponderosas de suas implicações a longo prazo, atentando sempre para o fato de que o prazo é tanto mais longo quanto mais o sistema for pensado em termos globais<sup>111</sup>.

Com o reconhecimento de um esquema específico de compreensão do tempo da natureza — que poderia ser tratado como um específico modelo de tempo ambiental — poderia ser justificada, com base nessa observação, a necessidade de substituição dos incompatíveis padrões processuais de decisões de curto prazo, para problemas atuais, imediatos e localizados, por padrões que expõem a necessidade de avaliação de problemas globais relacionados à natureza em sua perspectiva autônoma, que colocam problemas transgeracionais e transnacionais.

Não basta, assim, como se tem observado com frequência e perigosamente, com uma crescente receptividade e serenidade pela comunidade jurídica, a proposição de simples modificações de comportamentos de consumo, opções por alternativas econômicas menos agressivas, etc...

São todas alternativas de alto grau de simbolismo, em termos de eficácia, mas que, infelizmente, apenas mitigam, mas não se propõem a apresentar respostas ou soluções para a crise ambiental, e para as novas exigências de concretização de direitos que necessitam de uma revalorização da natureza.

Com estes elementos de caracterização do risco ambiental, o que chama a atenção na organização de um processo eficiente de avaliação e gestão dos riscos é o grau de importância que é conferido à atuação do mandado de proporcionalidade, principalmente na ordenação de uma decisão de conteúdo preventivo, da solução ou da resposta esperada e mais apta a lidar com o risco.

O risco deve ser sempre avaliado justamente porque, se se admite, por um lado, que não é suficiente uma atuação de proteção que apenas procure compensar o dano causado pelo risco que tenha efetivamente produzido as consequências catastróficas imprevistas, “[...] a prevenção automática dos danos pode levar a custos desnecessários; daí a avaliação dos

riscos. Torna-se necessária uma avaliação cautelosa, pois os riscos comumente considerados <<terríveis>> poderão, depois de serem examinados objectivamente, não se revelar graves.”<sup>112</sup>

Todas essas exigências parecem ser bastante próximas da posição de Kuhlmann, pela qual se afirma haver a necessidade de se fazer com que os processos de decisão sobre a gestão e administração da Terra ultrapassem os padrões clássicos da modernidade, para se fazerem pós-modernos. Isso só é possível a partir do reconhecimento de alguns princípios, princípios necessários para uma dupla transformação: mudança de posição pós-moderna do Direito e transformação da natureza dos processos de decisão, para criar uma estrutura cognitiva aberta o suficiente para que seja capaz de proteger os novos interesses compreendidos nesses processos<sup>113</sup>.

Enfatiza-se, nessa posição de transformação, uma composição sintética de vários princípios, propondo o autor, por exemplo, que se compreenda que interdependências entre extensas redes de espécies e condições abióticas são decisivas (e geralmente desconsideradas pelos instrumentos legais), que comunidades e ecossistemas têm importante significado em uma escala de séculos, e que distúrbios antropogênicos podem forçar uma medida de mudança com custos muitos altos em termos de espécies perdidas<sup>114</sup>.

Em um modelo de decisão que coloca também exigências ecológicas como uma das novas bases de reorganização dos padrões de justiça, os problemas de decisão passam a considerar, de forma particular, problemas de escalas de tempo, que relacionam a decisão de hoje ao futuro, iniciativa que só se pode desenvolver a partir de novos princípios oriundos dessa nova relação temporal que integra os processos de decisão, onde se destacam novos modelos jurídicos de solidariedade. São essas as circunstâncias que permitem considerar os princípios, sobretudo o principal princípio emergente da consideração dos dados ecológicos (equidade intergeracional), como peças fundamentais da reorganização dos processos de decisão, reconhecendo-se que um novo dimensionamento da compreensão do papel do tempo, nessas relações, é fundamental para a própria fundamentação desses novos princípios.

Tempo, processo e decisão estão, assim, em íntima conexão com os modelos de decisão que se organizam por padrões ecológicos.

---

<sup>111</sup> Cf. SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 52-53.

<sup>112</sup> BROOKS, Richard. O direito do ambiente nos EUA. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994. p. 316.

<sup>113</sup> KUHLMANN, Walter. *Making the Law more ecocentric: responding to Leopold and conservation biology*. p. 135.

<sup>114</sup> Idem.

## 2.4. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO AMBIENTE PERANTE A PROCESSUALIZAÇÃO DAS SOLUÇÕES: *JUSTICIABILIDADE* E CONTEÚDO

Da análise realizada sobre a função dos princípios em uma ordem jurídica, observou-se como importante característica, uma *especial aptidão de vinculação* de objetivos, que no entanto, não é abstrata e muito menos absoluta, pois apenas se estrutura em torno de *decisões de preferência condicionadas* pelo caso concreto<sup>115</sup>.

Conquanto seja especialmente sedutora ao novo direito ambiental uma vinculação pré-ordenada da ordem jurídica por preceitos ecológicos, essa tendência é severamente criticada por Canotilho, ao investigar os riscos originários de um modelo dirigente de Constituição, que, assim como essa equivocada compreensão dos princípios, tende a excessos de direção da realidade social.

Afirma que as Constituições dirigentes alçaram o Estado à posição de *homem de direção*, na medida em que intencionam uma ordenação *originária e impositiva* da realidade social, colocando, nesse contexto, a Constituição como simples *instrumento funcional* dessa diretividade, proposta excessivamente pretensiosa, na medida que considera um “[...] desconhecimento do alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada.”<sup>116</sup>

Assim, Canotilho conclui que: “[...] o modelo de constituição dirigente-programático pode transportar [...] o ambicioso projeto de modernidade na forma mais estatizante: a conformação do mundo político-econômico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide. François Ost traçou impressivamente o modelo de direito jupiteriano: ‘Sempre proferido do alto de algum Sinai, este direito toma a forma de lei. Exprime-se no imperativo e reveste, de preferência, a natureza do interdito.’”<sup>117</sup>

Os princípios não são e nem pretendem ser imperativos absolutos de verdade e de justiça, até porque sua qualidade intergeracional e situativa desprestigia qualquer pretensão de legitimidade de se definir conteúdos materiais prévios para sua realização, que é sempre reflexiva, afastando o desenvolvimento de teorias messiânicas da *Constituição* e da justiça.

Essa é a pré-compreensão, a partir da qual se procura problematizar o conteúdo e as hipóteses de aplicação de alguns dos princípios reputados *estruturantes* para a organização do

<sup>115</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 102.

<sup>116</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. p. 9.

direito ambiental, a saber: os princípios do poluidor-pagador e da responsabilização, princípios da precaução e da prevenção (que definem, em essência, um direito do ambiente que tem de enfrentar o risco como objeto de regulação) e, por fim, o novo princípio da equidade intergeracional.

#### 2.4.1. Os Princípios do Poluidor-Pagador (PPP) e da Responsabilização

Conquanto encerre um conteúdo econômico ínsito em sua natureza, deve ser afastada a defeituosa tendência que tende a considerar o princípio do poluidor-pagador, em relação de identidade com o princípio da responsabilização — e, assim, enfatizando sua dimensão repressiva e de índole reparatória e ressarcitória — ou, mesmo, como uma espécie de autorização legal para o desenvolvimento de atividades poluentes, que pode ser sintetizada através de grosseira leitura que o reputa uma espécie de *licença para poluir*.

Santos, Figueiredo Dias e Aragão afirmam ser uma idéia “[...] fundamentalmente errada pensar que o PPP tem uma natureza curativa e não preventiva, uma vocação para intervir *a posteriori* e não *a priori*”<sup>118</sup>.

A sigla inglesa bem ilustra o equívoco ou certas imprecisões e dificuldades conceituais reproduzidas na doutrina<sup>119</sup>, indicando que seu conteúdo é essencialmente cautelar e preventivo, importando necessariamente a transferência dos custos e ônus geralmente suportados pela sociedade, na forma de emissões de poluentes ou resíduos sólidos, para que seja suportado *primeiro* pelo poluidor.

Os custos referidos, *não objetivam originariamente* a reparação e o ressarcimento monetário, através da fórmula indenizatória e compensatória reproduzida pela legislação civilística, mas envolvem todos os custos relativos, principalmente, à implementação de medidas que objetivam evitar o dano, medidas de prevenção ou mitigação da possibilidade de

---

<sup>117</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente?* Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. p. 9-10. A descrição do juiz jupiteriano na ótica de Ost pode ser conferida diretamente em: OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. p. 172-176.

<sup>118</sup> SANTOS, Cláudia Maria; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Introdução ao direito do ambiente*. Universidade aberta: Lisboa, 1998. p.51.

<sup>119</sup> As dificuldades na compreensão precisa do princípio, podem ser observadas, v.g., na notável obra do culto professor Luiz Guilherme Marinoni, onde, com invulgar brilho, propõe novos instrumentos de tutela preventiva dos direitos de conteúdo não patrimonial, com destaque à tutela inibitória. Para tanto, funda-se particularmente, nos arts. 461, CPC e 84 CDC, e que se demonstram particularmente importantes na tutela processual do ambiente. Vejamos no entanto, a que nos referimos: “Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou a continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o

danos, que devem ser suportadas primeiro pelo poluidor, em momento antecipado, prévio à possibilidade da ocorrência de qualquer dano ao ambiente, mediante procedimento econômico de largo uso na economia do ambiente, que consiste na internalização de todas as externalidades nos custos de produção da atividade pretensamente poluidora<sup>120</sup>.

Essa é a razão pela qual Benjamin também afirma que “O objetivo maior do princípio poluidor-pagador é fazer com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente — as externalidades ambientais — repercutam nos custos finais de produtos e serviços cuja produção esteja na origem da atividade poluidora”<sup>121</sup>.

A princípio poderia ser considerado através da ótica do poluidor *primeiro pagador*, que importa em considerá-lo como o primeiro pagador (ótica de imputação subjetiva da responsabilidade), ou simplesmente como *primeiro pagador*, importando em considerar que o poluidor é, antes de poluir, pagador. Pagador dos custos relativos às medidas preventivas e precaucionais, destinadas a evitar a produção do resultado proibido ou não pretendido, ou seja, *é primeiro pagador, porque paga não por poluir; paga justamente para que não polua*<sup>122</sup>.

Santos, Dias e Aragão salientam que:

Por força do PPP, aos poluidores não podem ser dadas outras alternativas que não deixar de poluir ou então ter que suportar um custo econômico em favor do Estado que, por sua vez, deverá afectar as verbas assim obtidas prioritariamente a acções de protecção do ambiente. Assim, os poluidores terão que fazer os seus cálculos de modo a escolher a opção economicamente mais vantajosa: tomar todas as medidas necessárias a evitar a poluição, ou

---

que faria surgir a lógica do poluidor-pagador’, por exemplo”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000. p. 85).

<sup>120</sup> Essa atividade de transferência de responsabilidades pelos custos da atividade poluidora, que funda as bases de uma ótica de *responsabilidades antecipadas*, é que levou a doutrina alemã, como indica Derani, a tratar o princípio do poluidor-pagador, também como princípio da responsabilidade (*Verantwortungsprinzip*). (DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. p. 158).

<sup>121</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: \_\_\_\_\_. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993, p. 229.

<sup>122</sup> Idem. Afirma Benjamin que “O princípio poluidor pagador não pode ser enxergado com criando um ‘direito de poluir’, desde que o poluidor se disponha a pagar pelos recursos que utilizou ou danificou. Seu objetivo principal não é a reparação ou mesmo a repressão do dano ambiental. Estas, como se sabe, são fundamentalmente *retrospectivas*. Sua aplicação, muito ao contrário, deve ser uma alavanca efetiva de prevenção do dano ambiental, fazendo com que a atividade de preservação e conservação dos recursos ambientais seja mais barata que a de devastação. O dano ambiental não pode, em circunstância alguma, valer a pena para o poluidor”. (Ibidem, p. 235-236). Incisivo também é Milaré quando afirma que se trata do princípio do *poluidor-pagador*, e não do princípio do *pagador-poluidor*. (MILARÉ, Édis. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: RT, 2000. p. 101). É importante que se observe que Aragão, conquanto enfatize a dimensão preventiva do princípio, não reconhece o acerto da qualificação do princípio sob esse aspecto, poluidor primeiro pagador. (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador**. Pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra, 1997).

manter a produção ao mesmo nível de condições e, conseqüentemente, suportar os custos que isso acarreta.<sup>123</sup>

Imputando aos custos de produção, todas as externalidades ambientais, deverão ser produzidas objetivamente, condições que não permitam que ao operador econômico seja mais vantajoso poluir do que implementar medidas de prevenção. Frise-se que esta orientação obedecerá naturalmente ao princípio democrático, restringindo a atuação do Estado na forma de atividade de repressão dos comportamentos ambientalmente proibidos. O procedimento se desenvolve mediante *técnicas de indução*, oportunizando ao poluidor acesso democrático a condições abertas de escolha pela conduta que lhe for menos onerosa, que *será necessariamente pagar para não poluir*, que será preferida à opção de poluir e pagar<sup>124</sup>.

Isso se explica porque admitir a legitimidade ou tolerar, que de qualquer outra forma, que o poluidor se utilize indiscriminadamente dos recursos naturais, emitindo ou lançando poluentes, importaria necessariamente a apropriação exclusiva do bem difuso ambiental — que é vedada diante dos contornos atribuídos ao bem ambiental pelo art. 225, *caput*, do texto constitucional brasileiro — e, de outra forma, um confisco do direito de propriedade alheia<sup>125</sup>.

Trata-se de instrumentalizar juridicamente o princípio, de modo que ele efetivamente reflita o novo consenso ecológico qualificado por um modelo de solidariedade que é intergeracional, planetário e comunitário, na qual, definitivamente, mostra-se incompatível a atuação do poluidor, que é antes de mais nada, um *egoísta*<sup>126</sup>.

Sob esse aspecto, Aragão afirma conclusivamente que, “Por isso, o montante dos pagamentos a impor aos poluidores não deve ser proporcional aos danos provocados mas antes aos custos de precaução e prevenção dos danos ao ambiente. Volta-se a recordar que o PPP actua antes e independentemente dos danos ao ambiente terem ocorrido, antes e independentemente da existência de vítimas.”<sup>127</sup>

<sup>123</sup> SANTOS, Cláudia Maria; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Introdução ao direito do ambiente*. p. 51-52.

<sup>124</sup> É nesse sentido que bem observa Aragão que “[...] se alguma ilação se pode retirar do teor do princípio, é a de que o pagamento (a conseqüência) decorre automaticamente da poluição (a hipótese), não deixando margem de liberdade de apreciação quanto à possibilidade de permitir que um poluidor não pague.” (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador*. Pedra angular da política comunitária do ambiente. p. 132-133). No entanto, observa que a aplicação do princípio não se dá em termos absolutos, comportando específicas exceções em que se verifica a transferência do ônus pela poluição à sociedade ou ao Estado. (Idem).

<sup>125</sup> É nesse sentido a posição de Leme Machado. (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 45). Cf. também Alphandéry, Bitoun e Dupont, que fazem referência à *pilhagem de um patrimônio comum*. (ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico*. Riscos políticos. p. 36).

<sup>126</sup> Essa imagem do poluidor como egoísta é utilizada por Alphandéry, Bitoun e Dupont. (Op. Cit., p. 102).

<sup>127</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador*. Pedra angular da política comunitária do ambiente. p. 52.

Dessa forma, equivocam-se aqueles que insistem em aproximá-lo dogmaticamente do princípio da responsabilização, que os levam a analisá-lo a partir da ótica das possibilidades de reparação do dano ambiental, atribuindo-lhe uma natureza essencialmente repressiva, e que se circunscreve ao estudo das fórmulas mais adequadas à reparação integral do dano. O princípio de fato admite também a fórmula repressiva, de reparação do dano em sua forma integral, iniciando pelas tentativas de recomposição do bem ambiental degradado, e admitindo, em sua impossibilidade, a solução ressarcitória. A reparação ou a repressão, consistem apenas em duas das possibilidades de manifestações do princípio<sup>128</sup>.

Entretanto, sua essência é eminentemente preventiva, pelo que podemos afirmar que comporta uma tríplice dimensão, que é primeiro preventiva, para admitir também, posteriormente, a reparação e a repressão como *ultima ratio* (solução ressarcitória).

Aragão chega mesmo a apresentar os princípios da precaução e da prevenção como sub-princípios de concretização dos objetivos do princípio do poluidor-pagador<sup>129</sup>, admitindo que: “[...] o fim último deste princípio é a prevenção da poluição futura e não a reparação de danos passados.”<sup>130</sup>.

Pelo sentido atribuído na definição elaborada pela OCDE, relata Aragão a existência de três objetivos de atuação do princípio: evitar, prevenir e reduzir a poluição, de modo que estariam compreendidos, em seu conteúdo jurídico, os deveres de: a) adoção de medidas que imponham ações de proteção do bem ambiental ainda que inexistentes provas científicas que justifiquem com precisão sua necessidade (evitar/precaução) e; b) adoção de medidas tendentes à redução ou eliminação do comportamento poluidor, quando já existe a certeza científica de sua qualidade, da necessidade das medidas ou em face da ocorrência do dano, de modo que se objetivaria na espécie, a interdição da repetição (prevenção)<sup>131</sup>.

De forma semelhante, Canotilho<sup>132</sup> também apresenta três variantes para a fundamentação do sentido do princípio do poluidor-pagador, a saber:

---

<sup>128</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador*. Pedra angular da política comunitária do ambiente. p. 230. Nesse mesmo sentido, Canotilho argumenta ser possível reconhecer uma multifuncionalidade no princípio do poluidor-pagador, que é ao mesmo tempo diretiva de política de prevenção, princípio de tributação e princípio conformador da responsabilidade. Argumenta que essa multifuncionalidade autoriza à sua localização autônoma enquanto princípio estruturante do Direito do Ambiente, ligado à idéia do que chama de *prevenção dinâmica* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. p. 44).

<sup>129</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 117-118.

<sup>132</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais – Aproximação juspublicística. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). *Direito do ambiente*. Oeiras: INA, 1994. p. 400-401.

- a) os prejuízos ambientais devem ser prevenidos e eliminados pelo causador e, no caso de actos ilícitos, ele deve suportar os danos provocados pela sua atividade;
- b) o sujeito que provoca prejuízos ambientais possui duas obrigações, a de suportar os danos pelos quais é responsável, e a de compensar financeiramente a coletividade por aquelas cargas ambientais admitidas pela ordem jurídica;
- c) substituindo a exigência do ressarcimento do dano e de compensações financeiras pelos ônus ambientais, deve-se preferir a fixação de um preço pela utilização do bem ambiental.

Em relação ao sentido de antecipação ao dano, Aragão justifica sua pertinência ao princípio não só através da interpretação dos objetivos da definição da própria OCDE, mas principalmente, fundado em um juízo de evidente atuação do princípio da proporcionalidade, pela admissão de que é provável a excessiva onerosidade dos custos pela reconstituição *in natura*, que potencialmente não poderiam ser suportados pelo poluidor e que, por isso, comportariam custos de medidas necessárias a evitar a ocorrência do resultado lesivo, inferiores ao custos das medidas de despoluição ou reconstituição<sup>133</sup>.

Por isso bem adverte Benjamin que:

O princípio poluidor pagador não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição. Seu alcance é mais amplo, incluídos todos os custos da proteção ambiental, 'quaisquer que eles sejam', abarcando, a nosso ver os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental, assim como aqueles outros relacionados com a própria utilização dos recursos ambientais, particularmente os naturais, que 'têm sido historicamente encarados como dádivas da natureza, de uso gratuito ou custo marginal zero.'<sup>134</sup>

Por essa razão afirma Canotilho que: "[...] o poluidor deve suportar o custo das medidas que ele teve de adoptar, nos termos da lei, para proteger o ambiente."<sup>135</sup>

Estabelecidas as particularidades do princípio do poluidor-pagador, com o objetivo de diferenciá-lo do princípio da responsabilização, cabe-nos ainda tecer alguns comentários sobre este.

Inicialmente, como observa Leite, deve ser levado em consideração que a responsabilização deve significar que quem polui, paga e repara, exortando a fórmula de reparação integral vigente no Direito brasileiro<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador*. Pedra angular da política comunitária do ambiente. p. 116.

<sup>134</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental*. p. 231.

Mirra, ao analisar o princípio da responsabilidade, acentua a subsidiariedade do sistema de imputação da responsabilidade tríplice ao poluidor (civil, administrativa e penal), a partir de uma importante constatação de fracasso dos operadores dos instrumentos preventivos colocados à disposição da proteção do ambiente, seja em razão da tolerância da Administração, inadequação dos instrumentos legislativos, ou mesmo da inoperância dos executores das medidas, que o leva a concluir que “[...] sem negligenciar a extraordinária relevância da prevenção das degradações, é preciso admitir um sistema completo de preservação e conservação do meio ambiente, que supõe necessariamente a responsabilização dos causadores de danos ambientais e da maneira mais ampla possível [...]”<sup>137</sup>

Impõe-se reconhecer, por fim, que a imputação de responsabilidades é cumprida, ao lado de sua dimensão preventiva<sup>138</sup>, na atuação judicial de instrumentos processuais aptos a oferecer tutelas adequadas à atuação concreta, seja de sua dimensão preventiva ou, neste caso, destacadamente, de sua dimensão repressiva.

Para tanto, observa Leite, esteando-se em Canotilho, que ainda se revela importante a função do direito civil na tutela do ambiente, mas alerta que deve ser realizada uma releitura sobre os fundamentos dos sistemas clássicos de responsabilização, de modo a contemplar, finalmente, a proteção aos direitos de conteúdo comunitário e difuso e, principalmente, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>139</sup>.

A discussão de propostas judiciais, de tutelas mais adequadas à atuação do referido princípio, será realizada ao final do terceiro capítulo.

#### 2.4.2. O Princípio da Equidade Intergeracional e os Direitos das Futuras Gerações

O desenvolvimento do primeiro capítulo demonstrou a incompletude da perspectiva jurídica clássica dos direitos fundamentais para o tratamento das relações jurídicas entre direito e ambiente, tendo sido verificada sua deficiência, sobretudo em torno do fato de

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. p. 46.

<sup>136</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa*. p. 34. Sobre a fundamentação legal do dever de reparação integral, confirmam-se os arts. 225, § 3º, C.R.B; 14, § 1º, Lei n. 6.938/81 e, principalmente, a Lei n. 7347/85, com as alterações oriundas da Lei n. 8078/90, que objetivam a reparação não pelo *dano sofrido*, mas sim pelo *dano produzido*.

<sup>137</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Fundamentos do direito ambiental no Brasil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 706, p. 18, ago. 1994.

<sup>138</sup> Que importa, como reconhecido por Canotilho vincular administrativamente o responsável por encargos ambientais, a que se comporte em observância a padrões ambientais e limites juridicamente prescritos. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 42).

<sup>139</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 37.

impossibilita a fundação desses laços de solidariedade coletiva, fundamentais para a estruturação das relações que envolvam o ambiente.

A solidariedade parece confirmar a necessidade de comunicação do jurídico com o desenvolvimento de posturas moralmente plurais, abertas, e organizadas essencialmente em torno de éticas ecológicas.

Interessa, portanto, para a apreciação da temática dos direitos das futuras gerações, uma específica qualidade emergente da fundamentação ética do direito do ambiente que desenvolvemos, que importa sua interação com os *objetivos de solidariedade*.

O reconhecimento da solidariedade como elemento de sustentação de uma *ética de alteridade e integridade*, que emerge dos novos direitos e modelos jurídicos propostos, constitui o marco teórico adequado para a caracterização do princípio da equidade intergeracional, que proporciona elementos adequados ao tratamento dos novos direitos, nominados por Weiss como *planetary intergenerational rights* (direitos intergeracionais planetários).

É o que bem observa Rozicki, ao examinar a qualidade de fundamentalidade dos novos direitos, dizendo que: “[...] a realidade à existência dos homens, sob a ótica do idealizado pela ética moral de vida vigorante, só pode ser concretizada com o reconhecimento do dever de solidariedade”<sup>140</sup>.

Alphandéry, Bitoun e Dupont também salientam que uma espécie de sensibilidade ecológica emerge atualmente do quadro de preocupações cotidianas do homem, que se vale de noções de bem universal comum, patrimônio comum da humanidade e dos recursos compartilhados, para dar um sentido de socialização da natureza<sup>141</sup>.

Nessa perspectiva, salientam os autores que o novo consenso ecológico parece ser orientado em torno da necessidade de *novas formas de solidariedade*, guiadas por uma idéia de razoabilidade na gestão dos recursos naturais. Procuram, a partir do combate de ações poluentes mais graves, constituir uma linguagem que de fato relacione os dois mundos, ligando as necessidades ecológicas à antiga racionalidade utilitária, para que seja possível justificar a proteção de espécies animais e vegetais, dos mares, e de todos os meios e sistemas sensíveis à ação humana<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> ROZICKI, Cristiane. ROZICKI, Cristiane. *Aspectos da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 1998. p. 27.

<sup>141</sup> ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico*. Riscos políticos. p. 27.

<sup>142</sup> Idem. Parece haver nesse prognóstico, um sentido de gestão de riscos, que no entanto, ainda se revela ineficaz perante problemas de incerteza e do anonimato, que exigem mais que simples decisões maniqueístas entre suportar ou não suportar os riscos, perigos, danos e os efeitos poluentes, mas complexos juízos de ponderação.

O estudo dos novos direitos fundamentais exige uma proposta *epistemologicamente diferenciada de leitura do ambiente pelo direito ambiental*, que deve ser, *também*, jurídica, mas *essencialmente* ecológica, uma proposta que é *transdisciplinar*.

A solução proposta reside na atualidade da consideração jurídica de uma nova ética de interação entre os sujeitos relacionados, que passa por uma *ética da alteridade; ética do cuidado*.

Suas características estão reunidas especialmente em torno da valorização cada vez mais acentuada do respeito, do cuidado, da interdição da lesão, do dano e dos estados de periculosidade potencializada, que encontram justificação direta na *conservação da qualidade de vida de todos os envolvidos nessa relação* e, sobretudo, em torno de um *novo significado de responsabilidade*.

Afirmar a existência de uma responsabilidade, estruturada em deveres perante as futuras gerações, implica mudanças no sentido jurídico genericamente vinculado à sua compreensão.

A responsabilidade de que aqui se trata em nada pode ser relacionada à imputação por faltas, reparação por prejuízos ocorridos em algum momento no passado ou, ainda, culpar alguém por atos passados, mas importa uma missão assumida coletivamente perante a proteção de um bem comum e perante as futuras gerações, e de forma compartilhada (e não acumulada) entre as gerações que se sucedem<sup>143</sup>.

A ela Ost se refere como uma *responsabilidade planetária*, responsabilidade que não pode ser compreendida como responsabilidade que orienta ações autônomas e independentes para a proteção do bem comum (ambiente) e das futuras gerações, porque, como explica o filósofo francês, *o respeito ao meio ambiente passa necessariamente por uma responsabilidade perante as futuras gerações*<sup>144</sup>.

É essa abertura dialógica espacial e temporal que permite seja integrada a equidade no discurso de integridade, possibilitando a interação dialógica entre o valor ético da *alteridade* com os textos jurídicos. Esse aspecto oportuniza a realização de novas leituras do texto e localização de novos *locus* para a *constituição de novos direitos*, a partir da *jurisdificação do valor essencialmente ético da equidade*.

Somente a partir do reconhecimento de que a *alteridade* está vinculada à *responsabilidade*, e de que a atuação responsável não pode ser limitada ao presente, é que se

---

<sup>143</sup> OST, François. *The philosophical foundation of environmental law: an excursion beyond Descartes*. Law, technology and the environment: a challenge to the great dichotomies in western rationality. p. 6.

<sup>144</sup> OST, François. *Écologie et droits de l'homme*. p. 7.

pode iniciar uma nova postura de leitura do ambiente, que é também uma nova leitura da equidade, que ultrapassa os limites espaciais do respeito pelo *alter*, para assumir *dimensões intergeracionais*<sup>145</sup>.

Essa afirmação recupera o padrão de deveres e obrigações assimétricos que qualifica a relação jurídica típica dos novos *direitos fundamentais biodifusos*, que é essencialmente, por essa razão, uma *relação de imputação*.

Constata-se com a evidência da assimetria desses deveres e seu vínculo com a responsabilidade, a revisão das bases da moral tradicional —que funda relações baseadas no princípio da reciprocidade — invertendo sua lógica de atividade, justificada, em grande parte, pelo problema da ausência de atualidade dos sujeitos das novas relações, o que torna incompatível a aplicação da reciprocidade, que se amolda melhor com decisões imediatas e instantâneas.

Como registra Ost:

[...] estas morais, que se exprimem em termos de reciprocidade, de justa partilha e de direitos, permanecerão aquém do problema colocado pela ilimitação actual do nosso poder. Operou-se uma inversão, que nos torna agora responsáveis pelo futuro, uma vez que estamos em condições de o comprometer e mesmo suprimir. A lógica assimétrica da responsabilidade investe o homem contemporâneo de uma missão de salvaguarda, a respeito do que se distingue pela sua fragilidade: a Terra, o porvir as gerações futuras.<sup>146</sup>

Na leitura proposta por Ost, a constituição da *equidade intergeracional* revela também, a formulação de uma ética de *alteridade intergeracional*, reconhecendo finalmente que o homem também possui obrigações, deveres e responsabilidades compartilhadas, em face do futuro, proposta que, conquanto restrita preocupação tem merecido principalmente por parte dos operadores do Direito, bem revela a impossibilidade e a incapacidade dos juristas em justificar adequadamente a proteção do ambiente, através de critérios exclusivamente normativos. Evidencia-se a necessidade de integração do discurso ético do respeito à *alteridade*, mas, sobretudo, da *alteridade intergeracional*, como *elementos de revisão* do

<sup>145</sup> Nesse ponto pode ser observada uma nova leitura possível do princípio da responsabilidade, vinculado a obrigações e deveres assimétricos de conteúdo participativo e democrático, que são distribuídos entre a sociedade e poder público. Cf. para tanto: OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. p. 309. No mesmo sentido, nosso trabalho: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional*. *Seqüência*. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, ano XXI, n. 41, p. 129, dez. 2000. O destaque do mesmo trabalho dos autores também pode ser conferido em: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 22, p. 75, abr./jun. 2001; *Revista de Direito Agrário*, Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, ano 17, n. 16, p. 114, 2. semestre de 2001.

<sup>146</sup> OST, François. Op. cit., p. 325.

moderno discurso ecológico, que é, atualmente, um *discurso de inclusão do outro*, propulsor de uma democracia ambiental, qualificada pelo novo Estado democrático do ambiente.

A proteção da *equidade intergeracional*, a modificação do significado do *outro*, a atuação responsável do homem em face do outro, e o respeito (reconhecimento) da dignidade desse outro é que permitem o reconhecimento de um novo *ethos* para a definição dos sujeitos envolvidos nas novas relações jurídicas. Esse conjunto de condições se insere no espectro global da *proteção de condições adequadas para o desenvolvimento e conservação da vida*, e não simplesmente da *vida qualificada pelo elemento humano*. Assim, ao tratar da proteção dos interesses das futuras gerações, pretende-se desenvolver uma proposta de *proteção integral da vida*, compreendendo aqui, como sujeitos, *todos os seres vivos*.

Qualificando a emergência e a dificuldade com o tratamento dos novos problemas resultantes da responsabilidade em face das futuras gerações, observa Sachs: “À ética imperativa da solidariedade sincrônica com a geração atual somou-se à solidariedade diacrônica com as gerações futuras e, para alguns, o postulado ético de responsabilidade com o futuro de todas as espécies vivas na Terra. Em outras palavras, o contrato social no qual se baseia a governabilidade de nossa sociedade deve ser complementado por um contrato natural.”<sup>147</sup>

Na doutrina ambientalista nacional, ainda é bastante escassa a produção científica que procure atribuir ênfase ao tema da equidade intergeracional, podendo ser citados os trabalhos de Derani<sup>148</sup>, Leme Machado<sup>149</sup>, Leite<sup>150</sup> e Benjamin,<sup>151</sup> procurando destacar, principalmente, sua vinculação direta com a aplicação do princípio da precaução, que deveria projetar temporalmente as variáveis de incerteza sobre a periculosidade das atividades ou comportamentos, como faz Derani:

Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes e

<sup>147</sup> SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento sustentável*. p. 49.

<sup>148</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 267-269.

<sup>149</sup> LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. p. 42-43.

<sup>150</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 78; p. 95.

<sup>151</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. *Objetivos do Direito Ambiental*. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). *Anais do 5º congresso internacional de direito ambiental, 4 a 7 de junho de 2001. O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental*. São Paulo: IMESP, 2001. p. 57-78.

empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.<sup>152</sup>

Mais recentemente, como se noticiou neste capítulo, pode ser indicada a *Declaração sobre a Responsabilidade das Presentes Gerações perante as Futuras Gerações*, que reconhece o conceito de *solidariedade intergeracional*<sup>153</sup>.

Como afirma Weiss, o reconhecimento expresso nos instrumentos legais sobre a responsabilidade perante as futuras gerações serve como um importante ponto de partida na definição e implementação de princípios legais internacionais para a realização da justiça entre gerações: passada, presente e futura<sup>154</sup>.

Observa Weiss<sup>155</sup> que devem ser estabelecidas duas espécies necessárias de relações em uma *teoria da equidade intergeracional*, no contexto de nosso ambiente natural: nossa relação com outras gerações de nossa própria espécie e nossa relação com o sistema natural do qual fazemos parte. Reconhece que a espécie humana está vinculada integralmente com as outras partes do sistema natural; nós afetamos e somos afetados pelo que acontece no sistema. Salaria que somos as únicas, entre todas as criaturas vivas, que têm a capacidade de planejar significativamente nossa relação com o ambiente. Nós podemos usá-la sobre uma base sustentável ou podemos degradar a qualidade ambiental e esgotar a base dos recursos naturais. Como a mais sensível das criaturas vivas, nós temos uma responsabilidade especial em cuidar do planeta<sup>156</sup>.

A segunda relação fundamental é aquela entre gerações diferentes de espécies humanas. Todas as gerações são vinculadas inerentemente em face das outras gerações, passadas e futuras, no uso do patrimônio comum da Terra. A *teoria da equidade intergeracional* estipula que todas as gerações possuem um espaço igual na relação com o sistema natural. Não há base para preferir a geração presente às gerações futuras em seu uso do planeta.

---

<sup>152</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 167.

<sup>153</sup> UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations*. Disponível em: [http://www.unesco.org/human\\_rights/hrcontent.htm](http://www.unesco.org/human_rights/hrcontent.htm). Acesso em: 29 de julho de 2001.

<sup>154</sup> WEISS, Edith Brown. *Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change*. In: *Environmental change and international law – New Challenges and Dimensions*. Tokyo: United Nations University Press, 1992. Disponível em: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee00htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2001.

<sup>155</sup> Idem.

<sup>156</sup> No mesmo sentido, cf. WEISS, Edith Brown. *Our rights and obligations to future generations for the environment*. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

A *teoria da equidade intergeracional* possui bases profundas nos textos dos instrumentos internacionais. Podem ser citadas: a Carta das Nações Unidas, no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, na Convenção Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Declaração sobre os Direitos da Criança, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a Declaração e Programa de Ação de Viena<sup>157</sup>, e diversos outros instrumentos de proteção dos direitos humanos revelam uma crença fundamental na dignidade de todos os membros da sociedade humana e na equidade de direitos que se projeta tanto no tempo como no espaço.

Assim, se nós permitíssemos que as gerações presentes explorassem nossos recursos naturais e culturais às custas do bem-estar das futuras gerações, estaríamos violando frontalmente as proposições da Carta das Nações Unidas e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Três princípios informam a base da equidade intergeracional. Pelo primeiro, cada geração deve conservar a diversidade da base dos recursos naturais e culturais, sem diminuir ou restringir as opções de avaliação das futuras gerações na solução de seus problemas e na satisfação de seus valores, e que deve ser comparável com a diversidade que foi usufruída pelas gerações antecedentes. É o *princípio da conservação de opções (conservation of options)*.

Esse princípio pode ser relacionado também com a análise multiescalar dos sistemas ecológicos, já que aquela possui, como constata Norton, vínculo com o *princípio da justiça entre gerações*<sup>158</sup>.

A análise dos sistemas ecológicos por escalas e hierarquia entre suas relações<sup>159</sup>, relaciona-se com o princípio da equidade intergeracional, pelo qual, nenhuma geração pode, justificadamente, destruir o complexo e criativo processo da natureza.

Explica Norton que esse princípio não protege elementos particulares da natureza, como indivíduos, espécies ou ecossistemas, mas, sim, a integridade dos processos ecológicos.

---

<sup>157</sup> Os textos integrais foram consultados em: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Instrumentos Internacionais de proteção dos direitos humanos**. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997.

<sup>158</sup> NORTON, Bryan. **Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems**. p. 67.

Uma vez estabelecido esse princípio, é possível utilizar a teoria hierárquica para introduzir alguma ordem no caos conceitual que aflige nossa compreensão sobre os sistemas naturais nos quais vivemos e agimos<sup>160</sup>.

Pelo segundo, exige-se de cada geração que mantenha a qualidade do planeta para que seja transferida nas mesmas condições em que foi recebida, bem como a qualidade do planeta que seja comparável àquela usufruída pelas gerações passadas. É o *princípio da conservação da qualidade*, pelo qual nós temos direitos de usar e gozar do sistema, mas não temos o direito de destruir sua integridade para aqueles que ainda estão por vir<sup>161</sup>.

E, por fim, cada geração deveria prover seus membros com direitos iguais de acesso ao legado das gerações passadas e conservar o acesso para as gerações futuras. É o *princípio da conservação do acesso*<sup>162</sup>.

A questão surge, entretanto, *quando a conservação das opções deixa de atender as necessidades das próprias gerações presentes*. Assim, frequentemente se posiciona o problema nos termos de que o melhor caminho para a conservação das opções seria a preservação do *status quo*, que significa que as populações pobres, em particular, continuariam a sofrer.

Analisa Weiss<sup>163</sup> que o argumento é aplicado de maneira inadequada ao princípio. A conservação das opções deve ser realizada pelo desenvolvimento de novas tecnologias que criem substitutos para os recursos existentes ou processos para sua exploração mais eficiente, bem como pela conservação dos recursos existentes.

O princípio da conservação de opções requer que seja *mantido o balanceamento sobre a diversidade da base de recursos*. Esta é uma importante restrição dirigida àqueles que poderiam destruir a diversidade biológica pelo desmatamento de áreas tropicais,

<sup>159</sup> Consultar sobre aspecto da hierarquia na compreensão dos sistemas ecológicos, a referência realizada no primeiro capítulo.

<sup>160</sup> NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 67.

<sup>161</sup> WEISS, Edith Brown. *Our rights and obligations to future generations for the environment*. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

<sup>162</sup> Entre nós, LEME MACHADO avalia a dimensão intergeracional da equidade, a partir da ótica da manutenção das condições de acesso aos recursos naturais. "A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras. Um posicionamento equânime não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente". (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. p. 43). Entretanto, acentua que o uso do bem ambiental pelas gerações atuais deve ser realizado mediante a demonstração de suas necessidades atuais, e não na proporção de suas necessidades futuras e potenciais. Estas pertencem às gerações futuras, e não às gerações presentes. (Idem).

<sup>163</sup> WEISS, Edith Brown. *Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change*. In: \_\_\_\_\_ *Environmental change and international law – New Challenges and Dimensions*. Tokyo: United

desenvolvimento de monoculturas para a exclusão da conservação dos cultivares selvagens, exaurindo todas as reservas conhecidas de recursos naturais não renováveis, como óleo e gás natural, ou desconsiderando os recursos culturais de todos.

No particular, deve ser ressaltado que os critérios de orientação do *juízo de proporcionalidade intergeracional*, que controlam a *razoabilidade do resultado dos processos de decisão* sobre a utilização dos recursos naturais e culturais, e impedem restrições desproporcionais, devem ser escolhidos e avaliados pelas gerações futuras e não pelas gerações presentes.

Essa é posição de Leite, para quem: “[...] a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual.”<sup>164</sup>

Exemplo de conflituosidade bastante ilustrativo é trazido por Benjamin nos seguintes termos:

Pelo ponto de vista da geração atual, proteger uma determinada espécie ameaçada de extinção pode não valer a pena, diante de eventuais sacrifícios exigidos, principalmente econômicos. Mas se incorporamos o futuro — o desejo de deixar como herança tal espécie para as gerações que nos sucederão — a decisão em favor da preservação ganha muito mais força e legitimidade.<sup>165</sup>

*Direitos planetários* e obrigações coexistem em cada geração. Na dimensão intergeracional, as gerações para quem as obrigações são devidas são as futuras gerações, enquanto que as gerações perante as quais estão vinculados os direitos, são as gerações passadas.

Dessa forma, os direitos das futuras gerações estão vinculados necessariamente a obrigações das gerações presentes. No contexto intergeracional, obrigações planetárias e direitos existem entre membros das gerações presentes. Eles derivam da relação

Nations University Press, 1992. Disponível em: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee00htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2001.

<sup>164</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. p. 78. No mesmo sentido, Benjamin, quando diz que: “A preocupação com as gerações futuras (transgeracionalidade) amplia temporalmente os braços do Direito Ambiental. Logo, a equidade, tradicionalmente utilizada no âmbito das relações intrageracionais (entre sujeitos de uma mesma época), agora se põe, de modo muito mais desafiador para o jurista no relacionamento entre gerações diversas.” (BENJAMIN, Antônio Herman. **Objetivos do Direito Ambiental**. p. 60).

<sup>165</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. **Objetivos do Direito Ambiental**. p. 61.

intergeracional que cada geração possui com aquelas que a antecederam e aquelas que ainda virão.

Talvez a mais importante contribuição da *teoria da equidade intergeracional* seja o reconhecimento de que os *direitos planetários intergeracionais*<sup>166</sup> devem ser compreendidos sempre enquanto direitos coletivos, distintos de direitos individuais, no sentido de que as gerações mantêm esses direitos enquanto grupos em relação com outras gerações, passadas, presentes e futuras.

Weiss salienta que há certas categorias de ações que podem ser identificadas como potencialmente agressivas aos direitos intergeracionais, enumeradas entre as seguintes<sup>167</sup>:

- a) danos cujos impactos não podem ser seguramente contidos através do espaço ou através do tempo, tais como os desastres nucleares;
- b) danos aos solos, tornando-os incapazes de suportar vida animal ou vegetal;
- c) destruição de florestas tropicais suficiente para diminuir significativamente a diversidade de espécies na região e a sustentabilidade dos solos;
- d) poluição do ar e transformações terrestres que induzam mudanças significativas no clima;
- e) destruição do conhecimento essencial para entender os sistemas naturais e sociais;
- f) destruição de monumentos culturais que países desconheçam fazer parte do patrimônio comum da humanidade;
- g) destruição de feitos notáveis desenvolvidos pelas gerações presentes que possam beneficiar as futuras gerações, como livrarias e bancos genéticos;
- h) destruição dos elementos das culturas tradicionais<sup>168</sup>.

A composição de todos esses elementos permite que se reconheça fundamentalmente, como aspecto inovador deste princípio, uma dimensão que será útil ao desenvolvimento desta pesquisa, que é o de enfatizar um controle de resultados decisórios no direito do ambiente.

---

<sup>166</sup> Leite, ao examinar a configuração objetiva do ambiente no art. 225, *caput*, da CRB, afirma ser possível o reconhecimento de um *direito fundamental intergeracional*. (LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. p. 95).

<sup>167</sup> WEISS, Edith Brown. *Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change*. In: **Environmental change and international law – New Challenges and Dimensions**. Tokyo: United Nations University Press, 1992. Disponível em: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee00htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2001.

<sup>168</sup> Atividade que não consta do rol original elaborado por Weiss, mas que se entende poder ser incluída com perfeição no mesmo conjunto.

O controle impõe, como exigência da nova racionalidade ambiental, não só a ordenação do procedimento pelos direitos fundamentais, mas exige que se considere, também, como dado digno de avaliação, interesses e direitos das futuras gerações, de modo que se torna *condição de avaliação obrigatória e vinculante* na formação da decisão. Trata-se de *condição de realização de um modelo de justiça ambiental, que agora é intergeracional*<sup>169</sup>.

E Weiss entende significar por justiça intergeracional aquela em “[...] que o desenvolvimento não se faça às expensas do meio ambiente dos pobres, seja qual seja a geração. Isto requer recursos que satisfaçam as necessidades básicas e meios que possam fazer possível o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente.”<sup>170</sup>

E mais uma vez, deve ser lembrado que, para justificar uma perspectiva da existência de obrigações a serem suportadas pelas gerações atuais no tocante à proteção do meio ambiente, cujos resultados serão usufruídos pelas gerações futuras — na forma de seus direitos à qualidade do meio ambiente — argumenta que se os direitos sempre estão vinculados a deveres, estes (deveres) nem sempre estão vinculados a direitos.

Ainda que não seja possível reconhecer e identificar individualmente os titulares dos interesses a serem protegidos mediante obrigações impostas em diferentes espécies, espaços e graus, afirma que tais direitos podem ser considerados como coletivos, existindo “[...] seja qual for o número e a identidade dos indivíduos que compõem cada geração. Quando as gerações futuras tomam corpo, seus membros adquirem o direito de utilizar a Terra e de se beneficiar dela, e a obrigação de cuidar dela para seus contemporâneos e para quem lhes suceda.”<sup>171</sup>

Mas *direitos planetários intergeracionais* devem também estar vinculados a certas normas procedimentais, que são importantes para a realização de normas substanciais,

<sup>169</sup> Um aspecto bastante concreto em que se vislumbra a justiciabilidade procedimental dos direitos das futuras gerações encontra-se em destaque, notadamente nas audiências e debates públicos como condições de estruturação do procedimento administrativo ambiental.

<sup>170</sup> WEISS, Edith Brown. *Medio Ambiente: Derechos y Obligaciones. Fuentes*, Barcelona: UNESCO, n. 107, p. 8-9, dic. 1998.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 9. Destaca ainda a referência expressa do princípio da equidade intergeracional em cortes internacionais. Enumera o voto do então Vice-presidente da Corte Internacional de Justiça, Weeramantry, em 1996. Em 1997, fez referência ao princípio da curatela dos recursos terrestres, em litígio envolvendo a Hungria e a República Tcheca, versando sobre a construção de um pântano no Danúbio. Mas talvez o caso mais interessante seja aquele da decisão do Tribunal Supremo das Filipinas, em 1993, que confirmou decisão em ação coletiva proposta por 42 crianças em seu próprio nome e em nome de suas gerações e das gerações que hão de nascer, em conjunto com *Philippine Ecological Network*, apresentando a pretensão ao reconhecimento de seu direito ao meio ambiente de qualidade. Opunham-se, na oportunidade, aos arrendamentos e ao corte de áreas de grande diversidade biológica, que correspondiam à cerca de 2,5 por cento de toda a área terrestre do arquipélago das Filipinas. Como resultado, o Tribunal confirmou a anulação de vários arrendamentos. Trata-se do caso *Minors Sposa v Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR)*, que também é descrito por: SANDS, Philippe. *Protecting Future Generations: Precedents and Practicalities*. In: AGIUS,

destacando-se, v.g., o acesso à informação e à garantia de participação pública, no que se pode reconhecer, como faz Sands com as futuras gerações, que o princípio da equidade intergeracional congrega uma série de princípios que podem ser utilizados como condições fundamentais para ordenar processos de decisão<sup>172</sup>.

Um aspecto que parece não ter sido considerado na obra de Weiss, mas que parece ser especialmente importante para a configuração da proteção jurídica desses interesses, a partir do texto constitucional brasileiro, é a vinculação do fundamento desses direitos (solidariedade), como atributo relacionado à cultura.

Neste momento, considera-se que a proteção jurídica das futuras gerações na CRB não deriva somente do art. 225, *caput*, que dispõe expressamente sobre sua condição de beneficiária de obrigações de proteção. Seu fundamento decisivo parece estar delineado logo no art. 3º, quando trata dos objetivos fundamentais da república, onde insere a construção de uma *sociedade solidária*, como um dos *objetivos fundamentais de nossa república*<sup>173</sup>.

A imposição de obrigações aos membros de nossa sociedade, visando proteger a posição de beneficiários futuros, é consequência da própria particularidade de organização política definida no texto constitucional, que cuida de proteger um compromisso que não é só jurídico, mas principalmente social e comunitário. É um compromisso exercido de forma comunitária, cuja base é a escolha fundamental de uma nova referência de justiça, que depende que se realize entre gerações. Isso só é possível quando se assume de forma prévia, como objetivo fundamental, o desenvolvimento da solidariedade, como realizado pelo texto de nossa Constituição.

Como dito, não se trata de um compromisso que é apenas jurídico e dogmático. É compromisso que é antes social e, principalmente cultural, face ao que Häberle trata por um *princípio de abertura da cultura estatal*<sup>174</sup>.

A opção por uma sociedade solidária permite considerar que a cultura estatal está aberta aos interesses das futuras gerações.

Considerar a preocupação com os interesses das futuras gerações como um aspecto que é antes de jurídico cultural, não é hipótese que possa ser desmerecida dogmaticamente, justamente porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu essa relação em

---

Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). *Future generations and international law*. London: Earthscan, 1998. p. 87.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>173</sup> Art. 3º, inc. I, CRB. (BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2).

<sup>174</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción e introducción de: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 34.

recente, extensa e interessante decisão, envolvendo os direitos de povos indígenas a permanecer em área ocupada por diversas tribos em regime comunal, por várias gerações, e resistir à exploração de seus recursos naturais<sup>175</sup>.

O território em questão foi reconhecido como sagrado pela corte, por interessar não só os membros vivos da comunidade, mas também os restos mortais de seus antepassados e suas divindades<sup>176</sup>, destacando, portanto, dimensões intergeracionais a partir de um aspecto que é eminentemente cultural.

É interessante o registro das palavras de seu presidente, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, que, conquanto longas, merecem ser reproduzidas, pela consideração importante e profunda que foi atribuída em seu voto, às particularidades do caso:

6. O conceito comunal da terra — inclusive como lugar espiritual — e seus recursos naturais formam parte de seu direito consuetudinário; sua vinculação como território, ainda que não esteja escrita, integra sua vida cotidiana, e o próprio direito à propriedade comunal possui uma dimensão cultural. Em suma, o habitat forma parte integrante de sua cultura, transmitida de geração em geração.

[...]

8. Consideramos necessário ampliar este elemento conceitual com uma ênfase na dimensão intertemporal do que nos parece caracterizar a relação dos indígenas da comunidade com suas terras. Sem o uso e gozo efetivos destas últimas, eles estariam privados de praticar, conservar e revitalizar seus costumes culturais, que dão sentido à sua própria existência, tanto individual como comunitária. O sentimento que se desprende é no sentido de que, assim como a terra que ocupam lhes pertence, de outra forma, eles pertencem à sua terra. Têm, pois, o direito de preservar suas manifestações culturais passadas e presentes, e de poder desenvolvê-las no futuro.

9. Daí a importância do fortalecimento da relação espiritual e material dos membros da Comunidade com as terras que ocuparam, não só para preservar o legado das gerações passadas, mas também para assumir e desempenhar as responsabilidades que eles assumem a respeito das gerações por vir.

[...]

10. A preocupação pelo elemento da conservação reflete uma manifestação cultural da integração do ser humano com a natureza e o mundo em que vive. Esta integração, cremos, projeta-se tanto no espaço como no tempo, porquanto nos relacionamos, no espaço, com o sistema natural de que somos parte e que devemos tratar com cuidado, e, no tempo, com outras gerações (as passadas e as futuras), em relação com as quais temos obrigações.”

[...]

15. [...] Esta concepção comunal, ademais dos valores nela subjacentes, tem uma cosmovisão própria e uma importante dimensão intertemporal, ao pôr manifestamente os laços de solidariedade humana que vinculam os vivos com os mortos e com os que estão por vir.<sup>177</sup>

<sup>175</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**, Sentencia de 31 de agosto de 2001. 119 p.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>177</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**, Sentencia de 31 de agosto de 2001. p. 107-109.

Como observa Häberle, o texto constitucional é uma realidade em interação, e reflete, juridicamente, apenas um fragmento da realidade da verdadeira Constituição, que deve ser cultivada, e essa atividade é a própria manifestação do que chama de *cultura constitucional*<sup>178</sup>, que concebe a Constituição como um processo sempre público, aberto e em desenvolvimento<sup>179</sup>.

A solidariedade pode ser considerada nesse sentido, uma opção política fundamental bem definida e que expressa, no momento, um sentido de ação ética culturalmente pretendido como objetivo da república.

Essa espécie de ação, definida no art. 3º., *caput*, inc. I, da CRB, ao impor a solidariedade como objetivo fundamental, definiu como escolha fundamental, a opção pela proteção da sociedade considerada em uma perspectiva temporalmente alargada, intencionado que a justiça e o seu próprio significado se fizessem estender no tempo, em uma sociedade que poderia ser autenticamente definida como uma típica sociedade aberta, mas acima de tudo, *sociedade dos direitos fundamentais*<sup>180</sup>.

### 2.4.3. Os Princípios da Prevenção e da Precaução

A caracterização de um novo sistema jurídico de proteção da natureza que deixa de orientar suas políticas e ações regulatórias a partir da restrita perspectiva do dano e da lesão, encontra seus fundamentos na própria origem do desenvolvimento dogmático dos princípios, que pode ser creditada ao seu desenvolvimento no direito alemão, concebidos nos anos setenta, como princípios de política ambiental.

Ali já puderam ser traçadas as linhas daqueles que seriam ainda hoje, de certa forma, os principais atributos de diferenciação dogmática de sua aplicação, realizada a partir de objetivos e momentos diferenciados de atuação da política ambiental (regulação jurídica), seja perante comportamentos humanos que tenham mínima probabilidade de produção de *danos*, ou perante aqueles em que estes são apenas prováveis face o *elevado grau de incerteza* que

<sup>178</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. p. 35.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 37. No mesmo sentido: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 33-34.

<sup>180</sup> A expressão é de Häberle em: HÄBERLE, Peter. *Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*. In: PINA, Antonio López (Director). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991. p. 267.

para sobre a compreensão da *qualidade* do própria atividade, ou sobre outros aspectos da relação jurídica estabelecida a partir do dano (causa, nexo de causalidade e subjetivação).

Naquela primeira condição, eram exigidas ações governamentais para a prevenção dos perigos (*Gefahrenvorsorge*), e na segunda, onde somente se verificavam riscos de que os efeitos ocorressem, fazia-se pertinente a necessidade de que as medidas de prevenção já fossem imediatamente investigadas, e se os riscos fossem bastante elevados, estas já deveriam ser imediatamente implementadas (*Risikovorsorge*)<sup>181</sup>.

Nesse primeiro momento de desenvolvimento do que hoje se sustenta serem princípios jurídicos autônomos, esses dois atributos de justificação das medidas de regulação (evitar perigos e agir perante riscos), tanto as medidas de regulação exigidas com o objetivo de prevenção, como aquelas que poderiam estar relacionadas à precaução propriamente dita, seriam aspectos de um mesmo e único princípio, o princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*), evidência que é considerada por Douma<sup>182</sup>.

Conquanto essa postura de unidade dogmática do princípio afastar-se (como se demonstrará) sensivelmente do sentido de autonomia e diferenciação que é conferida hoje, especialmente aos domínios de aplicação de cada um, e das circunstâncias que justificam as medidas de regulação, deve-se reconhecer que a experiência inicial da formulação jurídica do princípio da precaução, na forma do *Vorsorge* ou *Vorsorgeprinzip* do Direito alemão, cumpriu um papel muito importante porque veio representar e já advertir sobre a necessidade de que a sociedade evitasse danos ambientais, a partir de práticas e ações guiadas em cuidadoso planejamento prudente, procurando impedir o desenvolvimento de atividades potencialmente perigosas.

Para uma primeira análise, pode-se considerar que esses caracteres do sentido prático dos princípios, podem inicialmente ser reunidos em torno da *máxima da prevenção*, que compreenderia todas as condutas e atividades dirigidas a evitar resultados ilícitos ou concretamente agressivos ao bem ambiental.

A *máxima de prevenção* pressupõe a admissão de que em muitos casos, depois dos efeitos da atividade poluente ou da produção do dano, são impossíveis de serem removidos,

---

<sup>181</sup> DOUMA, Wybe Th. The precautionary principle. *Iceland Legal Journal*, Úlfjótur, vol. 49, ns. 3/4, p. 417-30, 1996. Disponível em: <http://www.eel.nl/index5.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2002. A mesma diferenciação entre risco e perigo no direito alemão, é também lembrada por Loureiro em: LOUREIRO, João Carlos. *Les Principes de la Bioconstitution du Type "État Constitutionnel Européen"*. p. 471.

<sup>182</sup> DOUMA, Wybe Th. Op. cit. Essa mensagem de prudência e diligência ínsita no princípio alemão, passou posteriormente a ocupar posição de destaque no direito ambiental tedesco, mas no entanto, informado principalmente por critérios e princípios relacionados a análises de viabilidade econômica. (Idem).

como na hipótese limite da extinção de espécimes vegetais ou animais, onde há impossibilidade material de reconstituição da situação anterior ao dano<sup>183</sup>.

De outra forma, sua atuação pressupõe também, a admissão de que, mesmo quando a reconstituição natural é materialmente possível, “[...] freqüentemente ela é de tal modo onerosa, que esse esforço não pode ser exigido do poluidor.”<sup>184</sup>

Iniciando a diferenciação de seus principais traços conceituais, esta poderia em um primeiro momento, ser estabelecida, a princípio, pela identificação de um importante elemento (mas não o principal) que o distingue do princípio da precaução, que é o *momento de sua aplicação*, e da exigibilidade das medidas de antecipação.

Isso se explica porque: “A aplicação do princípio da prevenção implica a adoção de medidas antes da ocorrência de um dano concreto cuja origem é conhecida, como o fim de evitar a verificação de novos danos ou, pelo menos, de minorar significativamente seus efeitos.”<sup>185</sup>

Mas para uma compreensão radical da diferenciação do círculo de aplicação de cada princípio, além de inadequado, o critério da oportunidade das medidas (momento) não consegue representar com fidelidade, a efetiva identidade dogmática de cada um dos princípios, circunstância que é enfatizada no direito brasileiro, especialmente quando se constata recente iniciativa legislativa que consagra essa diferenciação<sup>186</sup>.

Para tanto, faz-se necessária a recuperação da distinção já realizada entre perigo e risco, que é extremamente funcional ao trabalho, hipótese em que se admite tão somente a presença do elemento risco na fundamentação da aplicação de ambos os princípios, mas que é compreendido em cada um, sob configurações diferenciadas.

O risco, ao contrário dos perigos, não se circunscreve a qualquer espécie de ameaça originária de processos naturais e involuntários, que venha a produzir estados de desfavorabilidade ecológica, mas depende diretamente de comportamentos e atividades, mesmo que omissivas, mas que sejam voluntárias, o que limita seu conteúdo, restringindo sua

---

<sup>183</sup> SANTOS, Cláudia Maria; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **Introdução ao direito do ambiente**. p. 44.

<sup>184</sup> *Idem*.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>186</sup> A referência à autonomia dos princípios da precaução e prevenção encontra-se no art. 5º, *caput*, do decreto presidencial n. 4.297, de 10 de julho de 2002, que organiza e define o zoneamento ecológico-econômico do Brasil, como instrumento de Política Nacional do Meio Ambiente. (BRASIL. Decreto 4.297, de 10 de julho de 2002. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 de julho de 2002)

pertinência às ações humanas e sua origem ao desenvolvimento contemporâneo dos processos industriais e tecnológicos<sup>187</sup>.

O objeto de regulação jurídica das novas sociedades complexas, não se relaciona dessa forma, ao problema do perigo — que não constitui conteúdo dogmático nem do princípio da prevenção e nem mesmo do princípio da precaução — mas exatamente ao dos *riscos*, que limitam na qualidade de objeto jurídico de regulação, somente os *resultados que tenham origem voluntária*, e portanto, humana.

Esse aspecto só vem enfatizar o fato de que todos os estados de insegurança ambiental encontrarem origem direta nas intervenções humanas sobre o ambiente, e que comprometem a concretização da proteção jurídica de um direito à vida segura atual e futura.

A *qualidade diferenciada da espécie de estado de desfavorabilidade*, como atributo e pressuposto de fundamentação para ações de antecipação, tem sua construção dogmática intimamente relacionada com o desenvolvimento moderno do direito penal no sentido de sua legitimação em um *Estado democrático de direito*.

Dentre as propostas dogmáticas que poderiam ser atribuídas a esse período, interessa especialmente a este momento, a enumeração de duas: o desenvolvimento de um sentido preventivo e intimidatório da sanção à criminalização da lesão aos novos bens jurídicos<sup>188</sup>; e sobretudo, a consideração de uma compreensão funcional dos novos problemas a partir da própria realidade social, objetivando a legitimação de formas de intervenção mais adequadas e eficientes<sup>189</sup> para a proteção desses bens, proposta que viria a fundamentar a polêmica, mas interessante construção de um *direito penal funcional*<sup>190</sup>.

Essas duas propostas expressam com fidelidade um importante sentido de transformação na fundamentação dos objetivos do direito penal, principalmente porque seu desenvolvimento, importou ao menos, a necessidade de crítica da função de proteção de bens

<sup>187</sup> Cf. nesse sentido: PARDO, José Esteves. *Técnica, riesgo y Derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1998. p. 29-30.

<sup>188</sup> MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. 2. ed. Bosch: Barcelona, 1982. p. 38-40; CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social*. 2. ed. Temis: Colombia, 1999. p. 121.

<sup>189</sup> A caracterização desse Direito penal eficiente é examinada amplamente em: HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de: Patricia S. Ziffer. 1. reimpressão. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2001. p. 45-62; *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Colombia: Temis, 1999. p. 39-47.

<sup>190</sup> JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. de: Manuel Cancio y Bernardo Feijóo Sanchez. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 1996; *El concepto jurídico penal de acción*. Trad. de: Manuel Cancio Meliá. 1. reimpressão. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998; *imputação objetiva no direito penal*. Trad. de: André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000; *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Trad. de: Teresa Manso Porto. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

jurídicos em face de lesões ou ameaça de lesões, que é descrita por ocasião da análise da jurisprudência penal, no próximo capítulo.

A função atribuída à proteção penal em um modelo funcional tem particular importância para este momento, porque passa a reconhecer a necessidade de adequação das formas de intervenção jurídica destinadas à proteção de novas necessidades e interesses, em um modelo de sociedade altamente tecnológica, que submete a pessoa humana, o ambiente e outras qualidades de interesses, a situações de risco contínuo.

Desse modo, a intervenção penal passa a privilegiar muito mais um modelo de regulação jurídica fundamentada no risco, em substituição ao modelo de lesão de bens jurídicos, tendência evidenciada por Hassemer no atual direito penal alemão como o favorecimento do que chama *domínio do futuro*<sup>191</sup>.

Traz-se como conseqüência da afirmação dessa tendência, a exigência de consideração jurídica não só de lesões (danos), mas principalmente dos riscos, que seriam expressos na forma de tipos penais de perigo abstrato, “[...] para os quais é suficiente a comprovação de uma ação (que o legislador proibiu como perigosa).”<sup>192</sup>

A razão é muito bem justificada por Hassemer, quando argumenta que: “Muitos desses delitos característicos do moderno direito penal são delitos sem vítimas ou, pelo menos, com vítimas difusas. Não se lhes exige um dano. O delito nem sempre é um resultado cientificamente previsível.”<sup>193</sup>

A consolidação de um sentido de prevenção no moderno Direito penal alemão — a partir da *consideração jurídica do perigo* — encontra hoje na figura de Urs Kindhauser, seu principal teórico, que a considera uma exigência de *proteção jurídica da segurança*, onde deixa de cumprir uma função de repressão e expiação de um prejuízo ou lesão que *já tenha sido produzida*, para procurar “[...] evitar preventivamente que se produza um dano.”<sup>194</sup>

<sup>191</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Colombia: Temis, 1999. p. 10-11. Essa tendência também é creditada por Hassemer à política criminal de um direito penal funcional, que leva em conta a complexidade do mundo moderno. Cf. para tanto em: HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Imprensa Nacional, a. 30, n. 118, p. 279, abr./jun. 1993.

<sup>192</sup> Lê-se no original: “[...] para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción (que el legislador há prohibido como peligrosa).” (HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. p. 54). Cf. no mesmo sentido, do mesmo autor: *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. p. 45.

<sup>193</sup> Lê-se no original: “Muchos de estos delitos característicos del moderno derecho penal son delitos sin víctimas o, por lo menos, con víctimas difuminadas. No se exige en ellos un daño. El delito no siempre es un resultado científicamente previsible.” (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. p. 25).

<sup>194</sup> Lê-se no original: “[...] evitar preventivamente que se produzca un daño.” (KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. de: Claudia López Díaz. 1. reimpressão. Colombia:

Nesse sentido, explica Kindhauser que o objetivo da regulação jurídica (na espécie, a penal), é a proteção da *segurança*, que serve para a construção do que chama de *direito penal de segurança*, que cumpriria a função de proporcionar a segurança necessária para a livre disposição dos bens jurídicos fundamentais diante dos riscos das sociedades industrializadas<sup>195</sup>.

O interesse específico neste momento dirige-se preferencialmente à compreensão dos principais atributos do direito penal funcional, em razão de privilegiar em modelos societários de risco, a consideração jurídica, não das lesões aos *bens jurídicos*, mas as simples violações a *deveres jurídicos*, em uma espécie de *direito penal de risco*<sup>196</sup> que *considera juridicamente o perigo*, aspecto que evidencia sua pertinência à compreensão dos princípios da prevenção e precaução e do problema da regulação jurídica a partir de novos contextos.

O risco é elemento central para a organização da proposta funcional, que trabalha intensamente com a noção da atribuição de responsabilidade pelo *descumprimento de deveres jurídicos*, sob *determinadas circunstâncias*, e que tenham aptidão a colocar bens jurídicos em condição de desfavorabilidade.

A justificação dessa tendência é realizada a partir da exigência de adequação do Direito às especificidades do novo modelo societal, que coloca em contato um progressivo número de relações anônimas, onde é condição para uma proteção jurídica adequada à nova realidade social, o que Jakobs chama de *desubjetivação da referência do dano*<sup>197</sup>.

Nesse modelo, o que importa para o fim de regulação jurídica, não é mais a efetiva lesão a bens jurídicos reputados constitucionalmente fundamentais, mas sim, a reprodução do

Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 12). No direito italiano, onde não há referência constitucional clara sobre a qualidade fundamental do bem ambiental, os tipos de perigo abstrato vem, apesar da progressiva importância, encontrado dificuldades de legitimação, em razão da inconclusão sobre o objeto jurídico protegido, o próprio bem ambiental, ou na verdade, a Administração Pública, que promove sua proteção. Cf. em: GIUNTA, Fausto. Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, anno XL, fasc. 4, p. 1097-1123, ott./dic. 1997.

<sup>195</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. p. 12. No entanto, deve ser registrado que a idéia de que o Direito teria como função assegurar segurança, a máxima proteção aos bens jurídicos, ou evitar todos os danos possíveis, é severamente criticada por Jakobs, que entende ser a função do Direito Penal, a proteção da *vigência da norma*: JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. p. 16-19; *El concepto jurídico penal de acción*. p. 40; *A imputação objetiva no direito penal*. p. 19; *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. p. 27.

<sup>196</sup> A expressão é recuperada por Scheerer, no entanto, em sentido negativo, denunciando os possíveis excessos de uma política legislativa de sistemática criminalização de perigos: SCHEERER, Sebastian. Prólogo. A tardia modernidade entre a hipertrofia e a minimização (do sistema penal). In: QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 14-15.

<sup>197</sup> JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. p. 13.

que chama de um *défice de fidelidade ao direito*<sup>198</sup>, ou como prefere Kindhauser, de um *défice de lealdade comunicativa*, que é a própria ausência de fidelidade à lei<sup>199</sup>.

É a partir da consideração jurídica da noção *défice de fidelidade ao direito* — originária da postura funcionalista do direito penal, ou na noção de *défice de lealdade comunicativa*, que expressam unicamente a violação de deveres jurídicos — é que se sustenta atualmente a fundamentação jurídica do binômio perigo concreto/abstrato, utilizado freqüentemente como referencial para a justificação das medidas de regulação que se antecipam à possibilidade de prejuízos.

Verifica-se que no domínio do direito penal, a justificação das medidas de prevenção não estabelece a diferenciação já realizada entre as noções de risco e perigo, preferindo tratar o risco em relação de identidade com o perigo, que é o referencial dogmático eleito.

No perigo concreto, o que se objetiva é evitar o dano que é originário de exposição concreta à situação de perigo, onde da exposição, é provável que se produza a lesão<sup>200</sup>.

Dessa forma, a partir de Kindhauser, pode-se considerar um resultado concretamente perigoso, quando determinado dano ameaça determinado bem com uma *probabilidade decisivamente relevante*, de modo que se reputa concretamente perigosa, toda conduta ou comportamento que possa causar determinado dano com uma probabilidade que é *decisivamente relevante*<sup>201</sup>.

De forma distinta, o perigo abstrato deriva de situações, onde a não concretização do comportamento ou atividade (proibição) é imposta *ab initio*, no sentido de evitar a ocorrência do dano decisivamente relevante. São dessa forma, proibições de exposição ao perigo que descrevem simplesmente ações consideradas a princípio perigosas<sup>202</sup>, e que constituem para Kindhauser, ao lado dos modelos de perigo concreto, o meio para a *proteção racional de bens jurídicos*<sup>203</sup>.

Essa caracterização da justificação das medidas de prevenção (*lato sensu*) em relação ao *dano*, compreendidas pelo direito penal, a partir da proteção em face do perigo *em diferentes qualidades*, conquanto não se utilize da diferenciação que se estabeleceu entre risco

<sup>198</sup> JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. p. 15; p. 28. Na proposta de Jakobs, diante do crescente anonimato das relações sociais, essa perda de referência do sujeito para o efeito de responsabilização, leva ao desenvolvimento da idéia da imputação objetiva, que leva em consideração, o referencial de que há graus de risco permitidos, reunidos em torno do que trata por um *risco geral da vida*. Cf. em: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. p. 34-38; p. 82.

<sup>199</sup> KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. p. 53.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 98-99.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 11; p. 86.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 88.

e perigo, *não prejudica a compreensão da idéia de risco como fundamento dogmático do princípio da prevenção e da precaução, no domínio do Direito do ambiente.*

Nessa postura desenvolvida a partir da noção de espécies diferenciadas de perigo, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução poderia ser associada, respectivamente, à proteção em face do perigo concreto e do perigo abstrato. Na *primeira situação* (proteção face ao perigo concreto), o que se visa inibir é um perigo de dano, ou seja, de que, a atividade já *minimamente* reconhecida *perigosa*, possa *vir a produzir* em um específico caso concreto, os *efeitos* que se quer evitar, ou seja, o *dano*; e se há algum perigo potencial nessa situação, é tão somente o de que o dano ocorra. E em relação à *segunda situação* (proteção em face do perigo abstrato), o que se quer inibir é o próprio desenvolvimento da atividade, que *ainda não se sabe seguramente perigosa*, de modo que o perigo que se quer evitar está adstrito à própria qualidade da atividade, perigo que ainda não se conhece (porque não se conhece com segurança, *principalmente*, se há algum grau de ofensividade na atividade, abstratamente considerada) e por isso, é meramente potencial, abstrato<sup>204</sup>.

Isso se explica, porque como observa Pardo, a noção de perigo que é desenvolvida nos delitos de perigo, seja na forma concreta ou abstrata, sempre pressupõe ações humanas e voluntárias, e por essa razão, contemplam a mesma específica noção de risco que aqui foi desenvolvida, para distingui-lo dos perigos (naturais e involuntários)<sup>205</sup>.

Dessa forma, ainda que não se trate o problema semanticamente a partir do risco, não há qualquer prejuízo à fundamentação das medidas de prevenção a partir da mesma noção de perigo que já é desenvolvida, por exemplo, pelo direito penal, já que em ambos os casos, objetiva-se da mesma forma, a proteção em face de resultados de decisões humanas que colocam, na espécie, a segurança da vida, atual e futura, humana e não-humana, em desfavorabilidade.

E mesmo se for considerado o desenvolvimento dogmático da responsabilidade civil no âmbito do direito privado — onde ao contrário do direito penal, não se utiliza a expressão semântica perigo, mas a de risco — o que se estuda da mesma forma, também não é a reparação originária de fatos naturais, mas unicamente, aquela que tem origem em ações ou

---

<sup>204</sup> Essa foi a opção realizada na recente obra: LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. p. 62-64. De outra forma, deve ser registrado que o professor Canotilho também reconhece a pertinência dessas referências ao direito penal e aos crimes de perigo abstrato e concreto, como alternativas dignas de consideração para o melhor enfrentamento de conflitos ecológicos, citando na ocasião, particularmente aqueles relacionados a estados de incerteza, como o da responsabilização pela poluição histórica ou por cargas acumuladas. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais*. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 57, 1993).

decisões humanas, ainda que se faça referência, por exemplo, ao lado de atividades de risco, ao exercício de atividades e emprego de substâncias perigosas, características fundamentais do fenômeno da objetivação da responsabilidade<sup>206</sup>.

Conquanto os resultados que precisam ser atingidos na compreensão dos princípios (prevenção e precaução) não sejam prejudicados com a manutenção da abordagem fundada nas espécies distintas de perigo, opta-se para manter a coerência e a unidade científica do texto, a consideração da diferenciação aqui estabelecida entre risco e perigo, para reconhecer que a aplicação desses princípios, só considera juridicamente os riscos, e não o perigo.

Nesse sentido é que se pode enfim, afirmar que o aspecto responsável pela diferenciação idônea e efetiva atribuição de autonomia dogmática aos princípios, leva em consideração a *qualidade diferenciada dos riscos*. É o referencial *qualidade do risco* que determina a pertinência da regulação jurídica pelo princípio da prevenção ou pelo princípio da precaução, porque sempre se terá diante dos riscos, graus diferenciados de certeza ou incerteza, sobre determinada situação, que poderão ser, como explica didaticamente Pardo, *acessíveis* ou *inacessíveis ao conhecimento médio* do jurista<sup>207</sup>.

O domínio de aplicação do princípio da precaução se afasta progressivamente das exigências particulares de soluções para as situações de risco compreendidas nas hipóteses de aplicação do princípio da prevenção, precisamente porque neste (prevenção) verifica-se a pertinência de *graus diferenciados de certeza* sobre *distintas qualidades do risco* nas relações de responsabilização, indicando um caminho que parece convergir para soluções para *evitar concretamente* as situações de dano, que são justificadas em razão da reunião de mínimo conjunto de evidências, ou de juízos de verossimilhança, que permitem afirmar sua necessidade.

Diferenciando com precisão essa situação circunscrita ao domínio de aplicação do princípio da prevenção, bem observam nesse sentido, Cameron, Wade-Gery e Abouchar, que se há certeza de que provavelmente um dano ambiental ocorreria no caso de falha na observação de padrões ou limites, a disposição jurídica assim orientada *não é de conteúdo precaucional*<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> PARDO, José Esteves. *Técnica, riesgo y Derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental. p. 37.

<sup>206</sup> Cf. a propósito: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novos rumos da satisfação reparatória*. p. 171-174.

<sup>207</sup> Pardo considera a diferenciação da qualidade do risco, a partir da referência *acessibilidade* ou *inacessibilidade ao conhecimento médio* do jurista. (PARDO, José Esteves. *Técnica, riesgo y Derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental. p. 32-39).

<sup>208</sup> CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. *Precautionary Principle and Future Generations*. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). *Future generations and international law*.

A diferenciação aqui proposta — estabelecida a partir das qualidades do risco, e dos graus de incerteza presentes nas hipóteses de decisão — é avaliada pelos mesmos autores, de modo sensivelmente distinto, a partir do contraste estabelecido entre o risco e a incerteza, como aspectos autônomos da relação<sup>209</sup>.

Nessa perspectiva proposta pelos autores, a idéia de risco não se identifica em momento algum com a noção de incerteza.

Aquele (o risco) é geralmente associado a probabilidades (maiores ou menores), sobre determinado evento, e que permite a proposição de *graus diferenciados de previdência* e de segurança em relação às *expectativas sobre as conseqüências do evento*.

O risco evoca a idéia de *probabilidade*, enquanto a incerteza está associada especialmente a *estados de indefinição cognitiva*, e estes são os pressupostos para a determinação do específico domínio de aplicação do princípio da precaução.

O domínio de aplicação do princípio da precaução aproxima-se justamente de situações-limite onde as decisões sobre a implementação de medidas e comportamentos de proteção antecipada, são resultado direto de exigências de prevenção que não têm origem em qualquer conjunto de evidências científicas que permita o estabelecimento de juízos de verossimilhança sobre as possibilidades de dano concreto, mas sim em situações de graus diferenciados de incerteza sobre a própria periculosidade da atividade, que podem atingir o grau máximo, da *absoluta incerteza*<sup>210</sup>.

Nesse sentido, consideram Cameron, Wade-Gery e Abouchar, que somente se teriam esses estados próprios do domínio de aplicação do princípio, quando o *nível de incerteza fosse relativamente alto*<sup>211</sup>, momento em que se verifica a aproximação de sua proposta com a que aqui se desenvolveu, dos *graus diferenciados de incerteza*.

Os mesmos autores observam, tentando diferenciá-lo das condições em que se atrai a aplicação do princípio da prevenção, que nem todos os padrões ou modelos preventivos são precaucionais, podendo ou não sê-los em vários graus, mas de outra forma, todos os modelos

---

London: Earthscan, 1998. p 99.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 101-102.

<sup>210</sup> Recomenda-se, nesse sentido, a consulta de recente trabalho de Nogueira, onde também assume a postura daqueles que reconhecem a especial pertinência do princípio da precaução perante estados e situações de incerteza, elaborando síntese sistemática sobre o assunto: NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org./Ed.). **Anais do 6º congresso internacional de direito Ambiental, 03 a 06 de junho de 2002.** 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 285-310.

<sup>211</sup> CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. **Precautionary Principle and Future Generations.** p. 101.

de precaução, deverão ser preventivos também em vários graus, mas nunca poderão ser considerados não preventivos<sup>212</sup>.

Em outras palavras, uma elevada carga de riscos não necessariamente importa que se considere da mesma forma, seja elevado também o potencial de incerteza e indefinição cognitiva. A progressão dos riscos (compreendidos aqui como ameaças minimamente conhecidas sem a necessidade de que se recorra ao conhecimento especializado) tem importância para o domínio de aplicação do princípio da prevenção, enquanto a incerteza revela sua especial pertinência à aplicação do princípio da precaução.

Ocorre que, a idéia de risco, que aparentemente parece não se identificar em qualquer momento com a noção de incerteza, pode muito bem ser associada ao modelo de compreensão dos riscos proposto por Pardo, onde o risco não é considerado de forma *autônoma e independente*, mas em *relação direta ao problema do conhecimento*, de modo que a incerteza muito bem se aproxima do que trata como um problema de *riscos tecnológicos inacessíveis ao conhecimento médio dos juristas*<sup>213</sup>, ocasião em que se privilegia exatamente o aspecto da incerteza, parecendo serem ambas as propostas de caracterização do domínio de aplicação do princípio da precaução, complementares.

Nessas situações, mesmo perante a incerteza científica sobre as diversas qualidades da relação jurídica de responsabilização que estão compreendidas nos estados de risco, devem ser tomadas medidas de precaução, observando-se esse aspecto, de que nem sempre uma alta carga de riscos, permite afirmar necessariamente, o alto grau de incerteza exigido para a identificação do domínio de aplicação do princípio.

Sintetizando esses aspectos fundamentais de seu conteúdo dogmático, e indicando a pertinência da análise dos problemas de incerteza vinculada aos aspectos da relação jurídica, explicam Santos, Figueiredo Dias e Aragão, que o princípio em referência, portanto, “[...] tem a sua máxima aplicação em casos de dúvida. Ele significa que o ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre o nexos causal entre uma actividade e um determinado fenómeno de poluição ou degradação do ambiente.”<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. *Precautionary Principle and Future Generations*. p. 99.

<sup>213</sup> PARDO, José Esteves. *Técnica, riesgo y Derecho*. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental. p. 37-39.

<sup>214</sup> SANTOS, Cláudia Maria; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Introdução ao direito do ambiente*. p. 48. Acentua também Leme Machado, citando Tullio Scovazi, que: “Este princípio não se apresenta como uma genérica exortação à precaução com o fim de proteger o ambiente. Ao invés, ele tem um significado mais específico, querendo fornecer indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente não sejam ainda plenamente conhecidos sob o plano

As qualidades da relação jurídica compreendidas nesse quadro particular de riscos podem ser identificadas em torno das condições de aplicação do princípio, que relaciona a incerteza científica atingindo aspectos da relação, como o sujeito, o próprio dano, ou da relação integral, como a possibilidade de se estabelecer o vínculo entre seus elementos (causa-efeito).

Nesse sentido, explicitando essas hipóteses de atração da aplicação (ou condições de aplicação) do referido princípio, poderiam ser apresentadas as seguintes circunstâncias<sup>215</sup>:

- a) quando, apesar de não existirem quaisquer danos decorrentes da atividade, se receia, apesar da ausência de provas científicas, que venha a ocorrer;
- b) havendo danos já produzidos ao ambiente, não há informações científicas que possam precisar com certeza, qual a *causa originária* dos danos;
- c) apesar da existência dos danos ambientais, não se têm informações científicas sobre o *nexo de causalidade* entre a causa hipotética e o dano produzido.

Como salientado ao diferenciar a qualidade do risco que ordena a atividade preventiva no princípio da precaução, sua aplicação pressupõe, *principalmente*, um juízo de *dúvida sobre a própria periculosidade* da atividade, empreendimento ou comportamento em face das *incertezas científicas* (podendo também se estender sobre aspectos da relação de imputação) que impedem a emissão de um juízo seguro para a orientação dos processos de decisão. Nestes limites, ao contrário do princípio da prevenção, nem ao menos se tem certeza se a atividade, comportamento ou empreendimento são perigosos.

Leme Machado afirma mesmo que: “No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se.”<sup>216</sup>

Nas sociedades de risco, é necessário levar em consideração situações de elevado grau de instabilidade, relações que são contingentes, ou mesmo invisíveis ou imprevisíveis,

---

científico.” (LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. p. 50). Como noticiam Tickner, Raffensperger e Myers, esse é o sentido que também foi o sentido atribuído em janeiro de 1998, no Wingspread Statement on the Precautionary Principle, onde se estabeleceu que medidas precaucionais devem ser tomadas se alguma relação de causa-efeito ainda não está completamente estabelecida cientificamente. (TICKNER, Joel; RAFFENSPERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. *The precautionary principle in action – a handbook*. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001.p. 1).

<sup>215</sup> SANTOS, Cláudia Maria; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *Introdução ao direito do ambiente*. p. 49.

<sup>216</sup> LEME MACHADO, Paulo Affonso. Op. cit., p. 49.

porque como bem observam, as experiências em matéria ambiental indicam que quando nós estamos certos, somos impotentes, e é tarde demais para reparar o dano<sup>217</sup>.

Deve ser salientado que, esse estado de incerteza científica, que atinge os processos de decisão em torno da intervenção sobre o bem ambiental, permite a elaboração de uma *metódica particular de decisão*, pressupondo na lição de Canotilho, o princípio *in dubio pro ambiente*, que importa considerar a um só tempo que o ambiente sempre prevalecerá sobre o agente poluidor diante do estado de dúvida sobre a periculosidade ambiental da atividade, e a imposição do dever de redução das emissões poluentes mesmo que não exista prova científica conclusiva e inequívoca sobre o nexo de causalidade e a discriminação de seus efeitos<sup>218</sup>.

Explicam Cameron, Wade-Gery e Abouchar que o princípio da precaução atribui um custo muito elevado para a inação reguladora diante da incerteza sobre eventuais impactos de determinada atividade, quando era não-negligenciável o risco ambiental trazido por ela<sup>219</sup>.

A importância da compreensão desses elementos para a orientação da aplicação do princípio da precaução, não deixou de ser considerada também em relação ao aspecto de sua aplicação judicial. Essa atenção é dedicada por Mirra, que com rigor científico, informa que o juízo de *certeza* é substituído pelo juízo de *probabilidade*, que orienta a ampla atuação dos instrumentos processuais cautelares, liminares e inibitórios, e principalmente, do uso da *inversão do ônus da prova*, em face da influência direta, em matéria do ambiente do art. 15 da Declaração do Rio 92, ao substituir o critério de *certeza*, pelo de *probabilidade*<sup>220</sup>.

Dessa forma continua o culto magistrado explicando que “[...] para o autor da demanda, basta a demonstração de elementos concretos e com base científica que levam à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a comprovação de que sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não prova ou não provocará a alegada ou temida lesão ao meio ambiente.”<sup>221</sup>

E extrai também uma regra de julgamento, pela qual, verificada mediante elementos sérios e verossímeis que é provável a periculosidade da atividade, o pedido deverá ser julgado procedente par ao fim de impedir, cessar ou reparar o *dano produzido*<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> Cf. CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. **Precautionary Principle and Future Generations**. p 94.

<sup>218</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)**. p. 40-41.

<sup>219</sup> CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>220</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial**. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 68.

<sup>221</sup> *Idem*.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 68.

O *princípio da precaução*, examinado exatamente a partir dos contornos de processualização, é o próprio retrato da *reflexividade* do moderno direito ambiental. Ele informa como se deve decidir em um processo onde se realizam ponderações, e que se valem de princípios, dados, informações, razões, ou mesmo, de dado nenhum.

Essa é a feição mais típica do princípio, que trabalha com graus diferenciados de incerteza, desde o grau mínimo (*incompletude*), até o máximo, que reside no completo *anonimato* ou *máxima indefinição cognitiva*.

Observa-se por fim, que o fato de ser possível considerar seu significado (princípio da precaução) mediante uma identificação com a referência do perigo abstrato, do direito penal (e que por sua vez, está associada à descrição legislativa de uma ação proibida porque é reputada, a princípio perigosa), não importa considerar também, que somente comportamentos ilícitos sejam objeto da regulação jurídica realizada pelo princípio da precaução.

Isso porque, o âmbito de sua aplicação está adstrito às zonas de *elevada incerteza* sobre a diversos aspectos da relação de imputação que advém do comportamento (a própria causa, sujeito ou o nexa causal). Na prevenção, ao contrário, essa zona de incerteza é ao menos medianamente superada pelo conhecimento científico, que tem condições nessas situações, de oferecer razoáveis evidências científicas que permitem juízos de certeza.

Nesse sentido, simples proibição de comportamentos amparada em sua ofensividade presumida, e o integral cumprimento e atendimento daqueles *deveres de cuidado* que ali estivessem definidos como necessários, poderia, a princípio, conduzir a um sofisticado argumento de que bastaria a autorização (licitude)<sup>223</sup>, para afastar sua aplicação, possibilidade que se nega e será recuperada por ocasião da fundamentação da tutela jurisdicional de risco.

Outros aspectos atuais e de especial pertinência sobre o princípio da precaução, serão analisados no final deste capítulo (seção 2.5), onde se demonstrará a funcionalidade e a importância de sua estreita vinculação, com o *princípio da proporcionalidade*, que assumirá com a proposta, *novas feições dogmáticas*, vinculadas nesta pesquisa, às condições de formulação de critérios, procedimentos e dados de controle, ordenação e correção dos resultados decisórios que tenham por objeto o amplo espectro de direitos — notadamente temporal — com referibilidade imediata ao ambiente.

---

<sup>223</sup> Canotilho alerta para essa particularidade do problema da vinculação dos juízos de ilicitude em matéria de proteção do ambiente, observando enfaticamente a impertinência da averiguação da licitude do comportamento (ação) ou dos efeitos (resultados), para o efeito de sua consideração nos processos de responsabilização. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais*. p. 5).

### 2.4.3.1. Novos contornos do princípio da precaução

Nesta oportunidade, depois de já delineados os principais aspectos de diferenciação dos princípios da prevenção e precaução, passa-se a ocupar de um desenvolvimento mais analítico dos componentes particulares da definição do princípio da precaução, para em seguida tratar de duas grandes linhas dogmáticas que hoje são organizadas para a fundamentação das condições de aplicação do princípio, que tomam por referência, nos processos relacionados à sua concretização, os graus diferenciados de incerteza científica como supostos de definição em um momento posterior, das soluções metódicas mais apropriadas.

Duas são atualmente as principais propostas de ordenação da tensa relação que se estabelece particularmente no domínio da aplicabilidade do princípio da precaução, que são relações estabelecidas entre a ciência e o direito. Ou se privilegiam modelos de aplicação do princípio a partir de padrões de *gestão dos riscos* — que é um modelo dirigido por expectativas e pela capacidade de previsão, exigindo graus mínimos que sejam, de informações, e dependentes de sistemas especializados — ou se opta por autênticos *modelos de decisão*, que permitam resultados nos mais diversos graus de dificuldade de aplicação do princípio, compreendendo desde graus mínimos de informação, até as situações-limite onde não se tem qualquer grau ou espécie de informação especializada, configurando o autêntico anonimato.

Essa segunda perspectiva, esclarece-se desde já, é típica dos problemas oriundos da concretização da proteção jurídica dos interesses das futuras gerações, e coloca, como questão central, a capacidade de decisão dos sistemas institucionais, perante situações de risco em que se exige, na ausência de informações especializadas, uma decisão que se funde em outros aspectos que compõem a *equação fática* de sua aplicação: juízos políticos, sociais e culturais, principalmente. Essa decisão, no entanto, *não faz opções* por outras modalidades de complexos de informação presentes na equação fática<sup>224</sup>, *faz ponderação ecológica* que deve permitir otimizar todos esses dados para compor um *resultado*, e que deve manter o melhor sentido ecológico possível no caso específico.

Essa proposta de abordagem visa acentuar a importância de uma composição mista de ordenação das condições de aplicabilidade do princípio da precaução, que colocam primeiro o controle da previsão dos riscos, e depois a ponderação e as relações de decisão, em

---

<sup>224</sup> Atitude que importaria na ausência de informações científicas ou técnicas especializadas, optar-se por informações políticas, culturais ou sociais.

posição de destaque nos modelos democráticos participativos que qualificam os sistemas constitucionais contemporâneos, porque ambas são, autenticamente, *soluções de concertação*, que implicam a participação, mais ou menos aberta da sociedade, com ênfase, nesse sentido, para o segundo modelo, que substitui a informação especializada (técnica ou científica), pela informação cotidiana que é do conhecimento do cidadão.

Para traçar um quadro representativo do primeiro modelo, utiliza-se como referencial chave, o estudo analítico relativo ao princípio que é apresentado pela Comissão das Comunidades Européias em recente relatório<sup>225</sup>, que traz relevantes contribuições para a ruptura com leituras defeituosas de seu conteúdo e, principalmente, de seu alcance, não raras vezes, restringido inadequadamente em sua aplicação, fundamentado em elementos que não guardam qualquer vínculo de razoabilidade.

Na atividade de gestão de riscos, deve ser ressaltado que as autoridades públicas trabalharão com noção conceitual muito importante, principalmente para a estruturação dos critérios de colisão de interesses e estruturação ideológica do moderno direito ambiental, que passa pela relativização e ponderação dos *topoi* relacionados, sem que se atribua valor absoluto a qualquer deles. Trata-se do reconhecimento de que *o princípio da precaução trabalha ativamente com a noção dos níveis de tolerabilidade*, pelo qual se evidencia que os processos que envolvam a tomada de decisões pelas autoridades públicas têm por conteúdo, essencialmente, *determinar qual é o nível de risco aceitável para a sociedade*<sup>226</sup>.

Assim, poder-se-ia traduzir esta primeira fase na avaliação do controle de sua aplicação, concluindo que: “[...] a aplicação do princípio da precaução insere-se na gestão de riscos, quando a incerteza científica não permite uma avaliação completa dos riscos e as instâncias de decisão consideram que pode existir uma ameaça ao nível escolhido de proteção do ambiente [...]”<sup>227</sup>.

Tickner, Raffensperger e Myers trazem, nesse aspecto, interessante contribuição ao informarem haver não só graus diferenciados de incerteza, mas também tipos diferenciados,

---

<sup>225</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução*. COM (2000) 1 final. Bruxelas: 2 de fevereiro de 2000.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 3. Sobre a noção de limites de tolerabilidade, opina Derani que: “As normas de proteção do meio ambiente não se destinam necessariamente a modificações radicais da relação homem-natureza. Na maior parte das vezes, tais normas contêm prescrições de caráter quantitativo. Isto é, a preocupação dominante gira em torno de quanto de poluente, quanto de abstenção ou de exploração etc...” (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 73).

<sup>227</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução*. p. 14

que podem ser classificados em grandes grupos, como: incerteza de parâmetros, de modelos, incerteza sistêmica, incerteza politicamente induzida e o que chama de *cortina de fumaça*<sup>228</sup>.

Na proposta de gestão de riscos, o aspecto dos parâmetros parece ser o que melhor se amolda, onde se pode reduzi-la com o desenvolvimento de melhores técnicas de análise dos riscos e principalmente de um melhor e maior acúmulo de informações<sup>229</sup>.

A estruturação da compreensão do princípio da precaução a partir de uma perspectiva de gestão dos riscos, comporta, nesse sentido, uma fundamentação da temática, a partir da exigência de alguns componentes fundamentais para a efetividade de um necessário conteúdo democrático e participativo de processos decisórios que exigem graus mínimos de informação de qualidade, para a ordenação das decisões e opções pelas ações ou medidas de precaução.

Tickner, Raffensperger e Myers organizam uma relação de sete componentes, que bem poderiam se aproximar dessa proposta, onde se destacam<sup>230</sup>:

- a) a necessidade de que se optem por ações antes da certeza científica sobre a causa e o efeito;
- b) o estabelecimento de metas de ação;
- c) a avaliação das alternativas possíveis;
- d) a previsão de uma obrigação de entender, investigar e agir;
- e) o desenvolvimento de processos de decisão, critérios e métodos mais democráticos.

Esse conjunto de aspectos componentes de uma metódica de aplicação do princípio da precaução, informa a opção dos autores pela proposição de um modelo de estruturação dos processos de decisão que é sensivelmente diferenciado da proposta da Comissão das Comunidades Europeias, indicando primeiro a necessidade de se caracterizar e entender o problema ou o possível problema, compreender o que é conhecido e o que é desconhecido, identificar alternativas para a ação, atividade ou produto e, por fim, determinar o curso da ação, e fiscalizar<sup>231</sup>.

Assim, o que primeiro se exige nesse modelo de *gestão de riscos de base informativa* é identificar o possível problema e caracterizá-lo. Em seguida passa-se à identificação do que

<sup>228</sup> TICKNER, Joel; RAFFENSPERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. **The precautionary principle in action – a handbook**. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001. p. 12.

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>231</sup> COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução**. p. 7.

é conhecido e o que é desconhecido sobre o problema, para, ao final, ser possível a descrição do que é necessário fazer, para se determinarem as alternativas possíveis e qual a opção que poderá ser feita para o curso da ação, que será sempre acompanhada e fiscalizada.

Os processos de decisão relacionados à concretização específica do princípio da precaução nas diversas hipóteses típicas de julgamentos e avaliações sobre riscos exigem que as decisões sejam não só controladas, mas constituídas sobre bases democráticas, seja mediante a previsão de instrumentos jurídicos de fiscalização dos limites, excessos e *défices* de informação ou avaliação verificados nas situações concretas, ou através da previsão de instrumentos de participação e interferência decisória sobre os resultados do processo.

Diante desse contexto de reorganização do princípio da precaução, pode ser revelada toda a importância prática do reconhecimento do mito do equilíbrio da natureza, uma vez que se as transformações, trocas e mudanças são inevitáveis, a escolha entre intervir ou preservar, agir ou não agir, é sempre um *falso problema de decisão*. A questão que primeiro se coloca nesse novo padrão de decisão fundada em uma *nova ecologia (new ecology)* giraria em torno de quais mudanças são benignas, quais são aceitáveis e quais são adversas, em um autêntico modelo ordenado por padrões de previsibilidade, dependente de mínimos graus que sejam de informações especializadas e evidências científicas, para se chegar aos *limites de tolerabilidade*<sup>232</sup>.

Um mérito, que não pode deixar de ser reconhecido com a introdução dos modelos de gestão de riscos no domínio da aplicação do princípio da precaução, é a necessidade que se coloca da análise da proporcionalidade na própria definição dos danos e riscos — que se posiciona agora também, como questão de julgamento e não de pura objetividade — e na seleção das medidas adequadas e indicadas para a resolução dos conflitos ambientais, evitando excessos ecofascistas e omissões institucionais oriundas de extremado utilitarismo antropocêntrico.

Dessa maneira, tal como sustenta Wiener, não mais pode ser real a distinção entre o que é tóxico e o que é seguro, porque, de uma certa forma, tudo pode ser tóxico, em alguma medida e em certos contextos, exigindo que se refaça a questão exatamente no sentido dos graus de danosidade que podem ser causados pela interação de medidas, variações inter-individuais, exposições múltiplas e acumuladas, e dos riscos relativos à exposição que poderia ocorrer perante agentes alternativos<sup>233</sup>. O caráter contingencial, inconsistente e variável dos riscos coloca sérias objeções a avaliações rígidas e objetivas sobre o dano.

---

<sup>232</sup> Cf. nesse sentido: WIENER, Johnatan Baert. *Beyond the balance of nature*. p. 14.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 16.

Feitas essas considerações sobre um modelo autêntico de gestão de riscos (como é o do atual sistema proposto na União Européia), cumpre agora analisar o segundo modelo, um modelo de decisão que tem como característica fundamental, tentar equacionar o problema de como decidir perante estados de incerteza absoluta, aspecto que, por mais otimistas possam ser as expectativas depositadas sobre o modelo anterior, não consegue, ali, ser convenientemente equacionado, precisamente porque a incerteza absoluta coloca problemas que precisam ser solucionados sem um mínimo de evidências científicas ou informações especializadas.

Nesse modelo típico dos problemas atuais enfrentados no processo de aplicação do princípio da precaução, deve-se reconhecer, como faz Tarlock, que a ciência, perante esses estados de conflituosidade particulares das sociedades complexas, não tem condições de substituir processos políticos de decisão, assim como também não cumpre a função de contribuir na formação dos resultados e das decisões sobre as relações entre homem e natureza, as fundamentações de origem *meta-ética*.

A reação crítica delineada neste momento — que importa contestar até que ponto se pode afirmar a onisciência, a infalibilidade e a inexorabilidade do conhecimento científico como padrão absoluto de regulação — somente vem confirmar incisiva consideração formulada por Hayek (sobre a qualidade desse conhecimento científico), em seu discurso reproduzido por ocasião do recebimento do prêmio Nobel de economia, em 11 de dezembro de 1974, quando declarou, em síntese, *não ter a ciência técnicas prontas, como receitas culinárias, para resolver os problemas sociais*<sup>234</sup>.

Reproduzindo a literalidade de suas palavras, disse na ocasião que “[...] a confiança no ilimitado poder da ciência se baseia, demasiadas vezes, numa falsa crença de que o método científico consiste na aplicação de uma técnica pronta, ou em imitar antes a forma que a substância do procedimento científico, como se alguém precisasse somente seguir algumas receitas culinárias para resolver todos os problemas sociais.”<sup>235</sup>

Ciência e hierarquias morais devem ceder espaço para o desenvolvimento de modelos plurais. Mas ainda que se reconheça que a ciência não tem mais condições de ocupar a posição de centralidade nos novos modelos de decisão, a questão não pode simplesmente ser reclassificada como problema ético.

---

<sup>234</sup> HAYEK, Friedrich A. A pretensão de conhecimento. *Humanidades*, Brasília: EdUnB, vol. II, n. 5, p. 52, out./dez. 1983.

<sup>235</sup> *Idem*.

A compreensão dos sistemas ecológicos, como já se demonstrou, é realizada através de escalas e modelos específicos de hierarquia, que supõem a interdependência e interação entre diversos aspectos, valores e condições. Nesse sentido, somente conceber a pluralidade em uma orientação puramente moral, onde as respostas éticas tenderiam substituir respostas dependentes das evidências científicas, não é suficiente e não consegue superar as deficiências já reconhecidas nos modelos científicos<sup>236</sup>.

Afirma Tarlock, que, mesmo diante das contingências e incertezas próprias da perspectiva científica de compreensão dos fenômenos ecológicos, o reconhecimento de sua ineficiência (incompletude) não é suficiente para a reclassificação desses problemas como éticos no lugar de científicos<sup>237</sup>.

Nesses processos de decisão, ética e ciência estão relacionadas em íntima conexão com o problema da incerteza, circunstância que modifica as alternativas dogmáticas para sua resolução, que estão localizadas agora, em um quadro de decisão próprio das sociedades de risco.

E, nesse quadro, a ciência revela-se inábil a fornecer esquemas seguros e precisos para a compreensão correta e integral dos problemas ecológicos, que são, sobretudo, problemas relacionados ao dano ambiental, onde a incerteza da ciência o atinge através de inconclusões que convergem basicamente para o problema da prova científica: prova da periculosidade da atividade em abstrato, prova da fonte do dano, prova da causa específica do dano, prova da relação que vincula a causa ao resultado, etc...

Toda a relação decisória do problema do dano é informada por estados de incerteza e *défices* de informações (informações imprecisas ou insuficientes) que colocam a decisão na fronteira da ciência e da extrema incerteza, podendo vir, logo, atingir seu grau máximo: o anonimato e a invisibilidade (informações não disponíveis)<sup>238</sup>.

Essa descrição das dificuldades de se lidar com o problema dos *défices* de certeza nos processos de decisão ecológicos, é conseqüência (negativa) imediata, em certa medida, da reprodução do mito do equilíbrio da natureza, que considera a natureza como capaz de saber o

---

<sup>236</sup> TARLOCK, A. Dan. *Environmental Law: ethics or science?* p. 195.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>238</sup> Tickner, Raffensperger e Myers argumentam que os processos de decisão em face de situações de extrema incerteza e ignorância são matérias de política e de considerações políticas. Nesse sentido, argumentam que a dependência de critérios científicos é insuficiente para atender a necessidade de solução de complexos problemas de causa e efeito, e uma decisão que deve dizer sobre a necessidade de se fazer ou não fazer alguma coisa mesmo perante a incerteza, é uma questão política e não uma questão científica. (TICKNER, Joel; RAFFENSBERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. *The precautionary principle in action – a handbook*. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001. p. 4).

que é melhor para si, e de seguir, por conta própria, até o caminho da perfeição, o estado estável<sup>239</sup>.

Como observa Botkin, se isso fosse verdade, não teríamos que saber nada sobre a natureza no sentido de administrá-la, já que a natureza teria a capacidade de se cuidar por si mesma; dados, informações, e o próprio conhecimento, não teriam, por isso, importância alguma.<sup>240</sup>

Isso permitiu reconhecer que se de um lado *é necessário agir com informações* para a intervenção, por outro, constatar que *nem todas essas informações-chave* (ou mesmo nenhuma, em certos casos) são conhecidas pelo homem, o que é um obstáculo (ausência do conhecimento científico) que dificulta o problema da decisão e coloca problemas também em se aceitar a plena capacidade dos modelos de gestão de riscos, como suficientes para solucioná-los, e também como único padrão de decisão para a aplicação adequada do princípio da precaução.

Modelos de determinação dos riscos pecam por assumir uma equivocada capacidade de assimilação dos perigos e danos ao ambiente, visível através da busca por opções metódicas de fixação de limites de tolerabilidade ou suportabilidade, que no entanto, *só podem diminuir os riscos, mas não têm condições de preveni-los*.

Essa mesma opção pela busca de limites e fixação de padrões de emissão, controle e suportabilidade da assimilação de perigos e danos oriundos de agentes potencialmente poluentes, utiliza para atingir esse objetivo, métodos de trabalho que focalizam apenas a quantificação e a avaliação dos problemas, onde muitas vezes não se tem certeza mesmo da própria idoneidade, uniformidade e precisão dos critérios utilizados nessas avaliações. Por essa razão, podem resultar em margens de arbitrariedade não desejadas, e que pouco podem contribuir para de fato solucioná-lo, dizendo apenas — e nem mesmo com a segurança desejável — *o quanto* podemos suportar, e deixando uma lacuna no que diz respeito *ao que devemos fazer* ou *o que podemos fazer*<sup>241</sup>.

Por atribuir uma função acentuadamente otimista à atividade científica e técnica nos julgamentos e avaliações sobre o riscos — que protagonizam os processos de gestão — os mesmos autores acertadamente salientam que essa perspectiva mostra-se fundamentalmente

---

<sup>239</sup> Cf. BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to nature's discordant harmonies*. p. 35.

<sup>240</sup> *Idem*.

<sup>241</sup> TICKNER, Joel; RAFFENSPERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. *The precautionary principle in action – a handbook*. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001. p. 14. Por isso os autores observam adiante, que essa perspectiva é conivente e tolerante com as atividades perigosas, permitindo sua continuidade, justificando-a a partir do argumento da *aceitação de riscos*.

anti-democrática, porque não inclui percepções públicas, prioridades ou necessidades<sup>242</sup>, e que contribuem para um perigoso afastamento das pretensões de consolidação de uma democracia ambiental, que impõe exigências de participação pública em substituição à razão técnica de gestão do poder.

Nesse sentido, pode-se afirmar que os processos de gestão de riscos, diferem sensivelmente do âmbito de aplicação do princípio da precaução, porque este importa tomar como problema dogmático, um problema de decisão a partir de bases de graus diferenciados de incerteza, que podem ser mínimos ou absolutos, sendo, neste último, acentuadamente inviável e ineficaz sustentar pretensões de identificação dos riscos.

É o que também observa Vieira ao examinar o problema da avaliação dos riscos biotecnológicos oriundos das inovações científicas, salientando que aquela exige não só um acúmulo de evidências sobre o risco de sua difusão, como também a legitimação política de sistemas de gestão dos riscos, que chama de preventiva-proativa<sup>243</sup>.

Ocorre que, como bem observa Vieira, nesses processos de avaliação:

O problema torna-se complicado quando consideramos o grau de incerteza e as controvérsias que cercam a avaliação de impactos sociais em horizontes de longo prazo, além da defasagem via de regra constatada entre a maturação de procedimentos sistemáticos de avaliação socioambiental de riscos tecnológicos (incluindo-se aqui a formação e atualização de bancos de dados) e o desenvolvimento acelerado das inovações tecnológicas.<sup>244</sup>

Comentando esse aspecto particular do princípio, Kuhlmann observa que se rejeita, na espécie, a idéia de que nós podemos calcular adequadamente os prejuízos ambientais, que nós podemos fazê-lo em tempo adequado, e que a maior parte dos prejuízos é certa e integralmente reversível e, diante da insuficiência dos padrões científicos, como critérios de informação dos modelos de decisão no Direito do ambiente, os princípios ocupariam importante papel, contribuindo para superar essas deficiências, notadamente através da ligação do Direito — em uma postura mais *ecocêntrica* — com princípios como o da conservação biológica e o próprio princípio da precaução<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> TICKNER, Joel; RAFFENSPERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. **The precautionary principle in action – a handbook**. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001. p. 15.

<sup>243</sup> VIEIRA, Paulo Freire. Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza. Oportunidades e riscos da inovação biotecnológica. VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 248.

<sup>244</sup> Idem.

<sup>245</sup> KUHLMANN, Walter. **Making the Law more ecocentric: responding to Leopold and conservation biology**. p. 137. Loureiro chega a propor princípios do que chama de uma *bioconstituição*. (LOUREIRO, João Carlos. **Les Principes de la Bioconstitution du Type “Étati Constitutionnel Européen”**. p. 453-473).

No estabelecimento de vínculos com o direito, através da busca e identificação de modelos de regulação adequados ao momento de complexidade, a postura de justificação do princípio rejeita quaisquer construções ortodoxas de segurança baseadas na certeza e na onisciência cognitiva, que cedem espaço às necessidades de se decidir mesmo diante dessas instabilidades e imprecisões. Isso porque, como bem ressaltado por Cameron, Wade-Gery e Abouchar, “[...] quando nós estamos certos, somos impotentes — é tarde demais para reparar o dano.”<sup>246</sup>

É certo que nas modernas propostas de gestão de riscos a partir da determinação de limites de tolerabilidade, não se reconhece hoje uma mítica capacidade eterna e sem fim de assimilação integral dos impactos, pois é justamente por essa razão que se procuram estabelecer limites para esses impactos, como limites possíveis de assimilação pela natureza.

Ocorre que mesmo essa postura ainda depende de certo grau de informações especializadas e evidências científicas, embora não integrais, mas mínimas que sejam, para guiar a fixação desses limites, pois são modelos estritamente técnicos.

Pelo fato de se ter ainda mínima dependência que seja de modelos científicos de gestão dos riscos ecológicos, mostram-se incompletos e insuficientes exatamente diante de não raras ocasiões, onde a informação técnica necessária para a determinação dos limites é absolutamente indisponível, sendo, portanto, impossível, nesses casos, estabelecer-se qualquer espécie de limite de tolerabilidade.

Não sendo possível sustentar a compreensão dos sistemas naturais a partir de *modelos estáticos* e de equilíbrio/balanço, torna-se cada vez *mais difícil*, também, considerar-se como possível determinar-se *quais são esses impactos* que podem ser suportados pela natureza (limites de tolerabilidade).

É nesse contexto que se insere a atual abordagem que se faz necessária, na análise das *condições de aplicabilidade do princípio da precaução*: o campo de especial pertinência com os estados de risco, anonimato, invisibilidade, incerteza e imprevisão absoluta. O problema é exatamente o de *como decidir perante a absoluta imprevisão*, razão pela qual se pode compreender com maior precisão, a consideração de Cameron, Wade-Gery e Abouchar quando identificam três questões básicas para a determinação da essência do princípio da precaução<sup>247</sup>:

---

<sup>246</sup> Lê-se no original: “[...] when we are certain we are impotent — it is too late to repair the damage.” (CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. *Precautionary Principle and Future Generations*. p. 93).

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 100.

- a) a que importa na determinação do que se pode compreender como risco não-negligenciável;
- b) a que implica estabelecer quais são as ações de regulação justificáveis, que importa em última análise, responder precisamente à questão: o que se deve fazer perante a incerteza?
- c) e, por fim, a mais importante: como estabelecer critérios para se atingirem as respostas que devem ser atribuídas às questões anteriores?

A organização das soluções, a proposição ou sua identificação, depende, neste momento, em grande parte, do grau de desenvolvimento dos novos contornos que agora são atribuídos especificamente ao princípio da precaução, que proporciona não só a autoridade filosófica necessária para se decidir perante a incerteza— como observam Cameron, Wade-Gery e Juli Abouchar<sup>248</sup> — mas, sobretudo, recupera a dignidade jurídica dos princípios, integrando-os aos complexos quadros de decisão referentes à temática ambiental.

Incerteza e ciência andam juntos nesse processo de decisão que se coloca como questão não concluída para o domínio de aplicabilidade e as condições dessa aplicabilidade, do princípio da precaução.

Com o estabelecimento desse conjunto de considerações procurou-se delinear a localização dos novos contornos do princípio da precaução, tomando-se como referencial de argumentação, o *domínio de sua aplicação* e algumas conseqüências dogmáticas da consideração dessas circunstâncias para os difíceis processos de decisão que se estabelecem contemporaneamente nas relações entre Direito e ambiente.

Verificou-se com a exposição dessas circunstâncias, sobretudo, a necessidade imediata da superação dos mais ortodoxos referenciais cognitivos, estruturados em torno da noção de equilíbrio e da capacidade messiânica da ciência como fonte decisiva e fundamental de justificação e fundamentação das opções de regulação.

É chegado o momento em que se pode dedicar maior atenção às novas circunstâncias relacionadas às *condições de aplicação* do princípio, que se desenvolvem exatamente sobre a organização de sua essência. A argumentação se desenvolve a partir da correta equalização da *terceira questão* proposta Cameron, Wade-Gery e Abouchar, o de como se fixarem os critérios para estabelecer, primeiro, o que se entende por riscos que não podem ser desconsiderados<sup>249</sup> e, em um segundo momento, organizar aqueles que permitirão o

---

<sup>248</sup> CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. **Precautionary Principle and Future Generations**. p. 93.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 100.

desenvolvimento conclusivo do processo de decisão, que é o estabelecimento do resultado específico para o caso concreto: qual a opção de regulação que se justificará diante da identificação da hipótese de risco verificada no caso concreto, e como se poderá chegar processualmente, até a opção de regulação adequada?

Uma única questão poderia ser sinteticamente identificada como problema na temática das condições de aplicação do princípio da precaução: após a identificação e consideração dos riscos, o que então se deve fazer?

Esse parece ser o cerne de toda a organização do problema das condições de aplicação do princípio, e que coloca severas dificuldades à teoria jurídica ambiental.

Isso porque novamente se deve remontar à necessária diferenciação estabelecida entre o risco e a incerteza.

Lidar-se com um alto grau de riscos — importando considerar, v.g., um alto grau de probabilidade da ocorrência de eventos onerosos e gravosos ao ambiente em dimensões intertemporais e transnacionais — pode revelar a importância da instauração de mecanismos de regulação preventivos (nas hipóteses de baixo grau de incerteza e, conseqüentemente, com aumento do grau da previsão dos riscos) ou mesmo precaucionais, de acordo com a qualidade desses riscos, como já proposto neste capítulo. Mas lidar-se com um alto grau de incerteza exige sempre a avaliação de opções de regulação de essência precaucional, que exigirão, para sua determinação, a seleção prévia de critérios ou *standards* flexíveis para a estruturação e, principalmente, para a justificação/legitimação da decisão.

O caminho que se propõe agora, para oferecer razoáveis condições de solução do problema da seleção e justificação racional desses critérios, passa pelo desenvolvimento de uma aproximação do princípio da proporcionalidade, das condições de aplicação do princípio da precaução. Isso porque uma vez fixados os contornos do princípio da precaução em torno da qualidade de difícil problema de decisão que toma, como ponto-de-partida, quadros de elevado grau de incerteza, toma-se nítida sua proximidade dos atributos típicos de justificação do princípio da proporcionalidade, a saber, a estruturação de problemas a partir de processos de decisão (relações) e não de opções unilaterais, e a exigência de processualização das soluções.

Agora objetiva-se com o princípio da precaução, decisivamente, a tarefa de *superar a incerteza de forma ótima*, que importa a justificação de opções decisórias que sejam sempre

as mais idôneas, *especificamente adequadas* e racionais, para a superação do fenômeno que Denninger chama de *explosão da ignorância*<sup>250</sup>.

Diante dessas circunstâncias, a postura decisória que emerge considera legítima a substituição de modelos rígidos de causa-efeito — fundados em rígidos modelos científicos — por modelos baseados no *risco de prejuízos futuros*, mesmo que estes não sejam minimamente conhecidos *hoje*, que é a posição que parece ser a mais adequada e compatível com o aspecto informativo dessa perspectiva do princípio da precaução: a incerteza e o conjunto não disponível de informações, como *topoi*.

Uma primeira solução que já não se mostra compatível com o problema de como se decidir a partir da incerteza e de quadros processuais de decisão — onde a informação não está disponível — é justamente confiar o problema do *défice* de informação aos peritos e especialistas na avaliação dos riscos, que evidencia a tensão entre a boa ciência dos peritos e a má ciência das evidências inconclusivas e dados não especializados.

Tarlock observa, no entanto, que ao menos no direito norte-americano e em seus tribunais, há agora muito menos disposição de promover realmente a substituição dos modelos baseados nas evidências científicas, por modelos estruturados na avaliação de riscos e, muito menos, na utilização de qualquer critério que não possa remeter necessariamente a dados científicos, de maior ou menos grau de conclusão<sup>251</sup>.

Ocorre que, como bem explica Tarlock, os modelos legais de causalidade — inclusive aqueles fundados na causa-de-fato — freqüentemente exigem que cientistas respondam a questões que eles não estão preparados ainda para responder, com um nível de confiabilidade requerido pelos esquemas regulatórios clássicos do Direito (segurança)<sup>252</sup>.

A advertência para essa qualidade de problemas e, principalmente para a inadequação de *modelos cientistas* ou *especialistas*, às necessidades atuais de *regulação jurídica da incerteza*, já começa a merecer atenção no Direito brasileiro, que se evidencia em recente e interessante trabalho de Nogueira, tendo assim diagnosticado esse quadro, de absoluta incompatibilidade com a concretização do princípio da precaução, valendo-se, para tanto, de Tickner, Raffensperger e Myers:

[...] o paradigma científico dominante é incapaz de lidar adequadamente com as situações de incerteza. Com efeito, a pesquisa científica tradicional caracteriza-se por tentar reunir informação quase completa e perfeitamente sustentável antes de anunciar uma relação de

<sup>250</sup> DENNINGER, Erhard. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 14, p. 368, 1993.

<sup>251</sup> TARLOCK, Dan. *Environmental Law: ethics or science?* p. 212.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 213.

causa e efeito. Os cientistas sempre desejam estar certos de que os resultados obtidos não decorrem de simples probabilidade. Este paradigma de ciência tem se perpetuado quando se trata de investigar os perigos para a saúde humana e o meio ambiente. Esta demanda de elevado grau de certeza visa evitar uma primeira espécie de erros, consistente em agir ou regular quando na realidade não existe perigo. No entanto, esta atitude aumenta a possibilidade de se cometer um segundo tipo de equívoco, que é não agir quando há perigo.<sup>253</sup>

O uso dos modelos de regulação, baseados na ciência, tende a exigir, portanto, uma maior tolerância perante a incerteza, uma vez que se admite que o conhecimento científico perante esses problemas potenciais é sempre contingente e experimental, e nunca conclusivo e seguro<sup>254</sup>.

O contexto de indefinições e incertezas que constituem a base para a aplicação do princípio da precaução, importa considerar agora, sobretudo, que a própria qualidade desse conhecimento especializado, que cada vez menos é utilizada como sua referência de decisão, passa por uma substancial modificação.

Isso porque, como salienta Sand, o conhecimento especializado geralmente associado à áreas relacionadas à biotecnologia e à biogenética passa a ser compreendido como um conhecimento que é eminentemente *reflexivo* e *instável*, exposto a constantes mudanças, a fluxo e à influência de novas informações<sup>255</sup>.

O próprio conhecimento especializado, antes definido cognitivamente a partir de referenciais de certeza e segurança, passa dessa forma a se tornar mais tolerante à influência, também no espaço da ciência, do risco como padrão cognitivo de regulação, e nova forma de racionalidade das sociedades complexas.

Nesse contexto de descrença na conservadora pretensão de verdade e de segurança antes reservada à ciência, o problema da regulação importa hoje o de como decidir cientificamente (se é de fato possível essa pretensão) sobre dados que tensionam vários outros valores não propriamente científicos, e se os próprios dados obtidos, não podem necessariamente ser classificados de científicos, não sem antes submetê-los a um amplo processo de experimentação<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. **O princípio de precaução no direito ambiental**. Florianópolis, 2001. 121 p. Monografia (Curso de Graduação em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina. p. 43.

<sup>254</sup> Cf. *Ibidem*, p. 215. É por essa razão que Vieira sustenta a pertinência de se utilizar, na aplicação do princípio da precaução, um enfoque metodológico preventivo-proativo, que ao mesmo tempo tenta minimizar os riscos atuais e potenciais, intensifica ao máximo a pesquisa. (VIEIRA, Paulo Freire. **Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza**. Oportunidades e riscos da inovação biotecnológica. p. 254).

<sup>255</sup> SAND, Inger-Johanne. **Drawing upon the future: socio-legal theories, risk and the application of specialised knowledge**. p. 19.

<sup>256</sup> TARLOCK, Dan. **Environmental Law: ethics or science?** p. 215.

No novo conjunto de aspectos que ordenam agora a compreensão do princípio da precaução, reconhece-se fundamentalmente que a própria ciência não pode ser apreendida como um valor neutro e nem tampouco possui um poder especial de imunização que substitua a avaliação pública dos processos de decisão.

Aplicar conhecimentos científicos e a certeza como paradigma não é garantia de eficácia (resultado) de proteção, assim como a própria certeza científica pode não ser suficiente (e definitivamente não é, como se demonstrou) para lidar com todas as espécies de questões. Exige-se, diante da incerteza, decisões tão bem informadas quanto possível, e *uma decisão bem informada não é necessariamente uma decisão cientificamente fundada*.

É perfeita, portanto, a assertiva de Cameron, Wade-Gery e Abouchar ao definir com precisão o ponto de ruptura do princípio com os clássicos padrões de regulação baseados na dependência da ciência e da técnica, afirmando definitivamente que o princípio aceita bases não-científicas para processos de decisão, e proporcionando a abertura para a integração de dados políticos como decisivos para a orientação desses processos, circunstância que colocará, de outra forma, o novo problema, que importa determinar até que ponto o domínio do político pode se sobrepor às evidências científicas<sup>257</sup>.

A constatação desse novo problema, no entanto, não importa que se aceitem com serenidade os argumentos que procuram desqualificar a pertinência da integração de outros dados não propriamente típicos da instância da ciência formal, para a justificação das medidas de precaução exatamente pela radical diferenciação da qualidade do contexto de decisão que se coloca perante o paradigma científico.

Enquanto norma jurídica de qualidade principiológica, o princípio da precaução demanda concretização na *melhor medida possível* e que *deva ser esperada* diante das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Por isso, a substituição do fundamento certeza, pelo fundamento risco, não impede seja atribuída à precaução, enquanto princípio, um sentido jurídico de máxima efetividade à sua concretização, uma vez que não há por essa circunstância prejuízos em relação ao âmbito de sua validade, mas, sim, atributos diferenciados que condicionam sua eficácia, que, ao contrário das regras, demanda concretização flexível.

Vale a propósito, a pertinente crítica de Nogueira, evidenciando, também, a inconsistência dos argumentos de desqualificação do valor jurídico do princípio, tão somente

---

<sup>257</sup> CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. *Precautionary Principle and Future Generations*. p. 105.

por trabalhar com condições adversas e atípicas (risco/incerteza), se comparadas com o modelo clássico de segurança:

[...] a realidade demonstra que o ser humano continua, a todo momento, brincando de *aprendiz de feiticheiro*, numa empreitada técnico-científica que menospreza os possíveis riscos para o meio ambiente, a saúde humana ou o bem-estar das gerações futuras. Desse modo, diante da ausência de provas científicas sobre a lesividade de uma atividade, substância ou produto, há sempre fortes argumentos contrários à adoção de medidas preventivas, como se estes pretensos *porta-vozes do progresso* tivessem a certeza de que, no caso de efetiva superveniência de tais danos, estarão à sua disposição fórmulas mágicas para a reparação integral dos prejuízos e o retorno ao *statu quo ante*.<sup>258</sup>

Nesse novo contexto, contingências, incertezas e estados de imprevisibilidade colocam-se, portanto, frontalmente, como problemas que não podem ser solucionados de forma adequada por um modelo de regulação que se estrutura a partir de *valores incompatíveis* com essa realidade.

São valores próprios de um modelo de regulação não só axiologicamente diferenciado, mas principalmente funcionalmente diferenciado, no qual a segurança e a certeza mereciam função de destaque na pré-ordenação das medidas de antecipação em face do *dano* (já esperado e previsível ainda que em grau mínimo), onde ainda se mostrava importante e relevante a vinculação da ação jurídica, a critérios prévios oriundos da ciência e da técnica.

Ocorre que a ciência já falhou com suas soluções unilaterais e tecnicistas. Chega a hora do teste de soluções de *concertação*, fundadas em uma razão pública e democrática, plural, aberta e participativa (e, portanto, não técnica), para auxiliar o enfrentamento dos quadros de incerteza, que exigem soluções cada vez mais difíceis e complexas, mas que não podem mais ser apresentadas pela ciência, e muito menos de forma unilateral, exigindo uma composição processual da decisão, que agora *também é*, essencialmente, pública e *política*.<sup>259</sup>

<sup>258</sup> NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O princípio de precaução no direito ambiental*. p. 47. Nessa consideração, podem ser identificadas a um só tempo uma postura que — a exemplo da posição externada nesta pesquisa — tende a rejeitar o mito da eterna capacidade de assimilação dos danos pela natureza e da capacidade messiânica da ciência, para prevê-los, evitá-los e corrigi-los, e que toma, como pressuposto, a falibilidade e incompletude da ciência, que, a exemplo da consideração de Hayek, não tem técnicas prontas, tal qual receitas culinárias, para oferecer previamente respostas a todos os problemas.

<sup>259</sup> Nesse mesmo sentido, conferir: AYALA, Patryck de Araújo. Tempo ambiental, necessidades ecológicas e o princípio constitucional da proporcionalidade no Direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org./Ed.). *Anais do 6º congresso internacional de direito ambiental, 03 a 06 de junho de 2002*. 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 661. Essa nova composição processualizada que se extrai da já antiga relação entre direito e política, nas sociedades complexas, espaços societários típicos da pós-modernidade, revelar-se-á de fundamental importância na construção da qualidade ecológica das decisões, e da ordenação da consideração de aspectos intergeracionais, consoante se verificará na análise que será realizada por ocasião do terceiro capítulo. Ainda que não faça referência à qualidade democrática das soluções de *concertação* exigidas no processo aplicação do princípio da precaução, é digna de

Em sentido próximo do que se propõe, Sand reconhece que quando existe *um relativo consenso científico* em campo, este é normalmente acompanhado como padrão para a regulação, mas quando se observa uma *significativa controvérsia científica*, nem o Direito, nem a Política podem intervir *diretamente* na controvérsia<sup>260</sup>.

Por isso, uma proposta de avaliação pública exige necessariamente que a ciência possa ceder espaço também a outros dados — que não são técnicos e muito menos científicos — que precisam ser considerados nos processos de decisão, como pressuposto de uma decisão que seja integral e autenticamente democrática, uma vez que muitos dos aspectos necessários à superação dos estados de incerteza, podem ser apresentados e oferecidos pelos próprios sujeitos diretamente interessados ou envolvidos nessas relações de risco.

Sand propõe como alternativa, para a organização da decisão nesses contextos, a consideração da necessidade de se modificar aqueles critérios, antes rigidamente orientados exclusivamente em padrões científicos, flexibilizando-os ao ponto de sugerir que se leve em consideração, por exemplo, novas regras para o ônus da prova, o uso de comitês científicos (colegiados) e, principalmente, de outros *princípios processuais*<sup>261</sup>, onde se inserem com precisão, as novas exigências de participação e, principalmente, o próprio princípio da precaução.

Tickner Raffensperger e Myers salientam que uma decisão sobre o ambiente é *também* uma decisão política<sup>262</sup>. Mas não é uma decisão que quantifica e que transfere ao público um julgamento que importa determinar o quanto dos riscos pode ser socialmente suportado.

Definitivamente não se trata de singelos juízos de seleção ou de trágicas opções que apenas seriam coletivamente decididas, que importaria a consideração de uma *absurda hipótese democrática* onde pudéssemos escolher publicamente entre suportar esta ou aquela ameaça.

A aplicação do princípio da precaução demanda que as decisões sejam informadas por juízos de julgamento sobre a própria necessidade da atividade pretensamente perigosa, o que importa considerar que não devemos nos expor se não é necessário fazê-lo, não

---

referência a postura de Nogueira, que lembra a existência de uma dimensão programadora do princípio, que importa a realização de diagnósticos e a proposição das alternativas mais sensíveis aos interesses de proteção ambiental. (NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. Op. cit., p. 63-66.

<sup>260</sup> SAND, Inger-Johanne. *Drawing upon the future: socio-legal theories, risk and the application of specialised knowledge*. p. 20.

<sup>261</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>262</sup> TICKNER, Joel; RAFFENSPERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. *The precautionary principle in action – a handbook*. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001. p. 16.

importando se é provável que seja perigosa, ou se se desconhece em absoluto que possa ser perigosa.

A pergunta que deve ser feita é: a precaução é necessária? Precisamente nesse momento é que se localiza o âmbito de aplicação deste princípio e o âmbito das decisões que têm o princípio como referência de julgamento.

Estruturando-se a definição do princípio especialmente em referência a processos de decisão sobre a incerteza, ganha, portanto, grande importância um problema que é decisivo para a efetividade jurisdicional do princípio, relacionado à importância da determinação do ônus da prova<sup>263</sup>.

A integração de uma dimensão processual, plural e cada vez menos técnica da justificação de medidas de regulação mesmo diante da incerteza (precaução), enfrenta o problema de como se justificar a afirmada periculosidade ou ofensividade das atividades pretensamente poluidoras, pela modificação dos critérios de demonstração dessa prova, circunstância que é uma consequência natural da revisão dos modelos de regulação do ambiente nesse novo contexto de incertezas e incompletudes, que se opõe aos antes típicos modelos que associavam certeza e segurança, como critérios de ordenação de todo o sistema.

Essa circunstância só é possível quando se deixam de considerar como decisivos para estruturação de um sistema de provas típico dos padrões de regulação estatal/liberal, valores como certeza e segurança, para assumir também, neste domínio, a consideração dogmática de que se lidar com a incerteza como padrão cognitivo e com critérios de decisão não científicos como sugestões de ordenação, também exige necessariamente, novos meios de avaliação da arquitetura jurídica desse sistema de provas, que deve se adequar a esse novo contexto, permitindo que a concretização da aplicação do princípio da precaução se dê efetivamente do modo mais integral quanto possível.

O princípio da precaução, assim, não exige a necessidade de regulação jurídica contra perigos previamente confirmados pela ciência, mas perante o que ainda não se conhece cientificamente.

Nesse momento já se pode organizar com melhor clareza os contornos que poderiam caracterizar o significado do princípio da precaução e especialmente o princípio da prevenção, sempre a partir do risco.

---

<sup>263</sup> A revisão da arquitetura da prova nos sistemas jurídicos em matéria ambiental deve considerar dois aspectos: primeiro deve-se determinar qual é o ônus a ser satisfeito (matéria), se o da inocuidade da atividade, ou o da periculosidade da atividade. E, em seguida, passa-se à avaliação da efetiva satisfação do ônus, momento específico em que se verifica a pertinência da atuação do princípio da precaução, onde se transfere a responsabilidade subjetiva pela produção da prova, do prejudicado/lesado, para o *afirmado* poluidor.

Tem-se que os riscos a serem inibidos pelo *princípio da prevenção* são riscos sobre os quais se tem mínimo conhecimento científico sobre quaisquer dos aspectos da relação de imputação que foi apresentada na seção anterior, de modo que existem evidências científicas minimamente seguras, para justificar opções, alternativas e julgamentos que serão realizados para a tomada de decisões pela forma específica de regulação jurídica preventiva.

Pode-se afirmar que o princípio da prevenção justifica ações e procedimentos cautelares, preventivos, de controle, diminuição ou correção dos efeitos que possivelmente poderão ocorrer, supondo graus mínimos de conhecimento (evidências científicas) sobre os riscos.

O mesmo não ocorre em relação à aplicação do princípio da precaução, onde mesmo sendo mínima a base cognitiva de conhecimento, essa *dúvida residual* ainda não tem condições de ser superada de forma eficiente pela ciência.

Dessa forma, a *fixação de limites de tolerabilidade*, definidos em um *modelo de gestão de riscos* para o princípio, não atende de forma eficiente o particular sentido de antecipação que é expresso pelo mandado de precaução, atendendo talvez, de forma mais idônea, o sentido de aplicação do princípio da prevenção, onde esses limites cientificamente definidos podem contribuir com maior grau de satisfação, para a consecução dos resultados esperados.

Para a precaução, não sendo suficientes critérios cientificamente definidos na forma de limites de tolerabilidade, a solução só pode ser encontrada, como proposto, em uma *composição* de alternativas de diversas qualidades, que serão conjugadas em processos de decisão, avaliando dados de natureza científica, mas, também, políticos, sociais, culturais, econômicos, temporais e intergeracionais, para, enfim, oferecer indícios que melhor possam fundamentar racionalmente a opção de regulação precaucional, perante o *elevado grau* de instabilidade cognitiva (incerteza).

Na consideração das medidas de conteúdo *especificamente precaucional*, deve-se ter em mente critérios idôneos para ordenar uma decisão proporcional, que venha pretender justificar a pertinência (perante a incerteza) de ações de providência, que podem compreender o controle, regulação, diminuição ou minimização, mas sempre orientadas a partir do problema da *incerteza*, que não se circunscreve, como visto, *apenas à insuficiência cognitiva*, mas, sobretudo, à *máxima indefinição cognitiva*.

Por essa razão é que não se pode sustentar como adequado um modelo de regulação jurídica para o princípio da precaução, que opte por definir previamente, e de forma restrita, comportamentos proibidos (ilicitude), que poderiam deixar uma elevada zona de incerteza

pairando sobre a atividade de potenciais poluidores, que poderiam estar protegidos por essa grave pretensão de irresponsabilização, por serem, a princípio, todos lícitos porque não proibidos.

Entretanto, não é demais retornar a advertir que afirmar a substituição de modelos de ordenação da decisão baseados em sistemas de evidência científicas, por modelos que *também* considerem critérios éticos, ou políticos, não importa submeter à ponderação caminhos pré-estabelecidos para o resultado decisório, propondo a hierarquização das considerações ecológicas na falta de vetores mais seguros, que não podem mais ser oferecidos pela ciência.

Essa proposta de modelo de decisão continua a exigir ponderações integrais (consideração *reflexiva* de toda a multiplicidade de aspectos pertinentes), que agora reconhecem um sentido específico de autonomia da natureza, como valor inserido em um contexto de sistemas multiescalares; escalas de tempo, espaço e sobretudo de interação de valores, onde a ciência e a técnica são apenas realidades parciais no conjunto de aspectos dignos de consideração nesses sistemas, exigindo, sobretudo, juízos de proporcionalidade nesses complexos julgamentos.

## **2.5. PROPORCIONALIDADE, PROCEDIMENTALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS NOVOS DIREITOS: OS PROBLEMAS DE UMA DECISÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA NO DIREITO DO AMBIENTE**

A exposição té aqui organizada permite que se possam identificar, no significado jurídico dos princípios de direito ambiental (precaução e prevenção), novos contornos que ultrapassam os estreitos limites de relações particulares entre Direito e ambiente (orientadas por uma compreensão sustentada em uma primária máxima de diligência), para encontrar os fundamentos de seu desenvolvimento, no mais importante princípio constitucional de controle do arbítrio estadual e de proteção dos objetivos do Estado democrático de direito. Trata-se do princípio da proporcionalidade.

Constatou-se que as condições de aplicação dos princípios da prevenção e da precaução (especialmente este último) dependem da conjugação de outros elementos que permitam oferecer respostas (decisões) a partir de uma complexa trama de interesses e posições jurídicas, que relacionam tempo e necessidades morais plurais e radicalmente diferenciadas.

Diante desses contextos, o *princípio da proporcionalidade* constitui, atualmente, o instrumento de orientação objetiva da aplicação do princípio da precaução e, da concretização dos *direitos fundamentais biodifusos*.

Com fundamento no mandado ou na máxima da proporcionalidade, como prefere Alexy<sup>264</sup>, é que se pode controlar objetivamente os limites, a intensidade e a adequação dos comportamentos de intervenção sobre o ambiente e que se relacionam diretamente com a condição jurídica das futuras gerações.

Esse controle objetivo é realizado através de sua especificação nas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que para Alexy, compõem as máximas parciais da proporcionalidade, dedutíveis diretamente do caráter dos princípios, que se *implicam mutuamente*: o caráter de princípio importa considerar necessariamente a proporcionalidade e esta só pode ser compreendida a partir de um modelo de princípios<sup>265</sup>.

Mais recentemente, Alexy foi mais conclusivo ao reconhecer que a força teórica da proporcionalidade resulta da própria configuração das normas dos direitos fundamentais. Argumenta que: “[...] todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais, e essas novamente, do princípio da proporcionalidade.”<sup>266</sup>

A proporcionalidade está intimamente vinculada à estrutura de organização dos direitos fundamentais, porque estes são definidos a partir de princípios.

O propósito específico deste momento restringe-se à demonstração de que o princípio da proporcionalidade comporta o desenvolvimento concreto de *significados diferenciados*, originários da composição flexível da função de seus sub-princípios concretizadores, nos processos práticos de controle dos resultados, enfatizando a pertinência de sua resolução, pela proporcionalidade compreendida como instrumento de *ordenação de colisões*.

Colocam-se, no processo de sua concretização, exigências de proporcionalidade que agora devem considerar problemas com ordens de dificuldade muito diferenciadas daquelas com as quais a teoria constitucional convencionou lidar.

---

<sup>264</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 111.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 111-112. Conquanto assim apresente essa relação de íntima conexão, Alexy não considera a proporcionalidade como princípio autônomo. (*Ibidem*, p. 112). Farias também considera ser a especificação dos sub-princípios o aspecto que permite reconhecer a operatividade do princípio. (FARIAS, Edilson Pereira. Restrição de direitos fundamentais. *Seqüência*. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, ano XXI, n. 41, p. 78, dez. 2000).

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. p. 77.

São necessidades ecológicas e aspectos relacionados a elevados graus de incerteza sobre a base informativa ou mesmo fática, e a indeterminações temporais, sendo todos eles, aspectos vinculados à proteção de interesses ainda indeterminados e que necessitam ser considerados nesses processos. Mesmo diante da insuficiência ou da incerteza, precisam ser regulados e decididos.

### 2.5.1. Proporcionalidade e o sentido da ordenação de colisões em um direito constitucional de conflitos

A composição concreta dos sub-princípios concretizadores da proporcionalidade sinaliza com maior propriedade, o caminho para a resolução de conflitos relacionados aos novos direitos fundamentais (que são resultado da atividade de aplicação de princípios), estabelecidos a partir de relações de colisão. Como acentua Alexy: “Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais.”<sup>267</sup>

Para Alexy, uma relação de colisão pode ser estruturada em torno de tensão entre titulares de direitos fundamentais idênticos ou diferenciados, ou ainda, entre direitos fundamentais e bens coletivos. Na primeira situação, tem-se uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e, na segunda, está-se diante de uma colisão em sentido amplo<sup>268</sup>.

Constando-se a pertinência dos problemas de colisão, também em relação à proteção jurídica de bens considerados coletivos, ou comunitários, como é o bem ambiental, é possível reconhecer que a temática da concretização dos novos *direitos fundamentais biodifusos* envolve tipicamente problemas de *colisão em sentido amplo*, especialmente quando se percebe, como evidencia Alexy, que os problemas ecológicos envolvem “[...] sempre mais colisões desta natureza de bens coletivos ecológicos como direito fundamental à propriedade à luz.”<sup>269</sup>

Em relações de colisão, a *ponderação* é indicada como o *meio pertinente* para a resolução de conflitos, ressaltando-se, com maior clareza, o critério da proporcionalidade em sentido estrito, que otimiza os graus de concretização dos direitos fundamentais, de acordo com as possibilidades fáticas ou jurídicas, vez que está indissociavelmente vinculada à mesma qualidade operativa dos princípios.

---

<sup>267</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. p. 68.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 68-72.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 71.

Explica Alexy que: “Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios, deve chegar a ponderações.”<sup>270</sup>

Essa propriedade de harmonização e equilíbrio de conflitos jusfundamentais de natureza principiológica, coloca em evidência o principal aspecto que é assumido pelo princípio da proporcionalidade no contexto de sociedades que lidam com problemas de *défices* de informações, de conhecimento e mesmo, de referências morais ou materiais para a decisão: o princípio da proporcionalidade deve ser compreendido como processo e, enquanto tal, prioriza muito mais um trabalho metódico com *relações*.

A partir de sua compreensão qualitativa como processo, pode-se finalmente destacar aquela que é a função responsável por sua efetiva identidade dogmática: é responsável pelo controle da qualidade da *otimização* dos resultados/objetivos (direitos fundamentais), que são definidos materialmente em outros princípios. Por sua aptidão à organização em relações de colisão, na atividade de sua concretização, é que se exige a realização de controle objetivo (porque orientado por critérios racionais) a partir da proporcionalidade.

Essa aptidão é expressa com maior fidelidade, pelo sub-princípio concretizador da proporcionalidade em sentido estrito, porque este se reporta diretamente à idéia de ponderação propriamente dita, e enfatiza outro aspecto fundamental para a compreensão da identidade dogmática do princípio funcional ao desenvolvimento deste trabalho: o princípio da proporcionalidade não é um princípio que encerra um conteúdo material autônomo.

Trata-se de princípio que fornece critérios que são pressupostos para a concretização de objetivos *em relação*, que são expressos em outros princípios, e que se dá, na espécie, na forma de direitos fundamentais<sup>271</sup>.

Daí resulta que os *direitos fundamentais* não são resultados de processos de atribuição institucional de garantias, mas, sim, produto de decisões de preferência, porque os princípios aos quais estão vinculados, são avaliados sempre em relação, e nunca de forma autônoma, e não possuem um conteúdo material que seja absoluto e determinável *a priori*<sup>272</sup>.

Enquanto expressões concretas de princípios, os direitos fundamentais são sempre expressões materiais de *otimização*, onde o melhor só pode ser definido no caso concreto,

---

<sup>270</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. p. 75.

<sup>271</sup> Nesse sentido, também se manifesta Derani em: DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 163.

<sup>272</sup> Esse último aspecto é enfatizado por Derani (*Ibidem*, p. 168).

exatamente porque o momento de sua concretização (caso concreto) geralmente está associado a problemas de colisões com outros princípios e, por essa razão, os limites de sua realização não são absolutos, mas apenas específicos e dependentes de possibilidades.

Por isso, pode-se considerar que a função positiva do princípio da proporcionalidade ganha ênfase, quando associada ao atributo da proporcionalidade em sentido estrito, ou proibição de excesso, pois para Canotilho: “Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem.”<sup>273</sup>

A concretização dos direitos fundamentais dependerá, assim, da avaliação do conjunto dessas condições, que são possibilidades fáticas e jurídicas, e não da ordenação por qualquer escala hierárquica previamente definida de valores, circunstância que identifica a peculiar forma de aplicação dos princípios, que é eminentemente prática.

Como explica Galuppo: “[...] a aplicação dos princípios exige que se considere todos os determinantes e todas as circunstâncias do caso, ao contrário das regras, que pré-selecionam que tipos de circunstâncias devem ou não ser consideradas (ou seja, que tipo de circunstância é ou não relevante), exatamente porque não há um rol hierarquizado de princípios a aplicar, inclusive condições para sua aplicação.”<sup>274</sup>

Esse aspecto é ressaltado incisivamente por Canotilho, que, em obras mais recentes, procura confirmar o que há muito já vinha enfatizando<sup>275</sup>, a saber, a necessidade de desvinculação da noção de proporcionalidade de qualquer referência com um conjunto previamente ordenado e hierarquizado de valores (*Wertordnung*)<sup>276</sup>. A partir da afirmação dessa desvinculação é que procurou atribuir à proporcionalidade, autonomia procedimental, localizando-o, a partir de então, no domínio da metódica de um *direito constitucional de conflitos*, onde atua com instrumento metódico de ponderação das situações de colisão<sup>277</sup>.

<sup>273</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1129.

<sup>274</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 195.

<sup>275</sup> Confira-se, nesse sentido, por exemplo, as incisivas críticas que dirigiu a Manuel Afonso Vaz por ocasião da arguição em suas provas de doutoramento, em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Discurso moral ou discurso constitucional, reserva de lei ou reserva de governo?* *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 705, 1993.

<sup>276</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1240.

<sup>277</sup> Como observa Drier, a ordem de valores é utilizada como referência decisória pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Salienta que essa teoria valorativa de fundo também resulta em argumentos de princípios, que como visto neste trabalho, encontra severas resistências enquanto modelo metódico de decisão. (DRIER, Ralf. *Derecho y Justicia*. Trad. de: Oswaldo Quijano. Colombia: Temis, 1994. p. 86)

Tal ruptura revela-se particularmente adequada à própria formulação conceitual da norma de direito fundamental como elaborada na teoria argumentativa de Alexy<sup>278</sup>, que entende ser aquela capaz de ser racionalmente justificada, e que não pode ser previamente definida.

Concretamente, mediante determinadas circunstâncias, um princípio prevalecerá sobre o outro, o que vale dizer que *há razões específicas* que permitem ao primeiro princípio, *naquele caso concreto*, prevalecer em face do segundo. É a relação de *prevalência ou precedência condicionada* que orienta o processo de formação da lei de colisão, meio pelo qual se solucionam os conflitos entre princípios, e que privilegia a consideração da proporcionalidade em sentido estrito, colocando à ponderação exigências de justificação de razões<sup>279</sup>.

Atento à importância do procedimento de fundamentação e justificação da opção (que é desempenhada pelo específico sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito), observa Mendes, a partir de texto de conferência proferida por Alexy, que: “[...] o postulado da proporcionalidade, em sentido estrito, pode ser formulado como ‘uma lei de ponderação’, segundo a qual, *‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes não de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção’*.”<sup>280</sup>

A proporcionalidade, nesse ponto, é entendida como *medida qualificada da decisão*, porque exige, em outras palavras, que haja proporção na decisão que concretize direitos fundamentais, proporção que não está vinculada *prima facie* a referências em determinada ordem de valores (*Wertordnung*), mas que é qualificada pelas condições apresentadas pelo caso concreto.

Não há coincidências entre a *ponderação (balancing/abwagung)* concebida como método de interpretação e a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que se utiliza da ponderação como um dos critérios para determinar a melhor solução para o caso concreto.

<sup>278</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 62-73. Salienta Alexy que: “Segundo uma tal definição geral, norma de direito fundamental são todas aquelas a respeito das quais é possível uma fundamentação jusfundamental correta”. (Ibidem, p. 73). Em sentido complementar, Canotilho afirma que: “[...] as normas de direito fundamental são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1233).

<sup>279</sup> Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 92. Nesse mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. p. 157.

<sup>280</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 298.

Vieira de Andrade considera que a ponderação é qualificada por um processo objetivamente controlado, e onde a proporcionalidade é a medida de controle, ou medida de decisão, em processo, repita-se, desvinculado de auto-referências<sup>281</sup>.

Na lição de Canotilho, a ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto, que não dispensa o que chama de uma cuidadosa *topografia do conflito*, nem uma *justificação da solução* do conflito pela ponderação<sup>282</sup>.

Nas duas leituras, a ponderação é aproximada de seu significado desenvolvido a partir do *princípio da proporcionalidade*, que vincula o procedimento de decisão à observação de *critérios mínimos de racionalidade e objetividade*, (os demais sub-princípios da proporcionalidade), ao contrário de seu desenvolvimento autônomo, que prevê a vinculação a ordens de valores, ou a escalas materiais (cuja ordem seria flexível e somente definida no caso concreto), para a ordenação das decisões<sup>283</sup> ou, ainda, a atribuição de um excessivo poder de discricionariedade ao julgamento, que seria orientado de forma absoluta pelo caso concreto, sem quaisquer critérios prévios de controle<sup>284</sup>.

A proporcionalidade, enquanto medida de decisão, conduz à possibilidade de que se sustente não ser apenas o controle dos limites idôneos da restrição, mas também *da otimização dos objetivos expressos nos princípios* — metodicamente ordenadores do processo — *de modo que se abandona a ordenação axiológica prévia, para que se tenha um processo topicamente vinculado por fins específicos*.

Não se trata portanto, de uma *medida absoluta* de ordenação de bens e, sim, de uma medida de *otimização condicionada*<sup>285</sup>, possível graças ao recurso da *concordância prática*<sup>286</sup>.

<sup>281</sup> Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 223.

<sup>282</sup> Justificando sua necessidade para a ordem constitucional, Canotilho indica três razões fundamentais: 1) a inexistência de uma ordenação abstrata de valor dos bens constitucionais, em face do princípio da unidade da Constituição, que exige o que chama de *norma de decisão situativa*, ou seja, adotada em face das circunstâncias do caso; 2) formatação principal de algumas normas constitucionais, que exige a tarefa da concordância prática, e 3) a fratura da unidade de valores de uma comunidade, que obriga uma leitura diversificada dos conflitos que, por isso mesmo, exige rigorosa fundamentação do balanceamento realizado para solução do conflito. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1199).

<sup>283</sup> Esse é o significado da ponderação na jurisprudência alemã, e é descrita por Sarmento em: SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77-84.

<sup>284</sup> Essa crítica é formulada especialmente por Müller quando propõe a metódica como método de trabalho objetivo e que proporciona controle racional sobre os processos de decisão, ao contrário da ponderação, guiada por opções realizadas entre valores, e não definida por problemas. (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. de: Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 35-37).

<sup>285</sup> Condicionada porque, como observa Vieira de Andrade, “[...] a realização máxima das prescrições constitucionais pode depender da intensidade ou modo como os direitos são afectados no caso concreto [...]”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 222-223).

<sup>286</sup> Seu desenvolvimento teórico é obra de Hesse, que, como explica Ávila, qualifica o *sentido positivo da proporcionalidade*, como se verifica do destaque: “Os traçamentos de limites (*Grenzziehungen*) devem, por conseguinte, ser proporcionais no respectivo caso concreto; eles não podem ir além do necessário para

A partir dessa perspectiva, pode-se considerar que, tendo em vista a previsão constitucional de tratamento especializado para a tutela jurídica do ambiente, a tarefa de *concretização* da autorização de tratamento diferenciado deve considerar impertinentes todas as propostas que se utilizam de juízos de prevalência absoluta de valores, como critérios metódicos de decisão.

Diante da organização que se procurou realizar sobre o significado jurídico do princípio da proporcionalidade, pode-se considerá-lo, portanto, como *princípio que controla a aplicação de outros princípios*, pois atua na dimensão dos meios relacionados à consecução dos fins (objetivos/resultados) definidos naqueles princípios (que, no modelo de Alexy, são sempre *fins de otimização*), estabelecendo, portanto, o controle das condições sob as quais os princípios poderão ser concretizados, ou, em outras palavras, o controle das condições (meios) sob as quais os direitos fundamentais serão realizados no caso específico, para que eles atinjam seu *ponto ótimo de eficácia*.

Explica Derani que: “[...] o princípio da proporcionalidade significa buscar a ação mais ajustada capaz de implementar ao máximo os direitos fundamentais para aqueles que dele mais necessitam. A aplicação da proporcionalidade é a materialização do Estado Democrático de Direito. A existência de normas constitucionais assegurando direitos fundamentais, ganha efetividade com o direito fundado na proporcionalidade.”<sup>287</sup>

Em outras palavras, se os princípios são mandados de *otimização*, e indicam sempre o ótimo como resultado a ser atingido, o princípio da proporcionalidade indica as condições de realização daqueles princípios, ou seja, as *condições* debaixo das quais será possível (fática e juridicamente) a realização do ótimo, no caso concreto.

E considerando que os novos direitos são definidos a partir de princípios, pode-se afirmar definitivamente sua importância como instrumento de *otimização* da concretização dos novos *direitos fundamentais biodifusos*, exigindo que, na espécie, a aplicação do princípio

---

estabelecer a concordância de ambos os bens jurídicos.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 168, 1998). Hesse dirá que, na concordância prática, a solução do problema deve permitir que todos os bens conservem seu conteúdo, ao mesmo tempo em que adverte que onde são produzidas colisões, não se deve realizar um às custas de outro, mediante uma *precipitada ponderação de bens* ou uma *ponderação abstrata de valores*. (HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. de: Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 48). Cf. também: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. p. 223.

<sup>287</sup> DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. As ações do Estado na produção econômica. p. 169.

da equidade intergeracional (e, portanto, concretização) utilize os meios necessários, adequados e não excessivos<sup>288</sup>.

A proporcionalidade, em sentido estrito, coloca sob controle de um juízo de ponderação o resultado atingido na concretização dos princípios envolvidos na relação, para verificar se, diante das exigências particulares de realização — ditadas por circunstâncias fáticas —, e a partir do conjunto de possibilidades normativas (jurídicas) foi utilizada a medida (evocando as noções de proporção e equilíbrio) concretamente necessária de restrição e, concretamente, adequada para a concretização de determinado direito, que é definido a partir de princípios.

Dessa forma, verifica se os direitos foram realizados *do modo* (evocando a vinculação aos meios e critérios) *como deveriam ter sido realizados*, tendo em vista considerações de ordem prática (fatos) e normativa (jurídicas).

Nota-se, portanto, que é essencialmente um *controle da qualidade de uma relação*, primando pela manutenção da equação de *equilíbrio e proporção* na consecução dos objetivos (resultados), que são, em essência, *os próprios direitos fundamentais*.

Nesse sentido de compreensão da proporcionalidade (através da especificação da proporcionalidade em sentido estrito), torna-se mais evidente sua *identidade*, que é a de exercer o *controle da proporção* (equilíbrio) *das relações*; a *proporção das soluções*.

Por essas razões, considera-se a proporcionalidade, examinada através dessa abordagem, como expressão que  *sintetiza racionalidade* (a razão remete à noção de proporção) e *justiça* (justeza), atributos que devem qualificar a identidade de um Estado democrático de direito (moralmente plural), Estado que é hoje, também, um *Estado verde*, e que lida com uma *comunidade política do risco* e com problemas de uma *cidadania de risco*<sup>289</sup>.

Em um Estado que se ocupa simultaneamente de necessidades ecológicas e da proteção jurídica das futuras gerações, o conjunto de problemas típicos para a efetividade dos direitos fundamentais comporta vínculos com o futuro.

Esse futuro deve ser, diante desses aspectos, *não menos que o melhor futuro disponível*, e que só é possível se contar com a participação comunitária de todos na busca das melhores soluções, primeiro porque elas não estão disponíveis, são inconsistentes ou

<sup>288</sup> Nesse sentido bem observa Ávila em: ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. p. 169.

<sup>289</sup> Essa é a mais recente posição do professor Canotilho, que coloca esses atributos (do que classifica como problemas de risco) no cerne dos atuais problemas enfrentados pela própria teoria da Constituição. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1305).

incompletas e, principalmente, porque a busca por essas soluções traz um conjunto de dados de diversas ordens e qualidades que não têm uma origem comum.

Estão localizados na sociedade, na ciência, na política, na economia e no próprio direito e, por isso, a ponderação que se realiza sobre eles (proporcionalidade em sentido estrito) resulta em novos direitos fundamentais, cujo processo de realização *depende* da participação de todos.

Por isso, nessa perspectiva de ordenação de conflitos, o princípio da proporcionalidade também pode ser considerado como expressão jurídica de *solidariedade*<sup>290</sup>, na busca de alternativas que devem ser sempre concebidas na forma de *soluções de compromisso*<sup>291</sup>.

### 2.5.2. Proporcionalidade, Ponderação Ecológica e Proteção da Equidade Intergeracional

Tratar as necessidades ecológicas como um dos específicos problemas de decisão a serem conciliados mediante ponderações ótimas e conciliatórias dos estados de conflituosidade, já problematiza imediatamente a pertinência de conceber esses problemas de ponderação como simples problemas de gestão dos riscos.

Essa proposta, conquanto racional e bastante funcional a um extenso grupo de resultados, que podem ser atingidos mediante uma avaliação de riscos e perigos conhecidos em diferentes graus de suficiência, mostra-se inadequada aos problemas típicos de uma sociedade de risco, que giram em torno do anonimato, da imprevisibilidade, da incerteza e da completa inexistência de informações sobre as relações que precisam ser ponderadas, porque a incerteza é característica típica da relação ecológica (*autos e oikos*)<sup>292</sup>.

É nesse quadro de novos problemas que se localizam especialmente os novos *direitos biodifusos* — que se organizam em torno de outras escolhas fundamentais, profundamente distintas das necessidades humanas — e da proteção das posições jurídicas das futuras gerações, ambos, natureza e não nascidos, como beneficiários de obrigações imputadas a nós, que devemos decidir sobre o futuro e as condições de sua existência, sem ter condições suficientes para tal.

---

<sup>290</sup> O atributo da solidariedade na qualificação do princípio é interessante aspecto observado por Derani, que o reputa instrumento para construção da solidariedade social. (DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**. As ações do Estado na produção econômica. p. 172).

<sup>291</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. p. 182.

<sup>292</sup> MORIN, Edgar. **El método**. La vida de la vida. p. 90.

A própria imprevisibilidade dos sistemas ecológicos — em conjunto com o aspecto de que envolvem necessidades que não são humanas e, por isso, não podem ser avaliadas a partir de referentes humanos — de um lado, e a contingência do conteúdo das necessidades das futuras gerações, de outro, demonstram que um sistema de ponderações, baseado em previsão de riscos e gestão desses riscos, mostra-se inadequado, seja porque envolve geralmente necessidades distintas daquelas adequadas a concretizar em grau ótimo as obrigações de que é beneficiária a natureza, ou porque simplesmente não tem qualquer informação sobre o que é incerto e imprevisível (futuras gerações).

Posicionar o princípio da proporcionalidade nesse contexto, importa a admissão de substituição das técnicas de ponderação que poderiam ser utilizadas na conciliação de problemas ambientais, baseadas em decisões sobre a aceitação ou não de riscos ou de graus de riscos, para efetivamente ponderar ecologicamente, contrapor ambos os interesses, colocados e compreendidos de forma autônoma e, daí, obter uma solução que concretize, nos melhores graus possíveis, ambos os interesses.

A partir do momento em que a ciência perde o espaço privilegiado na definição dos critérios de regulação e ordenação dos processos de decisão nas sociedades complexas ou de risco, assiste-se a uma progressiva abertura desses processos, à *consideração de novas formas de conhecimento* (que são levadas em conta em conjunto e em mesmo grau de hierarquia dos antes inexoráveis e incontestáveis dados científicos) para o enfrentamento dessas situações de imprevisibilidade e incerteza, trazendo conseqüências imediatas à *caracterização do princípio da proporcionalidade*.

As novas feições aqui propostas para o significado jurídico do princípio exigem modificações nas técnicas de ponderação, que são substituídas agora por modelos de ponderação ecológica que têm como principais características: a) consideração do valor *autônomo* da natureza nos processos de decisão; b) *rejeição* a técnicas de *hierarquização*, *prevalência* e *privilégio* de valores em tensão como técnica de ordenação procedimental dos resultados; c) *isonomia qualitativa* nas relações de colisão; d) estímulo a técnicas que busquem soluções de *concertação* e, finalmente; e) exigências dirigidas à concretização dos *outros valores* em tensão.

Nesse novo conjunto procedimental, o homem é levado a *modificar os caminhos* com os quais se acostumou a tomar decisões. Nem o homem, nem a natureza, mas homem e

natureza são considerados nos processos de ponderação ecológica, onde o elemento temporal, agora, também é determinante<sup>293</sup>.

Considerar a natureza como valor autônomo de ponderação e o tempo como aspecto relevante na ponderação, são as novidades dessa proposta.

Se é certo que considerar, *hoje*, necessidades ecológicas e a condição jurídica das futuras gerações, importa a exigência de soluções processualizadas de reunião e *concertação* racionalmente *ponderada* de informações (proporcionalidade), não se pode deixar de destacar que sua proteção jurídica é realizada, *hoje*, sempre a partir de estados de imprevisibilidade e incerteza (por serem atributos típicos de sociedades de risco). Por essa razão, as condições de aplicação do princípio da proporcionalidade não podem ser desenvolvidas sem se considerar sua relação direta com o princípio da precaução.

A proporcionalidade pressupõe, assim, um problema de relações com o próprio *estado do conhecimento*, que contextualiza sua aplicação no quadro de relações de complexidade típicas de um direito pós-moderno.

Em quadros de relações de complexidade, tem-se, por característica fundamental, a perda de referência de conteúdo para as opções decisórias, e a conseqüência mais importante que resulta desse processo é a de que a atividade de regulação jurídica (especialmente através do Estado, mas sem exclusividade) tem que considerar a necessidade de se *produzir conhecimento* para tomar as decisões.

É a obrigação de respeito ao futuro que impõe a *necessidade* de fundar as decisões em conhecimento<sup>294</sup>.

Ocorre que o conhecimento exigido é geralmente insuficiente ou até mesmo inexistente, e a única certeza possível para o direito, nesse contexto de vinculação ao futuro, é que haverá uma decisão, mas cujo conteúdo (resultado), direitos, fundamentos ou fins são meras probabilidades<sup>295</sup>.

As decisões são tomadas a partir de bases de informações que são apenas parciais, e que deixam de lidar cada vez menos com dados da experiência comum, para lidar com

---

<sup>293</sup> Morin considera que essa perspectiva de interação coloca ao modelo de relação entre homem e natureza uma questão de complexidade e não do que afirma ser um princípio *holista* vazio. (MORIN, Edgar. *El método. La vida de la vida*. p. 114).

<sup>294</sup> OST, François; HOECKE, Mark van. *Del contrato a la transmisión*. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. p. 624.

<sup>295</sup> DE GIORGI, Raffaele. Estado y derecho a finales del siglo. *Crítica Jurídica*. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 17, p. 98-99, 2000.

referências científicas ou com outros elementos que são relacionados a modelos teóricos que lidam com uma espécie de conhecimento teórico que não é acessível ao público em geral<sup>296</sup>.

O princípio da proporcionalidade, enquanto máxima e típica representação da processualidade do novo modelo de direito e das formas de organização de soluções de complexidade, responde com grande eficiência a essa necessidade, permitindo a integração de *critérios* para a racionalização das opções a serem realizadas nos processos onde são ponderadas referências ecológicas e intergeracionais, que lidam, por excelência, com estados de insegurança, indefinição cognitiva e instabilidade temporal.

Sua eficiência na satisfação desse objetivo é enfatizada principalmente em relação à sua dimensão ecológica, porque procura *superar*, notadamente nas *ponderações ecológicas*, exatamente os *prejuízos democráticos* que essa restrição qualitativa do acesso às condições do conhecimento para as escolhas fundamentais produz à garantia das necessidades ecológicas e das futuras gerações, que dependem de processos informativos construídos de forma plural e participativa.

Pode-se portanto considerar a proporcionalidade — enquanto expressão de equilíbrio — como a própria representação funcional de uma racionalidade ecológica e de necessidades ecológicas nos processos de concretização dos novos direitos organizados em um contrato natural.

Isso porque importa, necessariamente, como observa Serres: “[...] o equilíbrio usual em matéria de contrato e baseia-se na equidade em matéria de troca. Trata-se de uma equação do ótimo, de simetria e de justiça [...]”<sup>297</sup>.

Em matéria de proteção desses interesses e necessidades, precaução e proporcionalidade, conquanto possuam autonomia dogmática enquanto princípios jurídicos (natureza jurídica), *não podem ser aplicados, na espécie, de forma independente*.

A proliferação dos riscos importa que se considere, no processo, como analisado no início deste capítulo, que não se trata de submeter à consideração jurídica os perigos, as ameaças naturais e catástrofes, como problemas para as novas exigências de regulação deste espaço de complexidade.

Falar-se em superar juridicamente os riscos refere-se precisamente à superação dos estados de incerteza (informação), que é medida em graus de suficiência ou *défices de*

<sup>296</sup> LADEUR, Karl-Heinz. *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law. From the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships*. p. 43. As dificuldades do problema de como se decidir e com que grau de conhecimento, foram suscitadas por Sachs em: SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento sustentável*. p. 15.

<sup>297</sup> SERRES, Michel. *O contrato natural*. p. 140.

*cognição*, pontos-de-partida que interessam ao processo de concretização dos novos *direitos biodifusos*, que trabalha simultaneamente com os significados de proporcionalidade e precaução.

Com a qualificação jurídica da precaução e da proporcionalidade enquanto princípios (exigências de *otimização*), perdem a importância soluções de conciliação baseadas em um pretense princípio de decisão *in dubio pro natura*, que importa selecionar este ou aquele interesse, o ambiente ou a indústria<sup>298</sup>. Em situações de colisão, a metódica de solução da decisão impõe determinar-se *em que medida* este e aquele interesse serão realizados, e *qual a medida* de compressão do âmbito normativo dos interesses, é adequado, suficiente e necessário no caso concreto.

Esse talvez seja o decisivo argumento que permita consolidar a indissociabilidade da dimensão precaucional, ao âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade. A diminuição da importância do papel que antes era ocupado pela ciência na atribuição de respostas em matéria ambiental, mostra fundamentalmente que não há mais espaço, repita-se, para soluções unilaterais, porque as respostas partem diretamente da necessidade da aplicação de princípios e não de regras com comandos claros e bem definidos.

Com o decréscimo da importância da ciência, tende a crescer a importância de outras formas de conhecimento, para a aplicação de princípios jurídicos de garantia de necessidades ecológicas e intergeracionais.

Como consequência do problema que envolve a superação de incertezas, a função da proporcionalidade, assim como da precaução, pode ser sintetizada da seguinte forma: a necessidade de produção do conhecimento futuro, que hoje é inexistente ou insuficiente, depende da política, do direito, da economia, sociedade, técnica e ciência, que interagem na tentativa de se superarem as incertezas que pairam sobre a regulação jurídica da natureza e das futuras gerações, nas sociedades de risco.

A correta ordenação e avaliação da importância que cada um desses atributos exige em cada hipótese de decisão, depende necessariamente da atuação do princípio da proporcionalidade, que informará qual a necessidade, adequação, suficiência e, sobretudo, oportunidade das medidas precaucionais requeridas.

A definição de um sentido ecológico da proporcionalidade, um pouco mais próximo da idéia de precaução, parece ter sido percebida por Sarlet, quando observa que: “A restrição

---

<sup>298</sup> Para Coelho, é esse o critério que deve ser utilizado para dirimir problemas decorrentes da aplicação de normas jurídicas de proteção da natureza. (COELHO, Luis Fernando. *In dubio pro natura*. Interpretação do direito ambiental. *Álter Ágora*. Revista do Curso de Direito da UFSC, ano III, n. 4, Florianópolis, p. 45-53, jun. 96).

deverá servir, portanto, à proteção de outros direitos fundamentais, ser indispensável à preservação de bens jurídicos superiores ou mesmo atuar como mecanismo de defesa contra graves ameaças, devidamente comprovadas ou pelo menos altamente prováveis.”<sup>299</sup>

Reforça-se com essa aproximação entre precaução e proporcionalidade, a qualidade situativa do Direito contemporâneo, que encontra no princípio da proporcionalidade, como bem afirma Guerra filho, *uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito*<sup>300</sup>, que permite equacionar, de forma adequada, as relações de colisão estabelecidas a partir de mínimo grau de conhecimento prévio, como se verifica naquelas envolvendo os direitos das futuras gerações.

Nos contextos de incerteza e insegurança que qualificam processos de tomada de decisão das sociedades complexas, pode-se caracterizar o princípio da proporcionalidade como um autêntico modelo de interpretação de políticas, nos precisos termos traçados por Engel, quando bem salienta que se presta à resolução de problemas a partir de uma base de conhecimento limitada<sup>301</sup>. O aspecto ganha especial importância quando aproximado do princípio da precaução compreendido em uma dimensão programadora, que se concentra em buscar alternativas de tomada das melhores decisões possíveis, tentando superar os estados de incerteza<sup>302</sup>.

Não se trata, assim, de restrições a direitos fundamentais clássicos em razão do bem comum. Também não se trata de opções ou seleção de valores que merecem proteção no caso concreto. O que se tem em vista é determinar, sempre, em que grau se pode atribuir proteção de modo a atender as necessidades ecológicas no melhor grau possível.

O ponto ótimo da ponderação ecológica em hipótese alguma poderá ser determinado senão em uma perspectiva de *referibilidade*. É ótimo sempre em atenção a um problema específico, não se podendo tratar do ótimo ecológico *descontextualizada e abstratamente*.

Um modelo ecológico de decisão privilegia algumas modificações sobre os juízos que informam a decisão.

---

<sup>299</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 08 de março de 2002.

<sup>300</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. *Revista de Direito da UFPE*, n. 1, p. 265, 1991.

<sup>301</sup> ENGEL, Christoph. *The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes*. Bonn: Max-Plank-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, 2001. p. 4.

<sup>302</sup> Nesse sentido, mostra-se interessante a análise empreendida em recente trabalho apresentado junto ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina: NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O princípio de precaução no direito ambiental*. p. 63-65.

Em modelos neutros, somente se está disposto a aceitar impactos que estão situados em uma região de trivialidade, de fácil reversibilidade, onde as decisões não necessariamente afetariam posições fundamentais das futuras gerações, e tudo se resolveria em termos de escala de escolhas individuais.

Em modelos efetivamente ecológicos — onde são desenvolvidas *ponderações ecológicas* — a idéia de reversibilidade é interpretada como o tempo requerido pelo sistema para corrigir a si mesmo, e como a magnitude dos efeitos enquanto questão referente à extensão espacial do dano em um sistema. Considerando que os sistemas não são concebidos como estáveis, mas em modificação constante e multi-graduada, devem ser distinguidos, nesse modelo, aqueles efeitos que realmente afetam a integridade desse processo dinâmico, daqueles que não afetam, ou como prefere Norton, devem ser distinguidas as trocas/transformações aceitáveis daquelas inaceitáveis<sup>303</sup>.

Nesse quadro de problemas informadores de um modelo ecológico de decisão proporcional, o que importa considerar de fato, não é aceitar ou não aceitar determinado grau de degradação, ou se avaliar se esta *poderá* ou não, ser suportada, ou ainda, se há ou não lesão ao equilíbrio.

O que se tem são problemas de *escala* que guiam o desenvolvimento de *ponderações ecológicas*, que passam a considerar a intervenção sobre a natureza a partir de padrões de equilíbrio dinâmico, relacionando gerações entre si e perante a natureza.

Não é a estabilidade da natureza e a estática dos ecossistemas que ordenam os juízos de ponderação, mas sistemas dinâmicos, onde não há espaço *para opções maniqueístas e mágicas*, preferindo-se relacionar, em *escalas*, o tempo, o espaço e o equilíbrio dinâmico dos sistemas, que passam a compor a tríplice equação de ordenação das ponderações.

Por essa razão, o significado dogmático do princípio da proporcionalidade ganha contornos diferenciados quando sua aplicação envolve a concretização dos novos *direitos*.

As ponderações ecológicas informam uma nova qualidade ao processo de concretização dos novos direitos, porque passam a lidar com a *necessidade da decisão* a partir de *bases de referência insuficientes ou imperfeitas*, e essa é a nova e específica qualidade enfatizada agora no princípio da proporcionalidade, que o identifica com as exigências particulares de regulação da crise ecológica nas sociedades de risco.

A necessidade de decisão, a obrigação de regulação jurídica e a exigibilidade de produção de conhecimento, mesmo a partir de sua inexistência, insuficiência ou inconsistência atual, é a nova característica que define o conteúdo do princípio da

proporcionalidade, e o insere definitivamente como princípio indispensável para a *realização de padrões de justiça intergeracional e da própria Constituição*.

No terceiro capítulo *também* será examinada, de forma prática, outra especificidade ecológica do princípio, a questão da afirmação, através do princípio, de uma proibição de defeito, evidente em situações de defeitos de ponderação.

---

<sup>303</sup> NORTON, Bryan. *Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems*. p. 69.

## CAPÍTULO 3

### JURISDIÇÃO, CONSTITUIÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA DAS FUTURAS GERAÇÕES NA SOCIEDADE DE RISCO: *DÉFICES* DE REFERÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL E ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO

#### 3.1. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA ORDENAÇÃO DAS DECISÕES

A proteção jurídica das futuras gerações e do ambiente, compreendidos a partir da caracterização *multireferencial* dos direitos biodifusos, exorta a progressiva afirmação de que cada vez mais, é necessário *levar a sério os princípios*<sup>1</sup>, como compromisso dogmático com a efetividade dos novos direitos.

Levar a sério os princípios importa que considerar não só a qualidade diferenciada de sua própria estrutura normativa e da relação de regulação que se origina de sua aplicação.

O que o compromisso de se levar a sério os princípios enfatiza em primeiro lugar, é fundamentalmente uma exigência de concretização da própria Constituição, de modo que levar a sério os princípios, exige que primeiro seja *levada a sério a própria Constituição*.

Essa atitude importa um verdadeiro *compromisso político* com a concretização de uma ordem jurídica fundamental inspirada em novos padrões de justiça, mais inclusivos e plurais, porque seu conteúdo moral é *cognitivamente aberto* e receptivo a interações com a realidade social, circunstâncias típicas de padrões de regulação que estão atentos a necessidades de regulação cambiantes, e não à imposição de ordens prévias de previsão e vinculação.

Assim se comporta um modelo de princípios, mas não um modelo de regras, que limita drasticamente a capacidade da Constituição de permitir que sua complexa ordem de justiça e sua mensagem emancipatória, possam atingir concretamente cada um daqueles que dela mais necessitem.

Os princípios devem ser levados a sério, porque refletem o atual modelo de regulação das sociedades complexas, e por isso, é a Constituição que na verdade exige ser levada a sério, e não relegada a um pretenso plano diferenciado de eficácia, onde direitos e garantias de difícil concretização, são associadas a *meros compromissos de vinculação*

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, deve ser recuperada a advertência realizada por Canotilho em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A principalização da jurisprudência através da Constituição*. p. 84.

*flexível*, ou como define criticamente Warat, quase como *promessas de amor*<sup>2</sup>.

A realização dos novos direitos biodifusos enquanto expressões concretas de princípios, coloca em evidência um compromisso jurídico fundamental de concretização da ordem constitucional, que define, protege, e garante novos direitos, que não podem ser considerados meros *aleluias jurídicas*, na feliz expressão do professor Canotilho<sup>3</sup>.

Ocorre que como bem afirma Guerra Filho, a aplicação dos princípios:

[...] envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, em que uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito. Já para aplicar as regras, é preciso haver um procedimento, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente.<sup>4</sup>

A aplicação dos princípios depende decisivamente da organização procedimental da racionalidade da argumentação que justifica a decisão, controle que se faz mediante critérios objetivos, pertinentes e adequados, em um modelo de direito *situativo*, *flexível* e em sintonia com as *situações de fato*<sup>5</sup>.

Sua aplicação pressupõe um modelo de Direito capaz de lidar com o alto grau de compressões e colisões características dessa estrutura flexível de aplicação de normas jurídicas, associado ao modelo que é referido por Ost como um *direito líquido*<sup>6</sup>, de elevado coeficiente de *situatividade* e *reflexividade*, e que lida fundamentalmente com *casos difíceis*.

Para o enfrentamento dos *casos difíceis*, Dworkin imaginou a figura de um mitológico modelo de juiz, o Hércules, que teria uma habilidade, erudição, paciência e perspicácia sobre-humanas, e que assim, teria condições de enfrentar os *casos difíceis*, elaborando teorias exigidas pela intenção da lei, e principalmente, pelos princípios jurídicos — que na teoria de Dworkin, são guiados, ao contrário das políticas (juízos de objetivos), por

<sup>2</sup> WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002. p.14.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Número Especial. Estudos em homenagem ao prof. Doutor A. Ferrer Correia, III, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 481, 1991.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Imprensa Nacional, a. 35. n. 137, p.17, jan./mar. 1998.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dizer a norma nas questões de trabalho**. Texto de conferência no Brasil, Porto Alegre, maio de 1994.

<sup>6</sup> OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. p. 187.

juízos de direitos — e dessa forma, teria condições de oferecer a única resposta correta<sup>7</sup>.

No entanto, a aplicação dos princípios nos casos difíceis exige um modelo diferenciado de comportamento desse juiz, que na mesma imagem mitológica elaborada por Dworkin, cumpriria a função de um juiz-Hermes, que não sofreria nem da *miopia legalista* do juiz-Júpiter, nem da *miopia jurisprudencial* do juiz-Hércules<sup>8</sup>.

Em um *modelo situativo* de aplicação do Direito, que se vale intensamente do poder normativo dos princípios na ordenação procedimental do resultado decisório, é importante que o reconhecimento de três premissas:

- a) tal qual quer Dworkin, todo e qualquer caso deve ser tratado como um caso difícil (*hard case*), e só pode ser resolvido por uma ordenação *racional e adequada* dos princípios;
- b) todo caso difícil (*hard case*) só pode comportar uma única decisão, a *decisão adequada*;
- c) os *casos difíceis* requerem sempre *decisões imparciais*.

Diante de toda a exposição já realizada até este momento, mostrou-se inadequado o modelo da única resposta correta à equalização dos conflitos ecológicos, sendo possível tão somente a *melhor resposta*, sendo esta, a que for mais adequada *no específico caso concreto*.

Carvalho Neto — a partir da obra de Günther — também opta por não considerar como padrão de decisão o objetivo da única resposta correta. Esclarece de certa forma, no mesmo sentido, que somente decisões adequadas podem ser utilizadas como opções decisórias nos *casos difíceis*, definindo-as a partir do que Günther chama de *senso de adequabilidade*, pelo qual, sendo os discursos judiciais, discursos de aplicação, é exigido do operador, que ordene situativamente as especificidades e a concretude dos dados e circunstâncias de cada caso para que atinja a decisão adequada, que não poderia ser considerada como a única resposta correta, mas como a única resposta adequada (a melhor resposta)<sup>9</sup>.

O que se classificou até então, como a *decisão ótima*, seria agora, nesses termos, a *decisão adequada*. Cattoni conclui que: “A solução correta advém, pois, do desenvolvimento

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 176-177.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dizer a norma nas questões de trabalho*. A propósito do método de atuação de Hércules e das críticas que podem ser formuladas ao modelo corporificado na mítica figura, consultar especificamente: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 309-322.

<sup>9</sup> NETO, Menelick de Carvalho. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado democrático de direito. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX,

de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação.”<sup>10</sup>

Isso porque a solução adequada não depende apenas do reconhecimento da validade da solução, de modo que *da existência de várias interpretações possíveis ou da validade de várias normas, não se impende afirmar que todas elas sejam adequadas ao caso específico*. Este somente admitirá como correta, a *decisão adequada*, aquela que se funde no conjunto das razões que sejam topicamente pertinentes e relevantes, permitindo assim, uma perfeita *aplicação situativa do Direito*<sup>11</sup>.

Portanto, o reconhecimento da qualidade jurídica dos princípios requer que o juiz considere específicos objetivos ecológicos que são constitucionalmente definidos exatamente na forma de princípios. Devem ser realizados processualmente e compreendem o reconhecimento da *consideração jurídica do tempo* (futuro) e de uma *referência cognitiva moralmente plural* (condição jurídica do ambiente, animais e futuras gerações), para a definição dos novos direitos.

Já foi dito no capítulo antecedente, que o modelo de princípios utilizado como referencial para o desenvolvimento deste trabalho, ocupa uma posição de destaque no atual padrão de regulação jurídica das sociedades complexas ou de risco. Os novos direitos fundamentais são manifestações concretas de princípios, que agora também incluem a proteção jurídica das futuras gerações (*direitos fundamentais biodifusos*).

Vincular os princípios a uma teoria dos direitos fundamentais coloca um problema específico de vinculação que se refletirá nas *possibilidades da própria realização dos direitos*. Isso porque ao lado do reconhecimento de que determinados direitos são fundamentais, deve-se reconhecer também que são justiciáveis, ou seja, exigíveis em juízo.

A exemplo do raciocínio desenvolvido por Alexy, em relação ao direito à vida, pode-se afirmar em relação aos direitos biodifusos, que se existe um direito fundamental, existe principalmente um direito a isso, ou seja, um direito à existência de um Estado que efetivamente concretize tais direitos<sup>12</sup>.

Levar a sério os princípios, exige portanto, que se leve a sério a Constituição como ordem vinculante, e os direitos fundamentais, não como *promessas de institucionalização*,

---

n. 68, p. 86, jan./jun. 1999. Sobre o *senso de adequabilidade*, conferir também: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. p. 295-296.

<sup>10</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Mandado de injunção. Um ensaio reconstrutivo. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXVII, p. 87, jul./dez. 1997.

<sup>11</sup> Idem.

mas como *exigências específicas de concretização*. Se há direitos fundamentais expressos por princípios, esses exigem necessariamente sua concretização.

A condição jurídica das futuras gerações encontra-se solidamente fundamentada no *princípio da equidade intergeracional*, que se depreende do *caput* do art. 225, CRB, norma principiológica que exerce no texto constitucional brasileiro, a função de princípio estruturante, princípio que encerra uma *específica opção política fundamental*: a de não degradar o ambiente e a de não prejudicar a condição jurídica das futuras gerações.

A otimização concreta das condições de realização desses direitos fundamentais vem colocar a obrigação de atingir o ótimo em relação à opção política fundamental firmada no compromisso constitucional. No que atine à atuação judiciária, exige que as opções de julgamento considerem os elementos informativos do processo de decisão, sempre de modo a permitir que no caso concreto, seja possível produzir o menor prejuízo possível às futuras gerações, e aos estados ecológicos de equilíbrio dinâmico.

Qualquer opção decisória que se faça será sempre uma opção que deverá realizar esse objetivo político fundamental (princípio) de forma ótima, e assim procedendo, as necessidades ecológicas e as futuras gerações — expressas como direitos fundamentais pelo princípio da equidade intergeracional — serão finalmente levadas a sério, como devem ser levados a sério todos os princípios, porque expressões de juridicidade diferenciada, típicas de espaços sociais de complexidade e de *comunidades políticas de risco*<sup>13</sup>.

E se Hermes é o Deus que na mitologia grega é encarregado de realizar a comunicação entre os vivos e os mortos, cabe exortar que Hermes seja o modelo de juiz que se incumbirá da tarefa de realizar a comunicação entre as gerações presentes e os futuros habitantes do planeta, e que permitirá que o conteúdo do novo consenso ecológico expresso em nossa Constituição, seja fielmente cumprido, permitindo enfim uma *efetiva proteção jurídica da vida*<sup>14</sup>.

### **3.2. METÓDICA DE DECISÃO E OS CASOS DIFÍCEIS NA JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL: DE DÉFICES DE IMPLEMENTAÇÃO E MODELOS DE CORREÇÃO DECISÓRIA**

Neste momento, a execução da pesquisa foi limitada à seleção e ao estudo metódico

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. p. 73.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1305.

<sup>14</sup> OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. p. 192.

de *hard cases* (*casos difíceis*) reputados representativos das principais dificuldades e problemas enfrentados hoje pelos tribunais brasileiros, na compreensão, justificação, e em consequência, na *atuação adequada do significado constitucional do dever de proteção do ambiente*, com o objetivo de evidenciar a funcionalidade do conceito de irresponsabilidade organizada na aplicação judicial do Direito ambiental no Brasil.

Por *casos difíceis* deve-se ter em mente a postura de Dworkin, elaborada a partir da concepção do Direito como integridade, e que orienta a organização da decisão, no sentido de se fazer sempre o melhor possível a partir da estrutura de regulação que se apresenta, tentando encontrar “[...] em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.”<sup>15</sup>

A partir dessa perspectiva:

Os *casos difíceis* se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele não deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade — suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si.<sup>16</sup>

Como observa Dworkin, os *casos difíceis* impõem como principal desafio à argumentação jurídica desenvolvida na elaboração da decisão, conceitos que são controvertidos, e que por essa razão, não permitem que determinada questão seja subsumida com clareza e precisão a determinada norma jurídica previamente e institucionalmente estabelecida, abrindo à decisão, a possibilidade de não se oferecer um sentido unívoco como resposta ao problema<sup>17</sup>.

Conquanto não se tenha optado por acolher o sentido jurídico que Dworkin atribui aos princípios, não se pode deixar de ser reconhecido — como faz o filósofo inglês — que tais situações sempre demandam a aplicação de normas na qualidade de princípios (a outra face do modelo normológico de Alexy) que uma vez vinculadas à perspectiva eleita neste trabalho — de compreensão da crise ecológica e da sociedade a partir de modelos de

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 305.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 306.

complexidade (próprios para a análise de quadros de instabilidade sistemática e de incertezas cognitivas) — justificam a escolha da matéria que qualifica grande parte das decisões selecionadas, relacionadas a problemas pontuais de *risco*.

Dessa forma, a matéria se encontra adstrita fundamentalmente a problemas de graves *défices de ponderação ecológica*, representados pela consideração *inadequada, insuficiente* ou absoluta *desconsideração* da autonomia da posição jurídica de dignidade da natureza, ou por uma segunda forma de *défice*, representada pela deficiência ou ausência de regulação jurídica de estados de risco ecológico, ante a inconclusão ou incerteza sobre os mesmos.

O *primeiro aspecto* é gravemente reproduzido geralmente nas ponderações realizadas na aplicação do *Direito penal ambiental*, ao mensurar em relações de colisão, o grau de importância de cada bem jurídico digno de proteção, com severos prejuízos ao bem ambiental, enquanto o segundo aspecto geralmente importa a desconsideração da dimensão jurídica da precaução enquanto princípio. Este não se dirige apenas à resolução judicial dos conflitos, mas constitui nas *sociedades de risco*, autêntico princípio de ordenação da regulação jurídica, na própria *definição e organização da qualidade da legislação e das políticas públicas*, que ante os atributos de incerteza e instabilidade que permeiam a realidade a ser regulada, dependem cada vez mais, da consideração de aspectos precaucionais.

Por isso, *todas as decisões* possuem interesse mediato ou imediato à questão da proteção judicial dos interesses e direitos das futuras gerações, e pretendem demonstrar os desvios e a incorreção da compreensão dos contornos delineados pelo texto político fundamental, ao dispensar proteção jurídica a essa nova classe de interesses e direitos.

Enquanto beneficiárias de obrigações de proteção definidas de forma principiológica (princípio da equidade intergeracional), as futuras gerações possuem posições de dignidade jurídica, cujos graus de concretização dependem diretamente do modo como a solução/resposta de garantia será organizada diante de condições de risco (incertezas) de inúmeras qualidades, e que serão enfrentadas em cada um dos *casos difíceis*.

O risco que permeia diretamente o grau de concretização dos interesses das futuras gerações poderá se apresentar de diversas formas, seja através da desconsideração da dignidade jurídica da natureza — quando o caso importe, por exemplo, a análise de colisões diretamente relacionadas à perda ou à proteção de determinada espécie de função ecológica ainda desconhecida, ou a princípio, sem utilidade ou relevância econômica para o homem — ou seja de outro modo, através de sua forma típica, consistente na reprodução pelos sistemas de regulação, de soluções jurídicas que: permitam, facilitem ou não mitiguem de alguma

---

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. p. 146; p. 176.

forma, a proliferação da degradação do bem ambiental, ou que desconsiderem a qualidade intertemporal e o potencial anonimato do dano ambiental (cargas poluentes acumuladas), aspectos principalmente relacionadas à inação que é *justificada incorretamente* pela incerteza.

Nesse segundo grupo de condições típicas de risco<sup>18</sup> podem ser compreendidas: as exigências de demonstração de evidências científicas conclusivas sobre as ameaças ecológicas; e soluções jurídicas que resultem em afirmação definitiva de exoneração de responsabilização, seja pela justificativa da inconclusão sobre a individualização segura dos responsáveis, nexos causal entre o comportamento e o evento, ou mesmo, sobre a própria qualidade onerosa do evento.

Se em relação à primeira espécie de *défices de ponderação* (desconsideração da dignidade jurídica da natureza), o espaço privilegiado dos desvios cognitivos é o Direito penal do ambiente, em relação à segunda espécie, é sem dúvida no espaço da Administração Pública que estão localizadas as principais condutas e comportamentos potencialmente lesivos à condição jurídica das futuras gerações.

Na Administração Pública, assiste-se à desconsideração sistemática do sentido jurídico da precaução na organização da atividade licenciadora de iniciativa das autoridades administrativas. São desconsideradas as principais evidências que atrairiam sua aplicação, como: o potencial anonimato do dano ambiental; a circunstância da acumulação de cargas poluentes (poluição histórica) pelos sucessivos empreendimentos, e por fim; a incerteza que paira sobre a própria qualidade da atividade, aspectos dignos de consideração para o fim de enfrentar o gravíssimo problema da *intertemporalidade* do dano ambiental<sup>19</sup>.

Assim, cada licença ou autorização deferida hoje pela autoridade administrativa negligente ou omissa na obrigação de aplicar o princípio da precaução, e que deixe de levar em consideração esses aspectos, possui elevado potencial de produzir efeitos jurídicos negativos que poderão ter que ser enfrentados tragicamente pelas futuras gerações, em um futuro que *não necessariamente* está distante.

Seja no primeiro ou no segundo grupo de condições de risco descritas, o que emerge como elemento de identidade é exatamente a circunstância de que em ambos, está presente a qualidade da incerteza como aspecto de fato que deverá ser considerado e superado pelas

---

<sup>18</sup> Lembrando que ambas as condições de risco são simplesmente expressões das duas qualidades dos *défices de ponderação*: desconsideração da dignidade jurídica autônoma da natureza, e desconsideração do sentido jurídico da precaução.

<sup>19</sup> Parece que o exemplo mais representativo no Brasil, remete à recuperação do acidente ocorrido com uma cápsula de césio 137, ocorrido ainda em setembro de 1987, em Goiânia. Recentemente, além da identificação inicial de 624 vítimas à época do acidente, o Estado de Goiás confirmou a existência hoje, de mais de mil

soluções jurídicas exigidas.

E nessa mesma linha de desenvolvimento da temática, o problema fundamental que agora emerge, e que se pretende expor à crítica da comunidade jurídica com a análise dos *casos difíceis* selecionados ao longo deste capítulo, é que, apesar de exigir alternativas de regulação idôneas a enfrentar situações de complexidade — onde juízos de probabilidade preferem juízos de evidências e de provas — não tem sido observada ao menos no discurso dos tribunais brasileiros, uma consistência argumentativa que permita afirmar esteja sendo levado a sério um *Direito constitucional de princípios*, modelo de regulação típico do atual espaço societal de complexidades que caracteriza a pós-modernidade, e principalmente, modelo de regulação típico do *Direito ambiental nas sociedades de risco*.

A *qualidade jurídica da precaução*, que deveria estar sendo levada em consideração sempre que fosse necessária a realização de ponderações tendentes a fundamentar resultados decisórios de maior sensibilidade ecológica, é sistematicamente desconsiderada pelo desenvolvimento daquelas espécies pontuais de *défices de ponderação*, subtraindo grande parte da capacidade reguladora do Direito do ambiente, de garantir a efetividade da proteção jurídica da natureza e das futuras gerações, produzindo graves *défices de implementação* que apresentam como consequência negativa, colocar em dúvida a *eficácia funcional* do próprio Direito do ambiente como alternativa adequada para uma proteção jurídica efetiva, como se pode verificar, por exemplo, na advertência de Paul:

O Direito Ambiental não possui capacidade nem potência, ou mesmo vontade, para solucionar apenas alguns dos inumeráveis problemas da pós-moderna 'ERA Atômiquímica genética'.

[...]

O Direito Ecológico ou Ambiental, criado pelo Estado Industrial e Tecnológico para assegurar adequada administração e prevenção dos riscos típicos de nosso tempo, não cumpre essa função. Evidentemente, segue sendo o portador de todos os sinais semânticos para prevenir, evitar e sanear a destruição e a degradação ambiental. Segue pretendendo ser a contra-arma jurídica contra as forças contaminadoras, o contraveneno jurídico contra o envenenamento químico da natureza, mas todas essas insígnias semânticas enganaram.

Na relação com a contaminação mundial e degradação da biosfera, fica o Direito ecológico como arma sem munições, como um tigre feito de papel (como falam os chineses), e que, *lejos* de possuir caráter instrumental, possui, tão-somente, caráter simbólico.<sup>20</sup>

Desse modo, seja pela afirmação de que a morte de determinado espécime natural

---

vítimas, quase quinze anos após o evento. (CHAVES, Adriana. Goiás reconhece mais mil vítimas do céso. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 de dezembro de 2001, p. C 3).

não representa dano ambiental — considerando a afirmação de que determinada espécie não possui utilidade econômica ou ecológica conhecida — ou pela resistência a soluções de responsabilização de ordem coletiva e objetiva, fundadas na consideração de estados de risco, o que se desconsidera e se nega sistematicamente em todas essas decisões, é o reconhecimento do próprio sentido jurídico da precaução, que exige sejam sempre levados em consideração, os dados e necessidades ecológicas, mesmo quando não se tenham evidências científicas.

Tomando por referência os resultados decisórios que demonstraram grande aptidão para o prejuízo às futuras gerações (por não considerarem adequadamente em todas elas, a dimensão jurídica do princípio da precaução), os casos foram organizados metodicamente em torno de *seis grandes grupos*.

A temática para análise foi adstrita, nos dois primeiros grupos, ao prisma do problema dos *défices de ponderação ecológica* nas opções decisórias dos tribunais, e do adequado acesso à justiça coletiva a partir da perspectiva da abertura dos sistemas de legitimação.

No primeiro grupo, os *défices* são apreciados em conexão com o princípio da proporcionalidade, para evidenciar que o processo concreto de ponderação depende agora de consideração mais próxima dos objetivos ecológicos traçados no texto constitucional.

Para a compreensão da ordem de dificuldades relacionada ao adequado acesso coletivo à justiça (segundo grupo), serão analisadas algumas decisões bastante representativas dos principais problemas, originárias da suprema corte norte-americana, proferidas nos casos: *Sierra Valley Club v. Morton*, *United States v. Student Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, e *Friends of Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services Inc.*

No terceiro grupo analisa-se a eficácia ecológica do direito penal do ambiente, com ênfase na denúncia da gravíssima limitação cognitiva do princípio da insignificância, quando utilizado como critério para a ordenação de ponderações que necessitem considerar dados ecológicos.

Para tanto, foram escolhidos três casos paradigmáticos, relacionados ao reconhecimento de um conceito integral de crueldade perpetrada perante os animais.

---

<sup>20</sup> PAUL, Wolf. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito ambiental. In: JÚNIOR, José Alcebíades de Oliveira (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 178.

Os casos evidenciam debates em torno de leituras diferenciadas sobre a própria estruturação de um conceito jurídico adequado de ambiente, disparidades que permitiram organizar e sintetizar uma completa representação dos equívocos, dificuldades e incompreensões que atingem especialmente o espaço dos tribunais.

No quarto grupo, revelam-se as relações entre a Administração Pública e o ambiente, onde são examinados: a) os limites da atuação dos poderes públicos no dever de proteção do ambiente e; b) o conteúdo do poder discricionário em face do dever de proteção do ambiente.

O quinto grupo, conquanto apreciado de forma autônoma, guarda íntima conexão com o problema do acesso à justiça, mas sobre outras condições.

Enfatiza-se nesse momento, o reconhecimento pelo STJ<sup>21</sup>, da teoria do macrobem e microbem ambiental, que reconhece definitivamente, não só a multidimensionalidade do significado jurídico do ambiente, como também destaca a particular dimensão comunitária do acesso à justiça, quando expressamente afirma a regular convivência da iniciativa dos indivíduos ao lado de iniciativas coletivas em nosso sistema jurídico.

Merece ser previamente esclarecido que não se procura neste capítulo, afirmar a ineficácia funcional do Direito do ambiente como alternativa normativa de regulação jurídica, e nem tampouco sustentar ingenuamente que seus *défices de implementação* derivam simplesmente de *défices de aplicação* de normas jurídicas (simples falta de aplicação de textos legislativos, geralmente considerados a partir da dimensão restritiva das regras).

Objetiva-se tão somente demonstrar as incompatibilidades presentes na tarefa de sua implementação e propor soluções para superar a *racionalidade da irresponsabilidade organizada*, onde o Direito ambiental funciona “[...] como instrumento efetivo quando se trata da utilização do meio ambiente, sua exploração, uso, distribuição, administração, planejamento, organização, informação, determinação dos valores limites das emissões dos danos e riscos, cálculo de compatibilidades. Contrariamente, opera de forma simbólica quando se trata da proteção decisiva e efetiva do meio ambiente.”<sup>22</sup>

A origem do problema dessa *racionalidade invertida*, é mais grave e atinge a própria perspectiva cognitiva de compreensão da crise ecológica pelo direito, que para enfrentá-la, deve antes de mais nada, levar em consideração que o particular modelo de regulação de uso geral pelo Direito, não se mostra mais adequado para o enfrentamento de problemas de

---

<sup>21</sup> Superior Tribunal de Justiça.

<sup>22</sup> PAUL, Wolf. *A irresponsabilidade organizada?* Comentários sobre a função simbólica do direito ambiental. p. 188. A demonstração da reprodução da irresponsabilidade organizada será realizada neste trabalho, ao longo da análise dos casos difíceis, e já foi objeto de recente advertência na mídia, denunciando a ineficácia do poder

complexidade, e principalmente para o Direito do Ambiente, que lida por excelência, com essa nova ordem de problemas.

O decisivo passo a ser dado para o correto enfrentamento da nova ordem de problemas oriundos da crise ecológica (ou policrise), importa reconhecer a necessidade de modificação de um modelo de regulação baseado em regras (e certezas) e priorização da regulação jurídica fundada em princípios, permitindo a abertura necessária para o desenvolvimento de um Direito que efetivamente leve a sério os princípios jurídicos, e especialmente, os princípios jurídicos do direito do ambiente.

Os princípios jurídicos ambientais devem ser levados a sério, não porque é sustentada a autonomia científica do direito do ambiente (argumento de acentuada qualidade retórica e baixa racionalidade), mas porque os princípios são assim como as regras, normas jurídicas, mas de qualidade diferenciada, e que relacionam condições de aplicação e concretização de direitos que diferem radicalmente daquelas utilizadas convencionalmente para as regras, por exigirem a conciliação e equalização de intensas situações de colisão, indefinições e indeterminações no âmbito da consideração dos aspectos envolvidos.

E em se tratando dos princípios do direito do ambiente, deve-se deixar claro mais uma vez que as circunstâncias que condicionam sua aplicação, são tipicamente informadas por elevado grau de incertezas, e portanto, de risco.

Com esses argumentos, propõe-se como premissa para a análise da eficácia da proteção jurídica do ambiente pelos tribunais brasileiros, que os *défices de implementação* do Direito do ambiente não são originários do fenômeno da não aplicação de normas, restritivamente consideradas nesse momento como regras, que podem ser aplicadas ou não aplicadas. Esses *défices* originam-se na verdade, da aplicação de espécies de normas de qualidade inadequada para a regulação jurídica desses conflitos, que só podem ser enfrentados a partir do *privilégio* de um Direito de princípios.

E também não se trata simplesmente de aplicação incorreta e inadequada dos próprios princípios, mas sim de um problema que é mais grave: o da própria inaptidão cognitiva para o trabalho metódico, já que esse Direito de princípios exige que se realizem complexos juízos de ponderação, de, avaliações, considerações e julgamentos sobre conflitos e colisões.

Essa atividade identifica o sentido que deve ser atribuído à necessidade de *levar a sério os princípios*, importando reconhecer não só que existem, são normas, e por essa razão,

---

judiciário, em dar as respostas exigidas na avaliação dos efeitos da crise ecológica. (VIVEIROS, Mariana. Justiça deixa maiores poluidores impunes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 de outubro de 2001, p. C 1).

possuem juridicidade. Levar a sério os princípios representa singelamente aplicá-los considerando-os enquanto princípios.

Exige-se, portanto, compreensão flexível e reflexiva dos problemas, quase sempre tipicamente instáveis e indeterminados, e onde a segurança, a certeza e as evidências científicas, nunca terão condições de oferecer mínima contribuição para a concretização dos direitos e interesses envolvidos.

Os princípios devem ser aplicados a partir da consideração de que esse é antes de tudo, um problema que exige a aptidão metódica para o trabalho com padrões jurídicos de *abertura cognitiva*, sob pena de manutenção dos mesmos *défices de implementação* enfrentados pelo inadequado sistema de regras.

A qualidade do problema dos *défices de implementação* assume dessa forma outra face, a dos *défices de cognição*, que trazem dois problemas fundamentais:

- a) a *inaptidão cognitiva* para o trabalho metódico com os princípios jurídicos, que deixam de ser aplicados enquanto princípios, e por essa razão, sonega-se toda sua aptidão para o enfrentamento adequado da crise ecológica e;
- b) recupera a importância que hoje assumem os *problemas de referência* na proteção jurídica do ambiente, que na tarefa de sua implementação, ainda convive com compreensões equivocadas ou incompletas sobre as relações entre o homem e os sistemas ecológicos.

Fica claro portanto, que não é toda espécie de organização do Direito do ambiente que se mostra incapaz de dar respostas adequadas à proteção jurídica da natureza da forma exigida pelas sociedades complexas. E mesmo um *Direito ambiental de princípios* — que é a forma típica de regulação da sociedades de risco — importa um compromisso dogmático e cognitivo diferenciado, (compromisso que exige atitudes de consideração e avaliação plena dos dados ecológicos e intergeracionais) que se não for assumido, continuará sendo causa de *défices de implementação*, *sonegando* sua efetiva capacidade de enfrentar a *crise ecológica*.

Essas são, portanto, as considerações necessárias para o esclarecimento das opções que foram realizadas no momento da seleção de temáticas de identidade para os *casos difíceis*, e sobretudo, para que fosse possível, com esses eixos de identidade, dar-se o tom de análise adequado que posicionasse de fato, esse conjunto de decisões, como representativo dos principais problemas e dificuldades enfrentados pelos tribunais na regulação jurídica do ambiente perante os múltiplos desafios globais deste momento de crise.

### 3.2.1. Os Défices de Ponderação na Centralidade dos Problemas Decisórios

Este parece ser o principal aspecto a merecer a atenção da comunidade jurídica para o fim de instruir um verdadeiro processo de reorganização das próprias opções políticas que definem hoje, o sentido do que se deva entender por *eficácia da proteção* nos atuais modelos de regulação jurídica do ambiente, que são permeados por uma crescente atividade normativa e por um autêntico *excesso de regulação*.

A progressiva proliferação da atividade normativa de um retórico Estado de Direito — que ainda trabalha com a perspectiva de que a segurança jurídica depende da proteção de certezas e evidências conclusivas —, resulta na desconsideração da necessidade de regulação de situações de incerteza. Esse aspecto retrata que os problemas de ineficácia da proteção jurídica são problemas de *défices de ponderação*.

Deixando de regular juridicamente os estados de incerteza, os padrões de regulação existentes e destinados à proteção das necessidades ecológicas continuarão a se orientar a partir da perspectiva do dano e da reparação dos prejuízos. Permanecerão orientados por exigentes graus de certeza e evidências científicas para justificar sua atuação, que por mínimos que sejam, serão sempre severos nas sociedades de risco. Serão severos principalmente quando o objetivo é a proteção de direitos e interesses submetidos a condições de altíssimos graus de incertezas e instabilidades, como são os que se reúnem em torno das futuras gerações.

A estruturação de padrões de regulação a partir de critérios *incompatíveis* com as necessidades de proteção é uma evidência que permite reconhecer que as necessidades ecológicas não são adequadamente consideradas para a seleção e definição das próprias opções de regulação.

Assim procedendo, as instituições autorizam que os novos direitos nunca possam ser protegidos como necessitam e exigem ser protegido. Essa incompatibilidade é a característica que permite reconhecer o mais grave dos *défices de ponderação*: aquele que atinge a própria opção de organização dos sistemas de regulação. É responsável a um só tempo pela fundamentação de uma pretensa ineficácia funcional do direito do ambiente nas sociedades de risco, e pela retórica justificação da inidoneidade das medidas jurídicas de proteção das futuras gerações.

Os *défices de ponderação* trazem ao momento de concretização dos novos direitos, um problema de aplicação particular do princípio da proporcionalidade.

Isso porque defeitos de ponderação (excessivas, defeituosas, inexistência ou insuficiência), ressaltam uma perspectiva protegida pelo princípio, que é descrita por Canotilho como *proibição por defeito (Untermassverbot)*<sup>23</sup>. Nesse sentido, sustenta que existe um defeito de proteção, sempre que “[...] as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais.”<sup>24</sup>

Alexy parece ser o autor que melhor reuniu as principais espécies de defeitos de ponderação, organizando-as em um conjunto que será importante para o seu reconhecimento na atividade concreta desenvolvida pelos tribunais.

Entende primeiro que afirmar a existência de defeitos de ponderação, importa que se atribua ênfase ao terceiro sub-princípio da proporcionalidade, o da proporcionalidade em sentido estrito, onde poderiam ser discriminadas três formas: a) não se realiza a ponderação (falta de ponderação); b) não se considera integralmente o que se deve considerar (*défice de ponderação*); c) a ponderação realizada não pode ser justificada (desproporção de ponderação)<sup>25</sup>;

Os problemas de *défices de ponderação* também ressaltam que ao serem exigidas ponderações sobretudo adequadas e ecologicamente pertinentes, a realização dos novos direitos fundamentais objetiva essencialmente uma resposta que seja *coerente*. É de *coerência* que se trata quando são proibidos os *défices de ponderação*.

A coerência se inspira no controle da proporcionalidade, que Baracho fundamenta na proteção dos direitos fundamentais, e que seria organizada em torno de dois elementos: “[...] um elemento fixo constituído pela relação entre dois ou vários parâmetros; um elemento variável representado pelo grau de liame que os une.”<sup>26</sup> Continua, enfatizando que a *relação de correlação* surge como exigência de uma relação lógica e coerente entre dois ou vários elementos, de modo que está vinculada a conceitos como racionalidade, necessidade, normalidade, harmonia ou equilíbrio<sup>27</sup>.

Baracho indica alguns critérios para sua verificação oriundos da experiência pretoriana alemã para o fim de controle do resultado decisório, pelo qual, deveriam ser verificados se: a) houve ou não ponderação; b) se na ponderação todos os interesses que

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 271.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 89, vol. 779, p. 35, set. 2000.

<sup>26</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: UFMG, n. 2, p. 48.

<sup>27</sup> *Idem*.

deveriam ter sido considerados, foram segundo a natureza das coisas; c) se é racionalmente justificável a valoração realizada na opção decisória, e por último; d), se existe violação evidente e direta ao princípio da proporcionalidade na relação de equilíbrio concretamente obtida no resultado decisório, na equalização dos interesses concorrentes<sup>28</sup>.

Portanto, pode-se sintetizar a partir deste momento, que a ponderação entendida como controle da proporção da relação, impõe como objetivo da decisão — e conseqüentemente da solução que intencione concretizar os direitos fundamentais — o *cumprimento de um dever de coerência, pois em um modelo de princípios, ou que se apoie em um senso de adequabilidade, uma solução correta (e não a solução correta) só pode assim ser considerada se o princípio for aplicado corretamente (exigência de coerência)*<sup>29</sup>.

### 3.2.1.1. Proporcionalidade e correção dos *défices* de ponderação: a ordenação da colisão de direitos nos tribunais

Agora procura-se indicar e qualificar em alguns casos concretos especificamente selecionados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, problemas metódicos que expressam: a) as dificuldades atuais de ordenação dos valores a serem protegidos em situações de colisão; b) a intensidade de proteção que deve ser dispensada; c) a organização procedimental da decisão; d) e o próprio processo de qualificação adequada dos conflitos em matéria do direito do ambiente.

A proposta procura identificar especialmente qual é a compreensão atual — desproporcionalmente restritiva da dimensão coletiva do dano ambiental — e qual o conteúdo dos critérios que são revelados nas opções judiciais de sua resolução, com o objetivo de denunciar sua inadequação constitucional perante o objetivo de proteção jurídica do ambiente e das futuras gerações, inadequação que expressa com clareza, *graves défices de ponderação*.

Os *défices de ponderação* são originários da compreensão defeituosa ou insuficiente sobre a *base informativa da decisão*, tendente a desconsiderar os objetivos ecológicos nas relações de colisão e a se afastar de qualquer sentido minimamente ambiental, na otimização das condições de realização dos novos direitos.

De outra forma, busca-se, principalmente, denunciar a metódica defeituosa que subverte a fixação dos *limites do mandado de proporcionalidade* no atendimento do objetivo

<sup>28</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. *Cidadania e Justiça*, p. 128, 2. sem. 2000.

<sup>29</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 17-18, p. 302, 1995.

de prevenção que informa o sistema constitucional de proteção do ambiente, e que orienta as opções por instrumentos judiciais, específicos e adequados ao impedimento do resultado lesivo, permitindo que já se possa atuar em momentos bastante afastados cronologicamente das mínimas condições de sua produção.

A primeira avaliação desses problemas é realizada a partir do acórdão prolatado no Recurso Especial n. 43.512-9/SP<sup>30</sup>, que teve por relator o Ministro Demócrito Reinaldo.

No caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo propusera ação civil pública em face de curtidora que estaria lançando de forma irregular, dejetos e efluentes líquidos em córrego próximo ao local em que se instalara, que se revelavam nocivos às instalações públicas de esgoto e aos próprios cursos d'água.

Em primeiro grau, a ré foi condenada em obrigação de fazer consistente na transferência de todo o conjunto das atividades industriais, para local que de acordo com a legislação, fosse adequado à atividade embargada, fixando-se multa na hipótese de desobediência da obrigação judicial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a condenação, deixando íntegra a obrigação de fazer na mesma intensidade do grau de restrição imposta pela sentença. Para tanto, valeu-se do reconhecimento de que o comportamento poluente da recorrente já fora advertido em no mínimo duas oportunidades anteriores, ocasiões onde foi compelida pelas autoridades sanitárias e ambientais, a adotar medidas de diminuição ou interrupção do comportamento poluente.

Todos os pareceres técnicos também indicaram a impossibilidade da permanência de suas atividades naquele local, uma vez que não implementadas oportunamente as medidas de mitigação do dano, não se mostrava mais idônea sua adoção atual, como alternativa à medida restritiva imputada pela sentença. Foi reconhecido que as instalações do curtume não comportavam, v.g, a implementação de um sistema de tratamento de efluentes líquidos.

A impossibilidade da opção, no caso concreto, pela medida menos restritiva apontada como inidônea pelos pareceres técnicos — que a princípio poderia ter sido eleita — também foi reconhecida pelo Ministro Garcia Vieira, que restou vencido diante do voto do Ministro Demócrito Reinaldo. Este enfatizou a impossibilidade da fixação de restrições tópicas não

---

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo – Processual civil – Lesão ao meio ambiente – Penalidades aplicáveis aos infratores – Leis nºs 7.367/85 (sic) e 6.938/81 - Inteligência. REsp n. 43.512-9 – SP. Curtidora Santa Mônica LTDA. *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator designado: Ministro Demócrito Reinaldo. Acórdão de 02 de maio de 1994. Publicado no Diário de Justiça da União de 27 de junho de 1994. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

autorizadas pela lei 6.938/81<sup>31</sup>, e terminou por afirmar que: “[...] a medida aplicada no decisório afronta o princípio da liberdade de iniciativa, que, no dizer dos constitucionalistas, ‘pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que é de certa forma uma decorrência deste.’”<sup>32</sup>

Dessa forma, concluiu: “Um estabelecimento industrial é um conjunto de bens móveis e imóveis (sem contar com a organização, o capital e o trabalho). A sua transferência para local diverso tem implicações ao direito de propriedade e no princípio da livre iniciativa da atividade econômica, que constituem garantia constitucional.”<sup>33</sup>

O resultado proposto pelo Ministro Demócrito Reinaldo — em que pese a apresentação como justificativas racionais, da proteção do princípio da liberdade de iniciativa e de uma pretensão de preservação do conteúdo econômico da propriedade, para que esta não tivesse expropriado todo seu significado e/ou utilidade econômica — impôs ao outro valor/objetivo constitucional, restrição de considerável conteúdo restritivo. Desse modo, obteve como resultado decisório uma opção que topicamente (ou seja, no caso concreto) retirou por completo qualquer condição de realização mínima do objetivo de proteção do ambiente<sup>34</sup>.

Esse procedimento metódico privilegiou a organização de um juízo de precedência ou prevalência, onde a ordenação dos valores posicionados em situação de colisão, foi orientada em termos *absolutos*, não reservando espaço para a *concordância prática* da relação de tensão entre pretensões em oposição. A atuação referida impediu a possibilidade de otimização de ambos, o que importa a busca do resultado que não só proporcione as melhores condições, mas de *resultado que melhor realize, no caso concreto*, todos os valores colidentes.

A otimização é concreta, e por conseqüência, sempre orientada pelas circunstâncias

<sup>31</sup> Lê-se de destaque da ementa: “A ‘obrigação de fazer ou não fazer’ a que a lei se refere (nº 7.347) há de encontrar os seus lindes demarcados na lei substantiva (nº 6.938). Em face do princípio da legalidade ‘estrita’, é defeso a lei cominar à prática de uma infração a que o transgressor se obrigue a fazer ou não fazer alguma coisa, sem delimitar-lhe o objeto, com inteira precisão, pois que, nos limites em que a lei consente que uma pessoa se obrigue para com outra a fazer ou não fazer alguma coisa, qualquer forma de atividade humana pode constituir o objeto da obrigação, desde que (fazer ou não fazer) compreende uma imensidão de atividades, a que o juiz (ou a administração) poderia obrigar o infrator, discricionariamente, sem limitação alguma”.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Melhor solução encontrou o Tribunal Constitucional espanhol, (STC 64/1982), quando examinou a constitucionalidade de lei nacional que impedia o exercício de qualquer espécie de atividade mineradora, sempre que esta produzisse danos ao ambiente que não pudessem ser *integralmente* reparados. Na ocasião o tribunal reconheceu a constitucionalidade da restrição, conquanto exortasse a necessidade da realização de juízos de ponderação concreta dos interesses em conflito, em cada caso específico. A referência à decisão do tribunal espanhol pode ser consultada em: SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens.

de fato. Isso porque, como precisamente explica Vieira de Andrade: “[...] o princípio da concordância prática não prescreve propriamente a realização óptima de cada um dos valores em jogo, em termos matemáticos. É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível.”<sup>35</sup>

O mandado de otimização — solução metodicamente mais idônea a orientar o processo de decisão em referência — permitiria que *no particular*, fosse atingido como resultado, o *grau ótimo de realização dos interesses, sem que fosse esvaziada a pretensão de eficácia de qualquer um*, situação pela qual, no entanto, optou o ilustre membro da corte superior.

Ao revés da otimização, harmonização e da realização ótima dos conteúdos juridicamente protegidos, atuou-se uma regra de prevalência, metodicamente orientada em restrição justificada a partir de um juízo de exclusão.

Em um sucinto quadro de avaliação qualitativa, poderia ser dito que o controle procedimental da decisão em análise, teria obedecido uma específica e bem definida ordem de decisão pela qual:

- a) foram evidenciados o dano à biodiversidade e o comportamento poluente;
- b) identificou-se uma situação de colisão de interesses diante da medida restritiva mantida pela corte de cassação, que exigiu uma ordenação de valores a serem protegidos no caso concreto, e a determinação da intensidade de proteção a ser conferida concretamente;
- c) realizou-se uma opção metódica pelo meio menos restritivo ao agente poluidor, mas também o menos idôneo no sentido da proteção ao bem ambiental.

Puderam ser constatadas no resultado atingido, as seguintes conseqüências:

- a) obteve-se pela opção escolhida um resultado globalmente deficiente, que excluiu do âmbito de proteção da decisão judicial, o bem ambiental;
- b) optou-se por um juízo de restrição absoluta em substituição ao necessário juízo de otimização;
- c) utilização de uma metódica de bloqueio da pretensão de eficácia de tutela do bem ambiental que negou o sentido de otimização do princípio da proporcionalidade, e

---

In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84-85.

<sup>35</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. p. 222.

não se utilizou nem mesmo da verificação dos limites de tolerabilidade para a fixação da opção decisória;

- d) uma relação de desconformidade concreta com os objetivos constitucionais de proteção do ambiente;
- e) ordenação metódica que excluiu a possibilidade de proteção de determinados valores, sob determinadas circunstâncias, que implicou violação direta do princípio da unidade da Constituição<sup>36</sup>;
- f) a opção pelo meio menos idôneo produziu um resultado de dupla valência, sendo menos restritivo ao poluidor, e mais restritivo àqueles que sofrem os prejuízos ambientais, incluído aqui, o próprio bem ambiental<sup>37</sup>.

A mesma insuficiência de avaliação dos dados e busca por resultados, a partir de referências e objetivos ecológicos, pode ser verificada no Recurso especial n. 205.153/GO, onde o relator, Ministro Francisco Falcão atribui à lei que disciplina a ação civil pública um sentido severamente restritivo, para o fim de organizar concretamente as formas de reparação, compensação, ou proteção antecipada do ambiente<sup>38</sup>.

A exemplo da posição iterativamente considerada seja pelos tribunais brasileiros, ou mesmo pelos juristas brasileiros, o Ministro considerou que a conjunção alternativa (ou) presente na redação do art. 3º, *caput*, da Lei n. 7.347/85<sup>39</sup> justifica a afirmação da impossibilidade da cumulação da obrigação de fazer e da prestação pecuniária, na condenação, como se observa da ementa do acórdão:

---

<sup>36</sup> Pelo princípio da unidade da Constituição, afirma Hesse que se exige um trabalho de otimização, sendo necessário que se estabeleça os limites de ambos os bens a fim de que alcancem concretamente, um resultado ótimo. Esclarece também que a fixação dos limites deve atender, em cada caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, pelo qual não se deve ir mais adiante do que o estritamente necessário ou o exigido para a realização da concordância entre os bens. Aqui a proporcionalidade adquire o sentido de ordenação de situações de colisão; trata-se de seu sentido afirmativo, rejeitando, portanto, uma proposta que privilegie a proteção deste ou daquele bem. Sua proposta importa a opção, sempre em uma relação entre duas magnitudes variáveis, relação que é essencialmente dinâmica e informada estritamente pela otimização concreta, não sendo possível pressupor um objetivo sempre constante. (Cf. HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. p. 298).

<sup>37</sup> Aqui também se mostrava fundamental a utilização da verificação dos limites de tolerabilidade para a fixação e imposição, em especial, de qualquer medida restritiva ao significado constitucional de proteção do bem ambiental;

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente – Lei 7.347/85 – Violação ao art. 11 – Cessação de atividade – Cominação de multa – Imposição legal. REsp. n. 205.153 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Município de Santa Helena de Goiás. Relator: Ministro Francisco Falcão. Acórdão de 20 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de agosto de 2000. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

<sup>39</sup> BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. MEDAUAR, Odete (Org.). *Coletânea de legislação de direito ambiental e Constituição Federal*. São Paulo, RT, p. 210, 2002.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. LEI 7.347/85. VIOLAÇÃO AO ART. 11. CESSAÇÃO DE ATIVIDADE. COMINAÇÃO DE MULTA. IMPOSIÇÃO LEGAL.

1. A determinação legal contida no artigo 11, da Lei 7.347/85, tem o objetivo imanente de fazer valer a obrigação, uma vez que retirada da mensagem legal a imposição de pena, é consectário lógico a mitigação da ordem, à míngua de punição ante seu descumprimento.
2. Conforme o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, não pode a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e dinheiro.
3. Recurso parcialmente provido.<sup>40</sup>

Mais uma vez, constata-se um defeito de ponderação — por insuficiência de consideração da necessidade de se encontrar resultados ecologicamente conformados — que orienta a compreensão do dispositivo legislativo, uma vez que a efetiva proteção jurídica do bem ambiental só é possível se for integral, e só será integral se *primeiro* for *privilegiada* a recomposição e a recuperação do estado de degradação.

Essa circunstância depende necessariamente da imposição de obrigações de fazer e/ou não fazer (quando se exige primeiro a cessação da atividade, e depois, as ações positivas de recuperação). Entretanto, se impossível a recuperação ao menos parcial, é imprescindível que ao lado e simultaneamente com a imposição das obrigações de fazer, seja prevista necessariamente a imposição pecuniária, que tem objetivo diferenciado e autônomo, qual seja, o de *compensar* ante a impossibilidade de *recuperar*.

A questão só pode ser corretamente equacionada se considerações ecológicas orientarem a busca do resultado que deve ser atingido no sentido da *proteção jurídica ótima* do ambiente e das futuras gerações. Em caso contrário, opções decisórias deficientes continuarão a ser reproduzidas pelos tribunais.

A utilização de uma metódica de colisão de bens ou interesses defeituosamente ordenada, pode ser apontada, atualmente, como uma das causas responsáveis pela reprodução da tendência à irresponsabilização subjetiva do dano ambiental coletivo.

Nesses casos, opera-se um grave desvio operacional pelo qual é reconhecido o dano, mas não um responsável. A opção pela proteção de outro bem na situação de colisão, impede que o reconhecimento de que, pelo dano, deve haver um responsável de qualidade pública ou privada, porque o outro bem relacionado, simplesmente foi excluído do processo de valoração e do âmbito de proteção tópico da norma jurídica.

Na opção pela proteção de outros bens que não o ambiente, opta-se também por

---

<sup>40</sup> BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. p. 210.

deixá-lo sem a proteção específica exigida naquela hipótese, *mesmo que possível ou já identificado o agente poluidor*, que é o que efetivamente ocorreu no caso investigado, e que acentua a gravidade daquela opção decisória.

Diante da qualidade dos problemas de ponderação relacionados nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar agora, que uma solução decisória que possa ser reputada constitucionalmente adequada, deve observar um sentido ecológico do mandado de proporcionalidade, na medida em que o sentido da proporcionalidade no Direito ambiental brasileiro, é imposto pela própria organização constitucional do sistema de proteção. Este prima por relacionar interesses tão complexos que tomados individualmente, são colidentes, mas que em face do princípio de unidade da Constituição, possuem igual potencial normativo e pretensão de eficácia, não podendo ser preferidos ou escolhidos em qualquer processo de decisão, mas concretizados em graus diferenciados e da melhor forma que seja permitida no caso concreto.

### **3.2.2. A Irresponsabilidade Organizada como Obstáculo à Efetividade do Acesso à Justiça: o Problema do Acesso Coletivo**

Conquanto o espaço dos Tribunais não constitua — principalmente nas sociedades complexas — o espaço exclusivo, e sobretudo, típico, da regulação jurídica, a investigação da eficácia e da qualidade dos resultados obtidos na proteção (intergeracional) da natureza é exemplarmente realizada, pela qualidade diferenciada da autoridade da mediação que ali se estabelece, que permite situar também como aspecto pertinente à análise de sua eficácia, a verificação da idoneidade dos instrumentos processuais colocados à disposição para o cumprimento de tal objetivo.

No particular, pode ser destacado como importante atributo indicador da existência ou ausência da consideração jurídica do ambiente pelo sistema processual, a compreensão que se faz de institutos clássicos do processo civil contemporâneo: a legitimação para agir e o interesse processual.

Conquanto seja especialmente importante a análise da *aptidão ecológica da decisão*, esta é apenas o momento final dessa face particular da implementação do Direito ambiental, sendo necessário, primeiro, analisar as condições que antecedem e permitem a organização da qualidade ecológica da decisão, ou em outras palavras, envolve o problema inicial do *acesso a essa decisão*, trazendo conseqüentemente, a temática fundamental e inaugural do acesso à justiça, onde ainda ocupam papel central, os problemas relacionados à qualidade dos

interesses protegidos em juízo, e às técnicas de representação judicial de novas espécies de interesses e posições jurídicas. São novos interesses e técnicas que devem responder às necessidades de abertura e revisão democrática, especialmente do processo civil e de seus institutos.

Esse conjunto de aspectos pontuais destacados da temática do acesso à justiça (legitimação para agir e interesse processual) também denota, dessa forma, uma aptidão para o enfrentamento do problema da implementação do Direito ambiental pelos tribunais, como um problema de *défice democrático*, que coloca nesse particular, como exigência prévia para a superação dos *défices de implementação*, o atendimento de necessidades democráticas que consideram o pluralismo moral e a participação como valores-chave para a proteção de referenciais em nada coincidentes com aqueles típicos do Estado liberal.

O acesso coletivo à justiça é compreendido para esta finalidade, a partir das condições e circunstâncias que estruturam a organização material do acesso à justiça na proteção de interesses e posições jurídicas não individuais. Por essa razão, ao lado dos aspectos relacionados à definição do sentido adequado dos institutos da legitimação para agir e do interesse, não poderia deixar de se realizar referência à importância que deve ser conferida à temática do acesso subjetivo por parte das associações civis.

Os referentes normativos escolhidos para o desenvolvimento da proposta encontram origem na experiência jurisprudencial norte-americana, paradigmas úteis para o contraste com a organização jurídica brasileira.

Isso porque a partir da atividade das cortes norte-americanas pode-se aferir um conjunto bastante rico e detalhado que reúne as tendências mais importantes em relação ao aspecto da legitimação para agir. Na jurisprudência brasileira, notava-se até há bem pouco tempo, grande sensibilidade no reconhecimento pelos Tribunais (particularmente o STJ), da qualidade especial dos interesses protegidos nessas espécies de processo, até que o STF<sup>41</sup>, em recente pronunciamento, parece ter provocado um gravíssimo retrocesso no tocante à compreensão processual do interesse em matéria ambiental<sup>42</sup>.

Para iniciar o desenvolvimento analítico desses problemas relacionados ao tema do *acesso coletivo à justiça*, mostra-se particularmente interessante a análise do desenvolvimento

---

<sup>41</sup> Supremo Tribunal Federal.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental – Mandado de segurança – Proteção ao meio ambiente – Entidade de direito privado – Ausência de direito próprio – Assistência litisconsorcial passiva – Impossibilidade. MS (AgRg) n. 23.800 – MS. Instituto Sócio Ambiental *versus* Adelaide Acácia Leite Vieira e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 24 de agosto de 2001 e no Informativo do STF n. 238. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de novembro de 2001.

recente da jurisprudência norte-americana sobre os limites e possibilidades da jurisdicionalização, cuja manifestação mais significativa se fez presente no tormentoso *Lujan v. Defenders of Wildlife*<sup>43</sup>, onde foi promovida radical inversão na perspectiva de privilégio ao amplo acesso e integral proteção judicial dos interesses transindividuais que já remontava os anos setenta, desde que a Corte Suprema flexibilizou nessas questões, o rígido controle de exigibilidade do interesse<sup>44</sup>, no já clássico *leading case Sierra Valley Club v. Morton*.

Pouco depois de *Sierra Valley Club*, esse entendimento veio a ser reproduzido também em *United States v. Student Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*<sup>45</sup>, e sua essência pode ser exprimida através da presença das seguintes características:

- a) construção de uma concepção bastante ampla do instituto da legitimação — realizada através do reconhecimento de amplo acesso das associações de proteção do meio ambiente;
- b) revisão dos critérios utilizados pelos sistemas judiciários norte-americanos, expressão direta da adequação estrutural dos modelos políticos estatais, ao novo quadro de conflituosidades emergentes na sociedade norte-americana, que reproduzia abertamente as evidências das insuficiências, dificuldades e do esgotamento da capacidade regulatória do Estado liberal e de seus seus instrumentos de administração dos conflitos.

Sem dúvida é a modificação da *organização* e do *procedimento* dos sistemas judiciários norte-americanos (notadamente o das cortes federais), realizada na revisão das *doctrines of justiciability*<sup>46</sup> — a partir da releitura dos artigos 2 e 3 do texto constitucional

<sup>43</sup> Cf. em: BARSOTI, Vittoria. La sentenza Lujan della corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 1175-1195, dic. 1996.

<sup>44</sup> O caso controvertido ou controversia, seria como afirma Baracho Júnior, o equivalente ao interesse de agir de nosso sistema processual. (BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Os interesses difusos. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadro de et al. *Direitos humanos e direito dos cidadãos*, vol. I, Belo Horizonte: PUC Minas, 2001. p. 40).

<sup>45</sup> Deve ser registrado que na literatura nacional, uma análise deste e de alguns dos outros casos citados neste trabalho (*Lujan v. Defenders of Wildlife* e *Sierra Valley Club v. Morton*), é realizada por Baracho Júnior em: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 250-261; *Os interesses difusos*. p. 38-51.

<sup>46</sup> Conquanto não fosse possível extrair definição precisa do conceito de *justiciability* (enquanto atributo necessário no controle restritivo no processo de acesso à justiça) sua operabilidade foi possível graças à construção jurisprudencial da suprema corte norte-americana, tendo seus contornos bem delineados pelo *Chief Justice Warren*, em *Aetna Life Ins. Co. V. Hawarth*, 300 U.S. 229, 239-241 (1937). Nessa ocasião, consignou que a controversia deveria ser daquelas apropriadas para decisão judicial, distinguindo-se de simples *diferenças*, disputas de caráter hipotético, debates ou daquelas acadêmicas. A controversia deveria ser *definida* e *concreta*, referindo às relações legais entre as partes que possuíssem interesses legais não coincidentes. Deveriam assim, adstringir-se a uma controversia real e substancial, oriunda de situações concretas, específicas e determinadas, distintas das opiniões adversas sobre o direito ou estados e fatos hipotéticos. Em síntese, teríamos um modelo de controle do acesso à jurisdição semelhante ao controle presente no sistema processual pátrio, que exige a *lide* como fundamento de habilitação no processo de acesso à justiça. (Cf. em: BARSOTI, Vittoria. *La sentenza*

respectivo —, a razão fundamental que proporcionou aquela ampla revisão no conceito de legitimação e que o tornara apto a lidar com os conflitos ambientais.

Podem ser identificadas quatro fases bem definidas<sup>47</sup> na instrumentalização desses atributos no processo de acesso à justiça pela suprema corte. Na *primeira fase*, para individualizar a legitimação dos atores, limitava-se à investigação da ocorrência de uma causa (*cause of action*), fato que resultou em grande dificuldade para se traçar diferenciação precisa entre o direito substancial e o direito à proposição de ações em um sistema historicamente vinculado a *remedies precede rights*, que impedia o reconhecimento da atribuição à parte, de um direito de agir em juízo (*right of sue*).

A exigência de demonstração do prejuízo (*injury in fact*), surge no *segundo período*, como expressão dos conflitos emergentes da nova proposta de *Estado administrativo* lançada no *new deal*, momento em que *Justice Brandeis* e *Justice Frankfurter* limitaram acentuadamente a noção de legitimação (*standing*), através de rígida restrição do requisito do prejuízo (*injury in fact*), e da construção de um modelo privado de processo (*private rights model*), adequado diante da insegurança dos poderes públicos perante o novo modelo de legislação progressista.

Foi somente no *terceiro período*, sob a presidência de *Justice Warren*, ao fim dos anos setenta, é que a jurisprudência da corte suprema preocupou-se em dispensar compreensão menos restritiva dos institutos processuais, para permitir um tratamento mais adequado das questões relativas à reivindicação de proteção aos *direitos transindividuais*<sup>48</sup>, e de tutela dos *novos direitos*, fazendo-o através da ampliação da noção do interesse e da mitigação da rigidez da demonstração do prejuízo.

Chega aqui o momento pontual da derrocada da leitura restritiva do acesso à justiça a partir de uma rígida compreensão do princípio da separação das funções do poder político, revisitada em dois *leading cases*; primeiro em *Sierra Valley Club v. Morton*<sup>49</sup>, onde a corte suprema reconheceu pela primeira vez que até mesmo os danos à natureza podem configurar

---

Lujan della corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste. p. 1181).

<sup>47</sup> Ibidem, p. 1184.

<sup>48</sup> Ou *superindividuais*, como prefere a doutrina italiana. Neste momento, cunhou-se a expressão *public law litigation* para definir o novo conjunto de relações e questões submetidas ao Poder Judiciário.

<sup>49</sup> A suprema corte reconheceu pela primeira vez a possibilidade de que um dano ambiental pudesse caracterizar uma *injury in fact* justificável, sem que, entretanto, reconhecesse a legitimidade (*standing*) à associação que contestava a atividade da agência cuja autorização com fim comercial do *Mineral King Valley* era contestada. A corte argumentou, na ocasião, que Sierra Club não havia provado que um simples membro gozava do parque natural e era pessoalmente prejudicado por uma eventual modificação estética ou ecológica da área em questão, elementos que ainda deveriam ser considerados para a materialização do interesse. (BARSOTI, Vittoria. Op. cit., p. 1188).

um prejuízo (*injury in fact*) justificável, e depois em *Scrap (United States v. Student Challenging Regulatory Agency Procedure)*<sup>50</sup>, onde se operou revisão na concepção primitiva da legitimação de agir fundada no conceito de causa (*cause of action*)<sup>51</sup>, autorizando que um grupo de estudantes atuasse em juízo apresentando unicamente a pretensão de proteção de um direito a um ambiente sadio e não poluído.

A notável revisão dos postulados clássicos do modelo privado do processo de controle de acesso à justiça — que proporcionou meios para a realização de uma leitura mais próxima da tutela dos interesses coletivos e transindividuais na corte suprema — viria a sofrer sua mais dura derrota no quarto período dessa progressiva transformação da postura da corte ao longo dos tempos. Este movimento iniciou-se com a tendência identificada nos primeiros anos da década de oitenta, da restrição do acesso à justiça do que se chamou de *atores ideológicos*, possível graças ao retorno do controle rígido dos requisitos necessários à caracterização e existência da legitimidade (*standing*), recuperando o requerimento de prova rigorosa e imediata de um prejuízo (*injury in fact*), que deveria ser *concretamente atual*, e da demonstração de uma vantagem identificável através do acolhimento da pretensão.

Nesse quadro de retorno às origens do modelo de sistema de justiça norte-americano é que se insere o recente pronunciamento da corte suprema em *Lujan v. Defenders of Wildlife*, e a questão que surge de problema de interpretação em torno da lei que disciplina o regime de proteção das espécies ameaçadas (*Endangered Species Act*, de 1973).

A lei em exame previa uma ação típica do cidadão (*citizen suit*), atribuindo a qualquer pessoa, o direito de ação para o cumprimento de suas disposições, autorizando praticamente um direito de agir a uma espécie de *private attorney general*<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Somente nesse momento a corte reconheceu legitimação de agir às associações de proteção ao meio ambiente. No caso, *Scrap*, era uma associação constituída de cinquenta estudantes de Direito com o único e específico fim de promover a tutela do ambiente. A associação contestava o fato de *Interstate Commerce Commission* não ter efetuado uma avaliação de impacto como requerida pela lei federal, antes de decidir *não suspender* um aumento temporário da tarifa dos meios de transporte. Para tanto, sustentava que de fato, tal aumento produziria efeitos negativos sobre o ambiente e que os membros da associação sofreriam em consequência, danos pessoais, econômicos, ao lazer e à estética. Interessante é a apreciação do argumento apresentado por *Scrap* para a demonstração de lesão concreta a direitos ou interesses de seus membros. Enfatizaram que o aumento dos preços dos meios de transporte produziria um aumento dos custos da atividade de reciclagem dos resíduos. E que aquilo comportava uma menor utilização da parte da indústria de recicláveis e um maior uso de matérias-primas virgens. O resultado final dessa cadeia era um emprego muito grande de recursos naturais, como por exemplo, das árvores que cresciam na zona de Washington, D.C, das quais os membros da associação, gozavam. (Idem).

<sup>51</sup> Qualificada pela atribuição do direito de agir em juízo (*right to sue*) somente mediante a demonstração da existência de interesse pessoal, restrição que era complementada, como vimos, pelos atributos de *ripeness* e *mootness*, que indicavam a necessidade da conjugação de fato concreto e atual, situação que deveria ser reproduzida até o momento da composição da relação controversa, elementos que bem caracterizavam o modelo de conteúdo privatístico e individualista de processo.

<sup>52</sup> Comentando essa excepcional abertura nos instrumentos de legitimação para a tutela dos interesses transindividuais, Barsoti observa que a natureza dos interesses difusos requer, para o fim de prestar efetividade à tutela em juízo, que se abandone o critério tradicional da legitimação de agir, para atribuí-la também a sujeitos

Ocorre que, conquanto se previsse, a princípio, um movimento de consolidação da tendência de privilégio na organização de novos instrumentos processuais e sistemas jurídicos adequados à proteção dos novos direitos, o que se verificou em *Lujan* foi um retorno à tendência diametralmente oposta. A corte suprema, principalmente pela atuação de *Justice Scalia* abandonou a disposição de reconhecer o interesse, parecendo entender insuficiente até mesmo a demonstração do prejuízo (*injury in fact*)<sup>53</sup>, marcando a nova passagem de um modelo publicístico de processo (*public law litigation*), tal qual cunhado por Chayes, para o retorno ao clássico e deficiente modelo privado (*private rights model*).

Em razão da jurisprudência protecionista dos interesses transindividuais anterior a *Lujan*, não se supunha ser de difícil reconhecimento a legitimidade de agir (*standing*) — tendo o prejuízo (*injury*) por conteúdo — a partir do fato de dois senhores voltarem a se tornar observadores de crocodilos no Nilo, e de leopardos no Sri Lanka, pois como observa Barsoti<sup>54</sup>, não era menos concreta ou mais remota que aquela que os estudantes em *Scrap*, sustentavam haver sofrido.

Scalia<sup>55</sup> chegou a entender que o objetivo de estudar e observar uma espécie animal ainda que somente por fins puramente estéticos, poderia configurar um interesse submissível à jurisdição da corte<sup>56</sup>, mas argumentou, entretanto, que a lesão presumida não era suficientemente atual, iminente e concreta, na medida em que os dois membros de *Defenders of Wildlife* não determinaram precisamente quando saberiam que viriam a se tornar novamente, observadores de crocodilos e leopardos.

---

que não agem em nome próprio. (BARSOTTI, Vitoria. *La sentenza Lujan della corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*. p. 1191).

<sup>53</sup> Em *Lujan v. Defenders of Wildlife*, uma associação de caráter nacional com particular interesse na tutela dos animais, sustentava que o parecer preventivo exigido pela agência federal, necessário — a teor do regulamento administrativo da lei — antes da iniciativa de financiamento de qualquer projeto que pudesse de qualquer modo atingir negativamente as espécies animais em extinção ou seu *habitat*, deveria ser exigido também nas hipóteses em que o financiamento federal cuidasse de projetos que seriam realizados no exterior, de modo que, por fim, argumentava que o regulamento violava a lei das espécies ameaçadas (*Endangered Species Act*) de 1973. Para a demonstração do prejuízo (*injury in fact*), argumentaram que dois membros da associação haviam estado, no passado, no lugar no qual sabiam estar sendo realizado o projeto contestado, para observarem algumas espécies animais em risco de extinção, e tal risco sabia-se acentuado em razão da atividade financiada pela agência, terminando por afirmar, que tinham a intenção de se mudar novamente para o mesmo lugar. A descrição sintética do caso pode ser conferida em: PERCIVAL, Robert V.; GOGER, Joanna B. Escaping the common law's shadow: standing in the light of *Laidlaw*. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. XII, n. 1, p. 136, 2001.

<sup>54</sup> BARSOTTI, Vittoria. Op. cit., p. 1192.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 1192-1193.

<sup>56</sup> A exemplo da tendência jurisprudencial iniciada em *Sierra Club*.

A corte exigiu na oportunidade que fosse provado que *no momento*, algum membro da associação estivesse executando alguma atividade naquele específico lugar onde elas se desenvolveriam<sup>57</sup>.

Para tanto, observou ironicamente que reconhecer a legitimação destes membros seria o mesmo que sustentar que qualquer pessoa que fosse visitar o zoológico do Bronx, pudesse agir por qualquer coisa ocorrida com os animais de todo o mundo! Sobre esse ponto, responderam não menos ironicamente, *Justice Blackmun* e *Justice O'Connor*, em votos divergentes, que para o fim de torná-lo mais iminente e concreto segundo a “nova” orientação paramétrica da Corte, bastaria que os dois senhores houvessem adquirido bilhetes aéreos para o Egito e o Sri Lanka...<sup>58</sup>

*Justice Scallia* afastou frontalmente o que a associação classificou por nexo ecossistêmico (*ecosystem nexus*) para fundamentar seu interesse, onde qualquer pessoa que usa parte do ecossistema afetado diversamente por ações ilegais, teria interesse, ainda que não tivesse qualquer conexão geográfica com a ação ou atividade<sup>59</sup>.

O fundamento do bloqueio do acesso coletivo à justiça pela suprema corte norte-americana residiu na interpretação tópica do texto constitucional, que culminou na severíssima compreensão da inconstitucionalidade da previsão legislativa da *citizen suits* na *Endangered Species Act* (1973). Deixou-se de reconhecer a legitimidade da entidade associativa pela ausência da atualidade do prejuízo (*injury*), diante — ao juízo da maioria —, da impossibilidade de o Congresso poder conferir legitimidade (*standing*) a pessoas que não tenham sofrido prejuízos imediatos, diretos e concretos. Entendeu-se que a atribuição de legitimação de agir sem fosse evidenciado um prejuízo (*injury*) concreto e atual, violaria o atributo do interesse (*case of controversy*), previsto no art. 3º daquele texto constitucional, ao mesmo tempo em que atingiria frontalmente o art. 2º que prevê competir ao poder executivo o

<sup>57</sup> PERCIVAL, Robert V.; GOGER, Joanna B. *Escaping the common law's shadow: standing in the light of Laidlaw*. p. 135.

<sup>58</sup> Essa compreensão restritiva da qualidade de interesses que efetivamente são justiciáveis, (atuais, concretos, imediatos e sobretudo, próprios), também foi reproduzida no Direito alemão (Tribunal Administrativo de Hamburgo), quando se negou o reconhecimento da possibilidade de proteção dos leões-marinhos do Mar do Norte, contra a agressividade dos efeitos acumulados e invisíveis da poluição marinha, a um grupo de expressivas associações ecológicas, primeiro por não reconhecer sequer existirem interesses a serem protegidos (já que afirmou o Tribunal que animais são coisas), e pela circunstância de não se ter vislumbrado interesse ou direito próprio das associações ecológicas que estivessem sendo atualmente prejudicados, ameaçados ou lesados, não havendo, logo, necessidade da tutela. A narrativa do espantoso caso de *défice* de implementação do Direito ambiental em matéria de acesso à justiça, pode ser conferida em: PAUL, Wolf. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito ambiental*. p. 179-181.

<sup>59</sup> PERCIVAL, Robert V.; GOGER, Joanna B. *Op. cit.*, p. 137.

dever de cuidar para que as leis sejam fielmente e integralmente executadas, *adstringendo-se a uma rígida e restritiva interpretação da cláusula republicana da separação dos poderes*<sup>60</sup>.

Quando parecia já se ter por definido pela corte norte-americana sua atual postura — indicando um novo e retrógrado caminho para o acesso coletivo à justiça — a jurisprudência da suprema corte conheceu novamente o que pareceu um retorno indubitável ao sentido de interesse justiciável e de abertura da legitimação delineados anteriormente em *Scrap*, posição que recuperou a dignidade da condição jurídica dos interesses transindividuais como objeto de proteção que impõe exigências diferenciadas aos clássicos padrões processuais de mediação dos conflitos nos tribunais.

Esse retorno foi representado pelo recente julgamento de *Friends of Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services Inc.* (janeiro de 2000), que importou sinteticamente a reafirmação da *impertinência* da consideração da necessidade de prejuízo direto, atual e imediato como atributo definidor e identificador da existência da legitimidade (*standing*), revendo a retrógrada posição anterior definida em *Lujan*, que parecia representar naquele momento, uma tendência restritiva que se consolidaria na matéria da tutela judicial de interesses coletivos e difusos, destacando-se no entanto, que o mesmo Justice Scalia manteve sua posição firmada em *Lujan*, seguido agora, de Justice Clarence Thomas<sup>61</sup>.

A análise desse caso será recuperada ainda neste capítulo, mas por ocasião da análise da possibilidade de organização da tutela jurisdicional a partir do risco e da aplicação do princípio da precaução, momento em que sua exposição detalhada terá maior pertinência<sup>62</sup>.

Felizmente, ao menos em relação à temática da organização do acesso coletivo à justiça, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra acurada sensibilidade no tratamento dos estados difusos de conflituosidade, superando o simples paradigma de proteção do acesso objetivo — que compreende o *acesso direto* aos órgãos de decisão — para aproximá-lo de um modelo integral de acesso coletivo à justiça, onde fosse privilegiado também, sua dimensão subjetiva, autorizando o *acesso direto de um complexo plural de sujeitos* e atores sociais aos órgãos de decisão e nos processos de decisão.

<sup>60</sup> BARSOTTI, Vitoria. *La sentenza Lujan della corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*. p. 1193.

<sup>61</sup> GREVE, Michael S. *Friends of the Earth foes of federalism*. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. XII, n. 1, p. 167, 2001. Greve também enumera ao lado de Lujan, sucessivos pronunciamentos anteriores e posteriores, no sentido de restringir judicialmente a compreensão do interesse: *Steel Co. v. Citizens for a Better Environment*, 523, U.S. 83 (1998); *Lujan v. National Wildlife Fed'n*, 497 U.S. 871 (1990); e *Gwaliney of Smithfield, Ltd. v. Chesapeake Bay Found, Inc.*, 484 U.S. 49 (1987). (Idem).

<sup>62</sup> Conferir neste capítulo, a seção 3.3.1.

Esse é precisamente o objetivo indicado, ainda que de forma limitada, no texto da Lei n. 7.345/85, que inaugura a abertura dos sistemas clássicos de legitimação *ad agendum*, ao autorizar em matéria do ambiente, o acesso de associações civis e entidades associativas não governamentais, constituídas há pelo menos um ano e que incluam expressamente entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico<sup>63</sup>, se optarmos pela fidelidade ao conceito complexo de ambiente eleito pelo constituinte ao dispensar proteção, ao longo do art. 216, ao patrimônio ambiental cultural.

Uma proposta de extensão do conteúdo do acesso coletivo, nos contornos em que está definido no art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/85, é imediatamente dirigida no sentido de uma necessária atualização constitucional do dispositivo referenciado, submetendo-o à leitura constitucional da qualidade difusa do bem ambiental e da indissociabilidade do dever comunitário de sua proteção, que *impõe a proteção constitucional da garantia de que, a todos os titulares dos interesses de espécie difusa, deve ser oportunizado o acesso aos meios adequados à sua proteção.*

A qualidade difusa do bem ambiental atinge diretamente os problemas da titularidade da pretensão e da legitimação *ad agendum*, impedindo a restrição desproporcional e não razoável do conteúdo republicano da cidadania ambiental, na atividade de conformação legislativa das condições de acesso à justiça em matéria de ambiente.

Não se pode deixar de reconhecer, no particular, que *a temática da proteção do ambiente é a que, atualmente, melhor possui condições de recuperar o poder de atuação do princípio republicano* inscrito no art. 1º da carta republicana de 1988.

Na espécie, o contraste da norma procedimental com o texto constitucional, notadamente com os arts. 1º, *caput*, e 225, *caput* — que definem os contornos republicanos da cidadania ambiental — evidencia desproporcionalidade na restrição imposta à atuação processual das associações, no sentido de lhes impor de forma absoluta, óbice de caráter institucional<sup>64</sup>, excluindo, sem que se apresentasse fundamento racional e razoável, a *titularidade de todo o complexo de potenciais sujeitos coletivos*, investidos originariamente na titularidade do direito de proteção do bem ambiental.

---

<sup>63</sup> Art. 5º, inc. II, Lei n. 7.347/85. (BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. p. 210).

<sup>64</sup> Representado pela obrigação de indicar o objetivo de proteção do ambiente, através de cláusula estatutária específica.

O problema referente à compreensão dos limites da restrição legislativa — consubstanciada na indicação da cláusula de proteção específica — conquanto ainda não examinado nos contornos de sua constitucionalidade, já foi enfrentado pelos tribunais brasileiros, em questão originária do Estado da Bahia. No caso, decisão monocrática desconsiderou o óbice para admitir a legitimidade de fundação instituída com o objetivo de prestação de assistência social a colônia de pescadores, tendo sido posteriormente, confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia e pelo Superior Tribunal de Justiça, em duas oportunidades.

O objeto de nossa análise é o momento de sua apreciação no Superior Tribunal de Justiça<sup>65</sup>.

A matéria foi primeiro submetida à apreciação no Recurso especial n. 37.888-5/BA, e tinha sua origem em pretensão formulada pela Fundação Joaquim Barreto de Araújo — entidade associativa constituída com o objetivo precípua de prestação de assistência social à atividade de pesca artesanal realizada pelos pescadores da Praia de Sauípe — e dirigida em face de COPENER (Copene Energética S/A) e NORCELL S/A, visando impedir que estes — na ocasião, os autores da pretensão recursal — desenvolvessem atividades de edificação de fábrica de celulose, que envolveriam a utilização de serviços de terraplanagem, cujo impacto, produziria incontornável descaracterização física da região, degradação dos ecossistemas, e modificação de suas funções ambientais primitivas.

Os recorrentes se insurgiram em face do reconhecimento da legitimidade ativa da associação para o exercício da ação civil pública, mesmo não possuindo expresse registro estatutário de cláusula que objetivasse a proteção específica do ambiente, posição judicial afirmada em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça, e que em seu juízo, violaria frontalmente a restrição inserta no texto da Lei n. 7.347/85<sup>66</sup>.

Confirmando a decisão monocrática, entendeu o Tribunal de Justiça da Bahia, que: “[...] a Fundação-Apelada não obstante não preveja em seu estatuto, de forma explícita a preservação do meio ambiente, o faz de maneira intuitiva e concludente, uma vez que é impossível oferecer-se assistência social e material a pescadores, sem preservar e vigiar pelo equilíbrio e pela continuidade do seu habitat natural e dos recursos com os quais a

---

<sup>65</sup> Inicialmente, a questão fora apresentada na forma do Recurso especial n. 37.888-5/BA. Em seguida, o caso foi novamente submetido ao STJ, mas por ocasião da Ação rescisória n. 497/BA. Sobre a apreciação doutrinária da matéria, deve ser registrado o trabalho de BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: Os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 153-170. Na oportunidade, a autora restringe o objeto de sua análise aos fundamentos do Recurso especial n. 37.888-5/BA.

<sup>66</sup> Art. 5º, inc. II. (BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico,

comunidade sobrevive, traduzidos, no caso específico de uma vila de pescadores, na preservação dos rios e do mar que lhes fornecem o peixe, meio de subsistência pela alimentação e pelo comércio.”<sup>67</sup>

Mas o fundamento mais incisivo da decisão, foi o reconhecimento da incompatibilidade da restrição realizada pela Lei n. 7.347, em face de o art. 225, *caput*, da Constituição brasileira, ter objetivado “[...] estender à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, conferindo-lhe, assim poder para propor a Ação Civil Pública, desde que o faça como o objetivo de proteção ao meio ambiente.”<sup>68</sup>

Durante a votação no Superior Tribunal de Justiça, foi realizada observação, de autoria do Ministro Demócrito Reinaldo, no sentido de precisar o alcance do conteúdo democrático do dever de proteção do ambiente, que não admitiria o reconhecimento da legitimidade a “[...] qualquer cidadão (nem a própria coletividade), de per si, para ingressar em juízo com medidas processuais coletivas [...]”<sup>69</sup>, advertindo que a legitimação direta do cidadão para a utilização das ações de tutela ambiental, encontra-se pontuada especificamente pelo constituinte, pertinente à ação popular (art. 5º, inc. LXXIII). Em sua leitura, entendeu que o art. 225 do texto constitucional brasileiro teria remetido ao poder de conformação do legislador, a definição das pessoas e órgãos investidos do poder de acesso direto às pretensões processuais coletivas de defesa do ambiente, e desse modo, não teria revogado o art. 5º da Lei n. 7.347/85, que reúne as restrições ao acesso dos sujeitos coletivos. E na medida em que a lei teria excepcionado hipóteses do que tratou como *legitimação anômala*, considerou que estas devem ser interpretadas “[...] de forma estrita, sem dilargamento algum.”<sup>70</sup>

Em conclusão, terminou por exigir a expressa indicação de cláusula estatutária redigida com o objetivo específico de proteção ao ambiente, restringindo o conteúdo do objetivo assistencial da fundação, com os seguintes argumentos:

Assistência social é expressão de sentido amplo, que compreende auxílio, ajuda, amparo, arrimo às pessoas ou a uma sociedade, mas, sempre no campo altruístico, filantrópico. A assistência pode ser médica, dentária, advocatícia, alimentar, mas não envolve com a certeza e indiscutibilidade que o caso exige, a proteção ao meio ambiente. Em fim (*sic*), para

---

estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. p. 210).

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual – Recurso especial – Julgamento antecipado da lide a pedido da parte. REsp n. 37.888-5 – BA. COPENER COPENE Energética S/A e outro *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 15 de fevereiro de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 24 de abril de 1995. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> Idem.

proporem a ação civil pública, as Fundações devem estar constituídas há pelo menos um ano; devem incluir, entre as suas finalidades, a proteção ao meio ambiente, e devem estar expressamente autorizadas a tanto (art. 5º, XXI).<sup>71</sup>

É do Ministro Humberto Gomes de Barros o voto que reconduziu o problema dos limites da legitimação dos sujeitos coletivos a um modelo integral de acesso coletivo à justiça, fundado em sistemas de tutela adequada, exigidos pelos direitos difusos em matéria do ambiente. Para tanto, posicionou-se afirmando com notável sensibilidade, que: “O conceito de assistência social não se restringe, hoje, ao mero exercício de piedade, que se exaure na doação de esmolas e leva o assistido à dependência do conformismo. [...] Não se pode conceber assistência social, sem que se preservem os meios capazes de possibilitar a sobrevivência e a dignidade do assistidos.”<sup>72</sup>

Concluiu, com esses argumentos, pela manutenção da legitimidade da Fundação, no que foi acompanhado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, que reconheceu, o que definiu como *perfil subjetivo variado* do conflito ambiental, entendendo que deveria ser eliminado o que classificou de *visão individualista de acesso à justiça*, que o levou, em lúcida argumentação, afirmar que:

[...] pelo prisma da ‘legitimação extraordinária’, à parla de proteção ambiental (que inclui o ar e água puros, necessários à vida), pela abrangência, compensa aceitar que todas as fundações, sociedades ou associações de proteção, implicitamente, por presunção e genericamente estão autorizadas a defender o meio ambiente, que é naturalmente do interesse dos cidadãos a ela congregados. Afinal, toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, tem legítimo interesse na proteção dos recursos naturais (ar e água puros) — arts. 5º, LXXIII, e 225, C.F.<sup>73</sup>

De acordo, votaram também os Ministro Asfor Rocha e Garcia Vieira, permanecendo vencido o Ministro Demócrito Reinaldo, restando o acórdão ementado da seguinte forma:

PROCESSUAL RECURSO ESPECIAL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE A PEDIDO DA PARTE.

I – O julgamento antecipado da lide, a pedido das partes não ofende o Art. 330 do Código de Processo Civil;

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual – Recurso especial – Julgamento antecipado da lide a pedido da parte. REsp n. 37.888-5 – BA. COPENER COPENE Energética S/A e outro *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 15 de fevereiro de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 24 de abril de 1995. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Idem.

II – Fundação instituída para prestar assistência à comunidade de pescadores. Tal fundação está legitimada para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente em onde vive a comunidade.<sup>74</sup>

A questão retornou à apreciação do STJ, através da dedução por COPENER Florestal Ltda., e NORCELL S/A, de pretensão rescisória dirigida a esse acórdão, apresentando como causa de rescisão, novamente a pretensa violação à restrição inserta no art. 5º, inc. II da Lei n. 7.347/85, que limita o acesso à justiça dos sujeitos coletivos, e cujo desfecho está reproduzido na Ação rescisória n. 497/BA<sup>75</sup>.

Reafirmou nos autos, o relator, Ministro Garcia Vieira, a legitimação ampla da entidade associativa para o exercício das ações de tutela dos interesses difusos ambientais da colônia de pescadores, ainda que ausente a cláusula estatutária especificamente redigida com tal objetivo, organizando sua fundamentação através da irônica e persuasiva questão, que atingiu mais uma vez, o alcance da significação da assistência social, acompanhada da incisiva advertência: “Do que adiantaria a ré prestar assistência médica, dentária, psicológica aos pescadores e deixar que a poluição do ar e das águas matem todos os peixes? A construção da fábrica de celulose na região dos pescadores assistidos pela ré, poderia, com os dejetos industriais, provocar agressão ao meio ambiente, matar os peixes e inviabilizar a pesca, prejudicando os pescadores.”<sup>76</sup>

Para admitir a manutenção da fundação assistencial, na posição de sujeito legítimo à utilização das pretensões coletivas em prol do ambiente, assim se posicionou:

Embora não conste, expressamente, dentre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, entendo que pode a ré mover ação civil pública, visando a proteger o meio ambiente onde vivem os pescadores por ela assistidos. Se ela tem por finalidade prestar assistência à comunidade de pescadores, está ela legitimada (*rectius*) para evitar a degradação do meio ambiente em que eles vivem. É claro que a poluição do ar e das águas prejudica a atividade pesqueira e a ré, ao dar assistência aos pescadores, pode ajuizar ação civil pública para evitar a degradação do meio ambiente no qual vivem seus assistido.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual – Recurso especial – Julgamento antecipado da lide a pedido da parte. REsp n. 37.888-5 – BA. COPENER COPENE Energética S/A e outro *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 15 de fevereiro de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 24 de abril de 1995. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública – Legitimidade – Fundação de assistência social à comunidade de pescadores – defesa do meio ambiente – construção – fábrica de celulose. REsp. n. 497 – BA. COPENER Florestal LTDA e NORCELL S/A *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Garcia Vieira. Acórdão de 12 de agosto de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de novembro de 1999. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública – Legitimidade – Fundação de assistência social à comunidade de pescadores – defesa do meio ambiente – construção – fábrica de celulose. REsp. n. 497 – BA.

Nota-se que no Recurso especial n. 37.888-5/BA foi reconhecida pelo Ministro Milton Luiz Pereira uma compreensão aberta dos sistemas de legitimação dos sujeitos coletivos em matéria do ambiente, a partir da admissão judicial da titularidade difusa característica dos interesses ambientais, afetos a todos e a ninguém em particular, e que, dessa maneira, não autorizam qualquer espécie de restrição que venha excluir qualquer de seus titulares potenciais.

De outro modo, o ministro Garcia Vieira foi claro ao admitir, expressamente, uma leitura ampla do significado da cidadania ambiental, com fundamento constitucional, e dirigida à conformação dos contornos legislativos do acesso coletivo à justiça. Para tanto, reconheceu que o art. 225 do texto republicano, ao conferir proteção ao bem difuso ambiental, e vincular subjetivamente os interesses ambientais à coletividade, impediu que *fossem atribuídos* a alguém em particular, ao mesmo tempo em que também impediu que *deixassem de ser atribuídos* a todos aqueles potenciais titulares, enquadrando-se aqui, especialmente, os sujeitos coletivos.

Inicialmente, o ministro Garcia Vieira reproduziu a dicção do *caput* do art. 225, para depois reconhecer que: “[...] a ré que presta assistência aos pescadores tem o direito e o dever de procurar, de todas as formas lícitas, proteger o meio ambiente, o ar e as águas da região contra a degradação do ambiente em que vivem os pescadores, defendendo e preservando-o, podendo, para isso, valer-se da ação civil pública.”<sup>78</sup>

Pode ser verificado em sua argumentação, que o reconhecimento explícito no art. 225, do dever de proteção do ambiente atribuído à coletividade, produz conseqüências imediatas na estruturação dos sistemas de legitimação, que devem ser adequados não em face de uma interpretação aberta das cláusulas convencionais, mas como conseqüência direta dos objetivos da norma constitucional, postura que legitima leitura bastante funcional da qualificação do interesse difuso, *que pertence, simultaneamente, a todos ao mesmo tempo, e a ninguém, em particular*.

Dessa feita, a norma constitucional recepciona a orientação de que a natureza dos interesses, em espécie, impede que não se admita ou não se reconheça que todos são titulares desses interesses; o sentido é traçado pela natureza jurídica dos interesses e pelo objetivo da norma constitucional.

---

COPENER Florestal LTDA e NORCELL S/A *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Garcia Vieira. Acórdão de 12 de agosto de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de novembro de 1999. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>78</sup> Idem.

Deve ser esclarecido que o julgamento do Recurso especial n. 37.888-5/BA não realiza efetivamente uma leitura diretamente constitucional do problema. Limita o objeto de sua investigação, à determinação e ao reconhecimento da especial natureza jurídica dos interesses ambientais, afirmando que a difusividade de sua natureza é que impede que não se reconheçam todos como titulares. O teor do julgamento da ação rescisória n. 497/BA, deixou claro que a natureza inapropriável dos interesses ambientais é reconhecida pela norma constitucional, e é efetivamente o seu conteúdo normativo que fundamenta tal impedimento.

A partir desse ponto-de-partida, adverte-se que, quando se pensa o acesso coletivo à justiça em termos adequados, depara-se com a seguinte situação: quando o texto constitucional diz que não se pode, de qualquer forma, impedir o reconhecimento de que todos são titulares dos interesses ambientais, não quer afirmar que todas as normas processuais devem prever o acesso direto do cidadão às pretensões de tutela coletiva dos interesses ambientais, mas tão somente que as normas processuais devem prever ao cidadão o acesso direto às pretensões de tutela coletiva.

Traçam-se normas de organização e procedimento, que no entanto, serão conformadas pelo legislador ordinário, que assim o fez, não se desviando, no particular, do objetivo constitucional, a proteção do acesso integral de todos os potenciais titulares. E o cidadão, assim poderá proceder, como sabido, mediante pretensões de conteúdo coletivo, através do exercício da ação popular.

Em conclusão, reafirma o Ministro Garcia Vieira que

[...] os pescadores têm direito de evitar a poluição das águas em que pescam, e a Fundação ré pode, através de ação civil pública, procurar evitar a degradação do meio ambiente onde eles vivem e do qual dependem a sua sobrevivência.

[...] É perfeitamente aceitável deduzir-se que uma Fundação que presta assistência a pescadores tenha legitimidade para propor ação civil pública visando a evitar a degradação do meio ambiente, a poluição das águas da região onde vivem os pescadores por ela assistidos.<sup>79</sup>

Acompanhando o relator, o voto do Ministro José Delgado, também procurou evidenciar a coerente argumentação do Ministro Garcia Vieira, dirigida no sentido de *reorganizar a extensão dos aspectos da legitimidade, na direção dos objetivos propostos e intencionados pela norma constitucional*, quando advertiu: “[...] muitas vezes nos esquecemos

---

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública – Legitimidade – Fundação de assistência social à comunidade de pescadores – defesa do meio ambiente – construção – fábrica de celulose. REsp. n. 497 – BA. COPENER Florestal LTDA e NORCELL S/A *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro

do que a Constituição Federal de 1988 quer que seja aplicado em decorrência do cidadão, e o que ela modificou dentro do contexto do nosso ordenamento jurídico. Quando a Constituição Federal diz que todos têm o direito ao meio ambiente, está criando um bem subjetivo a todas as pessoas, sem criar nenhuma condição.”<sup>80</sup>

Exsurge da conjugação dos votos dos Ministro Garcia Vieira e José Delgado, uma claro reconhecimento da *especial qualidade difusa do bem ambiental* e de seus reflexos na *abertura procedimental dos sistemas de acesso coletivo à justiça*.

Não menos interessante, e talvez uma das mais importantes, é a observação efetuada pelo Ministro Adhemar Ferreira Maciel, também procurando adequar os sistemas clássicos de legitimação, à nova proposta constitucional de abertura procedimental de acesso coletivo à justiça. Para tanto, dirigiu o objeto de sua investigação, diretamente sobre o conteúdo da restrição presente no art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/85, de onde concluiu que: “O normal não seria restringir, porque a lei efetivamente restringe. Então vem o princípio da razoabilidade. Não é razoável uma interpretação dessa para cercear. Ao contrário, devemos ampliar sua compreensão o máximo possível.”<sup>81</sup>

Mostra-se relevante a opção sugerida pelo Ministro. Não parece, de fato, que em face dos objetivos traçados pelo sistema de responsabilidades difusas em torno da proteção do ambiente — presente no *caput* do art. 225 — que a restrição instituída no inc. II, art. 5º, Lei n. 7.347/85 — excluindo possíveis titulares dos interesses protegidos — possa ser considerada proporcional, razoável, ou pertinente à orientação paramétrica da norma constitucional.

Votaram da mesma forma, de acordo com o relator, os Ministros Milton Luiz Pereira, Hélio Mosimann, e Aldir Passarinho Júnior, de modo que a ementa do acórdão assim resultou registrada:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE – FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL À COMUNIDADE DE PESCADORES – DEFESA DO MEIO AMBIENTE – CONSTRUÇÃO – FÁBRICA DE CELULOSE.

Embora não constando expressamente em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, é a fundação de assistência aos pescadores legitimada a propor ação civil pública para evitar a degradação do meio em que vive a comunidade por ela assistida. Justifica-se a ação rescisória somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade.

Ação rescisória improcedente.<sup>82</sup>

---

Garcia Vieira. Acórdão de 12 de agosto de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de novembro de 1999. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Idem.

<sup>82</sup> Idem.

O mesmo problema do alcance da legitimação das associações ambientalistas já foi enfrentado em outra oportunidade pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>83</sup>. A questão é posterior ao Recurso especial n. 37.888-5/BA e anterior à ação rescisória n. 497/BA.

Na ocasião, mais uma vez, não se tratava de associação ambientalista instituída com esse objetivo específico inserto em cláusula estatutária, mas de associação de moradores de bairro que ajuizou ação civil pública com o objetivo de impedir a continuação do ilícito que se desenvolvia mediante a execução de alvará destinado à implantação de cemitério em Sete Praias, São Paulo, área próxima à Represa Billings e em zona de proteção de mananciais.

O reconhecimento da legitimidade da associação civil, (Sociedade Amigos de Sete Praias), representada pelo eminente professor da Universidade de São Paulo, Eros Roberto Grau, realizado na oportunidade do saneador, foi objeto do inconformismo de *Obras Hospitalares de São Lázaro*, que interpôs o Recurso especial, dirigido à decisão de desprovimento do agravo de instrumento, que por sua vez, foi interposto em face da decisão monocrática que reconheceu a legitimidade da associação.

Note-se que, constituída há mais de um ano, *Sociedade Amigos de Sete Praias* incluiu entre suas finalidades institucionais, a que previa *incentivar o espírito de solidariedade entre os moradores do bairro, com o desenvolvimento de esforços para a consecução do bem estar coletivo*.

Confirmando o acórdão originário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Ministro relator, Ari Pargendler, entendeu da mesma forma, estar implícita na cláusula de consecução do bem estar coletivo, o objetivo permissivo da proteção do ambiente, tendo assim concluído: “A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem estar coletivo, incluída evidentemente nessa cláusula a qualidade de vida, só preservada se favorecida pelo meio ambiente.”<sup>84</sup>

Não conhecido o recurso, foi mantido o reconhecimento da legitimidade para atuação em defesa do ambiente, atribuída à associação de moradores de bairro, decisão que fora acompanhado pelos Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. REsp 31.150 – SP. Obras hospitalares de São Lázaro *versus* Sociedade Amigos de Sete Praias e outros. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 20 de maio de 1996. Publicado no Diário de Justiça da União de 10 de junho de 1996. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. REsp 31.150 – SP. Obras hospitalares de São Lázaro *versus* Sociedade Amigos de Sete Praias e outros. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 20 de maio de 1996. Publicado no Diário de Justiça da União de

Deve ser lembrado também que, pouco depois do Recurso especial n. 37.888-5/BA, o Supremo Tribunal Federal viria reconhecer em decisão relativa à legitimação ativa em mandado de segurança coletivo, a *impertinência* da exigência de que a espécie de pretensão apresentada *coincidissem* com uma das finalidades ou objetivos típicos da associação coletiva, contribuindo de igual forma, para a consolidação de uma compreensão mais adequada e eficiente do acesso coletivo à justiça<sup>85</sup>.

Na ocasião, assim entendeu o Ministro Carlos Velloso: “O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe.”<sup>86</sup>

A decisão demonstra congruência com o problema enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria ambiental, e bem serve para ilustrar o vínculo direto entre o reconhecimento da abertura democrática dos procedimentos de acesso coletivo à justiça, e o fortalecimento do papel dos sujeitos coletivos na proteção ativa do meio ambiente, elementos que conjugados, permitem que sejam atingidos, com máxima eficácia, os objetivos traçados pelo art. 225, *caput*, do texto republicano, que intenciona a elaboração de um conceito específico de cidadania ambiental, com legítimo conteúdo republicano, onde, efetivamente, todos possuem interesses e o dever de proteger o bem comum.

Se a jurisprudência norte-americana experimentou um desenvolvimento no sentido de progressivamente caminhar para o reconhecimento de um conteúdo aberto de legitimação, e mais próximo das novas necessidades super-individuais que se proliferam nas relações sociais (exceto pelo caso *Lujan*), a experiência brasileira parecia manter um claro sentido de uniformidade nessa direção, sem declínios ou grandes surpresas na tarefa de realização fiel dos objetivos políticos fundamentais traçados no texto constitucional.

No entanto, ao contrário da recuperação evidenciada em *Laidlaw* — corrigindo o grave desvio democrático registrado em *Lujan* — o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, recentemente rompeu com a invejável identidade democrática que confirmara desde o

---

10 de junho de 1996. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. C.F., art. 5º, LXX, “b”. RE n. 181.436-1 – SP. Sindicato da Indústria de Artigos e Equipamentos Odontológicos, Médicos e Hospitalares do Estado de São Paulo *versus* União Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão de 28 de junho de 1996. Publicado no Diário de Justiça da União de 04 de outubro de 1996. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>86</sup> Idem.

juízo do Recurso extraordinário n. 181.436-1/SP, e permitiu um grave retrocesso em matéria da caracterização da qualidade do interesse exigida para o ingresso em juízo na defesa do meio ambiente, tendo afirmado que, em se tratando de assistência litisconsorcial, a associação *deve demonstrar a existência de direito próprio à proteção ambiental*.

É o que se verifica da ementa do recente julgamento, que assim foi reproduzida:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO. AUSÊNCIA DE DIREITO PRÓPRIO. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não basta a existência de interesse para justificar a admissão como assistente litisconsorcial passivo. Imprescindível o direito próprio e a previsão de prejuízo advindo da sucumbência na ação. 2. Se o agravante não tem direito próprio à proteção ambiental, mas simples interesse previsto em suas cláusulas estatutárias, incabível figurar no processo como assistente litisconsorcial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>87</sup>

Sem dúvida, a eventual afirmação sub-reptícia dessa tendência indica um perigoso caminho de retrocesso diante de todo o progresso que já se verificou no desenvolvimento jurisprudencial brasileiro, que vinha permanecendo atento em priorizar a construção de um *significado democrático* para um clássico instituto processual de origem nas lides intersubjetivas do processo de conteúdo liberal e patrimonial, e principalmente, atento à sua *atualização*, sempre em atenção imediata às necessidades de proteção exigidas pela particularidade dos novos direitos e interesses submetidos aos tribunais.

Como se procurou demonstrar pelos contrastes realizados entre as experiências jurisprudenciais do direito norte-americano e do modelo brasileiro, não é admissível em matéria de acesso coletivo à justiça ambiental, a organização do processo a partir de *técnicas de restrição subjetiva* (em relação aos sujeitos) da participação e intervenção na formação da decisão, que são exigências de democracia e justiça procedimentais.

Já foi dito no primeiro capítulo, que os *direitos fundamentais biodifusos*, enquanto diretamente exigíveis, têm conteúdo diferenciado, e envolvem a realização de *direitos de exigir o cumprimento de obrigações e deveres* em face de beneficiários atuais ou futuros. São direitos de constranger o cumprimento de obrigações, interessando portanto, não aos *titulares* de pretensões subjetivas materiais ou processuais, mas sim, aos *beneficiários* que com aqueles não coincidem. Não há assim, relação de coincidência subjetiva entre a posição daqueles que

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental – Mandado de segurança – Proteção ao meio ambiente – Entidade de direito privado – Ausência de direito próprio – Assistência litisconsorcial passiva – Impossibilidade. MS (AgRg) n. 23.800 – MS. Instituto Sócio Ambiental *versus* Adelaide Acácia Leite Vieira e outros. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 24 de agosto de

exigem o cumprimento das obrigações, e aqueles que efetivamente serão beneficiários pelo cumprimento de ditas obrigações.

Essa é a razão pela qual não há possibilidade de se afirmar interesse imediato, concreto, atual e sobretudo, pessoal (entendido como próprio) daqueles que estão legitimados para a defesa desses interesses, sejam eles, cidadãos individualmente considerados, ou mesmo associações ou organizações.

Como também se advertirá no momento de análise das novas técnicas de tutela processual precaucional, conquanto não haja coincidência ou relação de identidade entre os institutos do interesse processual e legitimação para agir (legitimação *ad causam*), é possível estabelecer uma certa conexão entre o interesse na medida, com o aspecto da identificação dos legitimados à sua postulação.

A princípio, somente teria interesse a ser considerado no processo, aquele que nele pudesse ser admitido na qualidade de parte legítima, que somente a seria se primeiro tivesse interesse na medida, identidade que já não permite compreender satisfatoriamente a proteção judicial dos novos direitos.

A habilitação de sujeitos individuais ou coletivos para agir em juízo na proteção dos *direitos biodifusos*, impede pela sua especial qualidade, que possa ser reconhecido como exigência para atuação, um interesse que seja próprio, como afirmado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, e em *Lujan*, revisto posteriormente em *Laidlaw*, no caso norte-americano.

Isso porque, se como considera a teoria processual clássica (que é inclusive utilizada pelo acórdão do STF), esse interesse (interesse na medida judicial) não é o mesmo interesse materialmente protegido —expresso neste trabalho, na forma da proteção da condição jurídica das futuras gerações, e da natureza — menos consistência ainda tem a tendência de não se reconhecer interesse processual às associações ou sujeitos, na defesa de bens ou interesses que não podem ser atribuídos particularmente a qualquer titular, por serem de usufruto comunitário.

Falar-se em interesse próprio em termos processuais, importa afirmar uma análise ainda vinculada a um prejuízo ambiental que tenha que ser sofrido pelo pontencial interessado, perspectiva que não se coaduna com a dimensão precaucional que deve informar a tutela judicial do ambiente, onde o dano não é mais o elemento central de sua definição, e

portanto, não pode ser utilizado como critério adequado para servir à definição e identificação do interesse na proteção judicial dessas novas espécies de direitos e interesses.

O interesse na proteção do bem ambiental e sobretudo, na proteção da vida, compreendida em sua dimensão intergeracional e integral (humana e natural), é comunitário e diz respeito a cada um de nós, na precisa dicção do *caput* do art. 225, da CRB. Esse interesse, portanto, não é próprio e pessoal, exatamente porque é constitucionalmente proibida sua apropriação. Se de fato é possível conceber-se outra espécie autônoma de interesse — o da proteção judicial dessas qualidades materiais (que seria sua consideração processual) — e se de fato é desvinculado de quaisquer considerações materiais, não há razão para não se reconhecer que também detém interesse processual na medida, todo sujeito ou associação que venha atuar na defesa daquela nova espécie de interesses, desde que sua amplitude subjetiva (legitimação para agir), seja *racionalmente controlada* ou restrita, utilizando-se, por exemplo, de critérios como o de *vizinho ambiental*, onde é vizinho, toda *vítima ambiental* (concreta ou apenas minimamente provável), e todo aquele que é *vítima ambiental*, é *interessado* direto na defesa judicial do ambiente<sup>88</sup>.

### 3.2.3. O Direito Penal do Ambiente: o Ambiente Injustiçado

Percebe-se, principalmente no espaço ocupado pelo Direito penal ambiental na atividade dos tribunais, uma profunda carência de qualquer espécie de *fidelidade hermenêutica* com os objetivos constitucionais que definem o conteúdo, e o alcance da proteção ambiental que seja adequada ao *Estado democrático de direito*, que exige uma modificação do *compromisso cognitivo* na aplicação dos princípios jurídicos ambientais, passando a se exigir mais do que subsunções, *ponderações ecologicamente bem informadas*.

Nesse sentido é que pode considerar hoje o Direito penal do ambiente um dos principais espaços onde são reproduzidas as rupturas com esse compromisso, os *défices de ponderação*, consistentes especialmente em soluções jurídicas decisórias, que desconsideram as necessidades ecológicas (bastante comuns em casos relativos à exigência de proteção de

---

<sup>88</sup> A idéia de *vizinho ambiental* é aqui desenvolvida a partir da noção de *espacialidade alargada*, referida pelo professor Canotilho quando caracteriza a qualidade espacial dos conflitos ambientais. A idéia de *vizinho ambiental* prioriza a perspectiva da *vítima ambiental*, de modo que vizinho e conseqüentemente, interessado na proteção do ambiente, é todo aquele que tenha sido atingido (dano) ou tenha grande probabilidade de vir a ter ameaçada sua segurança ambiental (risco). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, vol. 128, n. 3.858, p. 268, 1995). A expressão *vizinho ambiental* também foi referenciada por Canotilho em trabalho anterior. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais*. p. 53).

espécies e da biodiversidade), e que intencionam definir pretensas pautas e *standards* para ordenar e hierarquizar a proteção dos objetivos vinculados à realização do *Estado democrático de direito*.

Esses *standards* ou pautas são organizados geralmente, tomando-se como referência o desenvolvimento e identificação do bem jurídico protegido na relação, que servem como ponto-de-partida para realizar a decisiva seleção de *qual é o bem jurídico digno de proteção* nas situações de colisão, onde geralmente, como se observará, é bastante provável que não seja o ambiente aquele que a merecerá<sup>89</sup>.

Prefere-se a utilização de critérios originários do senso comum ou externos à situação de tensão hermenêutica, ou ainda, estabelecer o gravíssimo equívoco metódico, da imposição de uma relação de precedência absoluta, sempre que estiver em jogo o ambiente a proteção de direitos fundamentais de conteúdo civil.

Não bastasse já a gravidade das deficiências denunciadas, acresce-se a esse conjunto, o quadro de especial conflituosidade de interesses envolvidos, que não permitem que seja utilizada a sofisticada regra publicística da prevalência do interesse público sobre o individual, uma vez que não se trata autenticamente de interesse público.

Os interesses ambientais são essencialmente interesses vinculados à coletividade e à sociedade, logo, encontrando seu *locus* de formação embrionária em instância absolutamente desvinculada do espaço estatal e de relações marcadas pelo conflito entre autoridade e liberdade. São interesses eminentemente sociais, que não são subjetivamente públicos, ou seja, que interessem ao Estado, mas sim, de todos, justificando a difusividade de sua natureza.

Esse é, portanto o quadro da relação paradigmática que caracteriza os conflitos difusos nos limites do Direito penal do ambiente. Relaciona o interesse individual e o interesse de todos; os direitos fundamentais — cujo conteúdo freqüente implica a proteção da liberdade — e os direitos de todos ao usufruto do ambiente, e de outro lado, a proteção da própria condição autônoma do ambiente, que exige proteção *per se*, independente de qualquer vínculo de referência com o elemento humano.

---

<sup>89</sup> Essas experiências relacionadas à avaliação das necessidades de proteção de espécies da fauna e da biodiversidade, notadamente quando ameaçadas de extinção, respondem freqüentemente pela matéria a ser objeto de trágicas opções que devem ser realizadas perante outros interesses não-ambientais. A experiência mais famosa, sem dúvida, é aquela descrita por Dworkin, em relação à aplicação da Lei das Espécies Ameaçadas para a proteção do aparentemente indiferente ecológico, *snail darter*, que pode ser conferida em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 381-424. Outros exemplos interessantes, oriundos das cortes australianas e referentes à proteção do *yellow-bellied blider* e de determinada espécie de sapo gigante, desconhecidas até então, podem ser conferidos em: DOUMA, Wybe Th. The precautionary principle. *Iceland Legal Journal*, Úlfjótur, vol. 49, ns. 3/4, p. 417-30, 1996. Disponível em: <http://www.eel.nl/index5.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2002.

Deve ser ressaltado também, que esses interesses difusos situados no outro pólo do conflito, não dizem respeito apenas às gerações atuais, mas são protegidos também no interesse das futuras gerações, que devem pelo princípio da conservação de opções, manter a integralidade da diversidade de opções e a integridade dos processos de decisão sobre o ambiente.

Diante desse quadro, poder-se-ia cogitar a possibilidade, a princípio, de aceitar como correta uma metódica das relações de precedência absoluta do ambiente, ou da precedência relativa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, deferindo-se às cortes, neste caso, o poder de realizar *integralmente* o juízo de decisão sobre o prejuízo a um bem que interessa também a titulares não atuais? Não parece que qualquer uma das alternativas esteja correta.

A forma como hoje são justificados os juízos de ponderação na metódica de decisão no âmbito do direito penal ambiental — a partir do princípio da insignificância — depende de certa forma, diretamente dessas posturas, e parece estar seriamente equivocada.

Para o fim de demonstrar a defeituosa metódica utilizada pelos tribunais, aponta-se a tendência do julgador em se posicionar de duas formas distintas.

Pela primeira, ele se apresenta no processo decisional, utilizando como *cerne da argumentação*, a *irreparabilidade* do dano ambiental e uma pretensa *intocabilidade* do ambiente, para justificar uma intervenção judiciária que se apresenta na forma de medidas repressivas de acentuada severidade, excessivamente restritivas e desproporcionais aos objetivos pretendidos pela norma ambiental.

Assim, localizando o bem ambiental em posição de hierarquia e *precedência absoluta* em face dos outros bens e valores envolvidos no conflito, investe-se de poderes que parecem fundamentar muito mais o comportamento de uma espécie de *justiceiro*, que se utiliza do Direito penal ambiental, para a atuação do discurso jurídico que teria um poder mítico de *vingar o ambiente degradado*, que é *trocado com o Estado*, pela *possibilidade da imposição de severas medidas repressivas*.

Podem-se vislumbrar os traços desse comportamento através da análise dos seguintes arestos:

DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA. LEI-5197.67, ART-1 E ART-27, PAR-1, SURSIS ESPECIAL. 1. É TÍPICA A CONDUTA DE APANHA DE SETE OVOS DE EMA E O ABATE DE UM TATU PELUDO. TRATA-SE DE CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. A CONDUTA DESCRITA NÃO É ALGO INSIGNIFICANTE E PRÓPRIO DA COMUNIDADE INTERIORANA, DE MODO AO DIREITO PENAL MANTER-SE ALHEIO. AO CONTRÁRIO, CONSTITUI DANO AO MEIO AMBIENTE. 2. É CABÍVEL

O SURSIS ESPECIAL QUANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART-59 DO CP., SE MOSTRAM FAVORÁVEIS AO RÉU, A TEOR DO ART-78, PAR-2, DO CP.<sup>90</sup>

A mais recente demonstração dessa espécie de discurso, utilizada pelos tribunais na proteção do ambiente, pode ser observada no espantoso caso submetido ao Superior Tribunal de Justiça, reproduzido nos autos do Conflito de competência n. 20312/MG<sup>91</sup>.

O acórdão foi assim sintetizado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. A apanha de apenas quatro minhocuçus não desloca a competência para a Justiça Federal, pois não constitui crime contra a fauna previsto na Lei nº 5.197/67, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado. 02. Conflito conhecido. Declarada a competência da Justiça Estadual para o julgamento dos demais delitos. Concedido, porém, *habeas corpus* de ofício trancando, em face do princípio da insignificância, a ação penal referente ao crime previsto na Lei nº 5.197/67, exclusivamente.<sup>92</sup>

Na ocasião, controvertia-se a ofensividade do comportamento dos réus, que foram presos, invadindo propriedade rural no município de Paraopeba/MG, para apanhar quatro minhocuçus que seriam utilizados em uma pescaria. Teriam, no entendimento do juízo de direito, praticado um crime contra a fauna, deslocando a competência para o juízo federal. Essa posição foi afastada pelo juízo federal, entendendo ser o fato insignificante.

Para a solução da controvérsia, corretamente optou o Ministro Fernando Gonçalves, pela utilização de metódica que avaliaria se a lesão ao bem jurídico tutelado (fauna), seria significativa a ponto de atrair a tipicidade à conduta.

Dessa forma, entendeu o relator que: “No caso, o ato dos réus em apanhar quatro minhocuçus não tem relevância jurídica. Incide aqui o princípio da insignificância, porque a conduta dos acusados não tem poder lesivo suficiente para atingir o bem jurídico tutelado pela Lei n. 5.197/67.”<sup>93</sup>

<sup>90</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR n. 449850/94 - RS. Relator: Juiz Carlos Sobrinho. Publicado no Diário de Justiça da União de 13 de março de 1996. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2001.

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – Penal - Princípio da insignificância - Crime contra a fauna - Lei nº 5.179/67. REsp. n. 182.847 – RS. Ministério Público Federal *versus* Valdomiro Gomes de Lima. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Acórdão de 9 de março de 1999. Publicado no Diário de Justiça da União de 05 de abril de 1999. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 de maio de 2000.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Idem.

Entretanto, parece ser inadequado o *tópos* utilizado como elemento de justificação, revelado quando afirmou que: “A pena porventura aplicada seria mais gravosa do que o dano provocado pelo ato delituoso.”<sup>94</sup>

A consideração jurídica do princípio da insignificância — que foi considerado nesse caso específico — insere-se decisivamente no grupo de propostas originárias do moderno desenvolvimento do direito penal, vinculas essencialmente a uma premissa de criminalização restritiva a partir da proteção conferida à efetiva lesão de novos bens jurídicos, cujo significado de fundamentalidade é definido constitucionalmente<sup>95</sup>.

Essa tendência de afirmação de um Direito penal baseado em um *princípio da proteção dos bens jurídicos*<sup>96</sup>, conquanto não possa ser considerada recente, teve sua importância recuperada e enfatizada na atualidade, como discurso de legitimação de um modelo de Direito Penal que fosse adequado ao *Estado democrático de direito*.

Nesse sentido, destaca-se como sua principal característica, a importância atribuída à seleção/escolha do conteúdo fundamental a ser protegido e qualificado como relevante para o objetivo de proteção penal, que agora é definida em estreita proximidade com um pretense catálogo hierárquico de valores fundamentais constitucionais (sentido positivo), e de limites impostos pelos direitos fundamentais (sentido negativo)<sup>97</sup>, de modo que assume dessa maneira, um sentido de *fragmentariedade*, na medida em que os bens selecionados são exclusivamente aqueles reputados necessários à sociedade<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – Penal - Princípio da insignificância - Crime contra a fauna - Lei nº 5.179/67. REsp. n. 182.847 – RS. Ministério Público Federal *versus* Valdomiro Gomes de Lima. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Acórdão de 9 de março de 1999. Publicado no Diário de Justiça da União de 05 de abril de 1999. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 de maio de 2000.

<sup>95</sup> HASSEMER, Winfried. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*. p. 258; PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 75-92; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 50-93, p. 73-76; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 70-72, p. 80-83; TAVARES, Juez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 176-183. Denunciando a desigualdade e a seletividade dessa proposta de proteção de bens jurídicos, recomenda-se conferir: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 220.

<sup>96</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. p. 6-7.

<sup>97</sup> PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. p. 63-93; QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Lineamentos para um direito penal mínimo. p. 72.

<sup>98</sup> MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. p. 39; ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 46-47.

A conseqüência fundamental da opção de justificação do direito penal através desse fundamento de seleção é o reconhecimento de que: “O Direito penal só pode intervir quando resulte absolutamente necessário para proteger os cidadãos.”<sup>99</sup>

Mas a principal conseqüência dessa específica forma de compreensão da função do moderno Direito Penal expressa-se mais contundentemente através de um *princípio da lesividade*, que exige como pressuposto de criminalização e consideração penal, que aqueles comportamentos dirigidos aos bens jurídicos definidos constitucionalmente como relevantes, tenham efetivamente produzido *danos*, ou que os tenha colocado em perigo de *dano*, pressupondo, portanto, lesão a bem jurídico, e afastando necessariamente a consideração de violação abstrata a deveres jurídicos como pressuposto para a intervenção penal<sup>100</sup>.

Tomando como condição de justificação, esse conjunto de atributos, Roxin então argumenta ser necessário regular o campo de incidência da intervenção penal — adstrito ao seu caráter fragmentário (necessidade) — a partir de princípios, onde então, identifica o princípio da insignificância, para não reconhecer a tipicidade de lesões de bagatela, e de pequeno potencial ofensivo<sup>101</sup>.

A principal dificuldade desse modelo de justificação do direito penal é revelada com clareza, no domínio da proteção jurídica do ambiente, pela impertinência e inadequação de um modelo de regulação que depende do referencial dogmático do dano como pressuposto para sua legitimação<sup>102</sup>.

Reconhecendo as limitações desse padrão de regulação que se justifica a partir dos danos, e que orienta a legitimação do modelo clássico de direito penal, Hassemer chega mesmo a afirmar que “[...] o direito penal não serve para resolver os problemas típicos da tutela ambiental.”<sup>103</sup>

Na situação descrita no específico caso em apreciação, o princípio da insignificância foi utilizado exatamente a partir das referências de justificação ideológica desse modelo de Direito penal de intervenção restritiva e subsidiária, para fundamentar como desnecessária a

---

<sup>99</sup> Consta do original espanhol: “El Derecho penal sólo puede intervenir cuando resulte absolutamente *necesario* para proteger a los ciudadanos.” (MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoría del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. p. 37).

<sup>100</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Lineamentos para um direito penal mínimo. p. 112.

<sup>101</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. p. 47.

<sup>102</sup> Hassemer chega a afirmar que mesmo se o Direito penal começasse a se utilizar de técnicas e instrumentos orientados à prevenção, os resultados continuariam sofríveis no domínio da proteção jurídico-penal. (HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 22, São Paulo: RT, p. 30-31, 1996).

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 31.

intervenção penal naquelas circunstâncias, justificada pela insignificância da lesão (dano) *efetivamente* dirigida ao meio ambiente.

Nota-se que outros valores foram reputados *preferencialmente* relevantes para a afirmação de proteção jurídica — como por exemplo, a dignidade da vida humana — e a ausência de efetiva lesão também foi considerada para justificar a intervenção penal, já que o dano (lesão), é nessa perspectiva, o único pressuposto capaz de legitimar sua intervenção.

Ocorre que essa espécie de ponderação — que parece vincular a proteção jurídica do ambiente, *necessariamente*, ao juízo de referibilidade com a proteção da integridade da pessoa humana como padrão genérico de fundamentação — ignora, ou ao menos, diminui a intensidade da autonomia jurídica do ambiente.

A consideração jurídica do ambiente pelo Direito penal deve ser realizada de forma autônoma, o que importa a desvinculação da relação de identidade que se estabelece entre a lesão e um sentido utilitário/econômico, que se utiliza de referenciais cognitivos antropocêntricos (humanos), para definir o que seja a lesão, que passa assim, a ser equivocadamente considerada como o dano, que é uma noção que depende, a princípio, da idéia de patrimônio e de valor<sup>104</sup>.

E mesmo que referencias antropocêntricos fossem considerados, verifica-se que no caso concreto, tende-se com esses argumentos — se reproduzidos de forma genérica e indistinta para todos as situações — usurpar na atividade de ponderação, a proteção dos interesses de seus legítimos e potenciais interessados, restringindo o alcance conferido pela norma constitucional à proteção do bem ambiental, que deve ser desenvolvida, na dicção constitucional, não apenas no interesse de satisfação das pretensões e necessidades atuais das presentes gerações, mas sobretudo, destas e das *futuras gerações*.

O juízo de ponderação que recai sobre o bem ambiental, não pode se utilizar *exclusivamente* de critérios que possuem como referência, os valores, necessidades e juízos vinculados a interesses atuais, pois dessa forma, prejudicam o próprio desenvolvimento de um conceito autônomo de ambiente, que é *beneficiário* de proteção *per se*.

Esse conceito pressupõe, necessariamente, a vinculação a uma *teoria da equidade intergeracional*, que aproxima as futuras gerações de todos os processos de decisão e intervenção sobre o ambiente. Esse é um dos objetivos da proteção ambiental, na forma da norma constitucional, e é na aplicação defeituosa do princípio da insignificância, que pode ser

---

<sup>104</sup> Mesmo a noção de risco como fundamento de ações de reparação, como se denunciou no segundo capítulo (por ocasião da análise dos princípios da *prevenção* e *precaução*), nasceu no Direito privado, vinculada à intensa patrimonialidade de seu sentido, e à idéia de comprometimento econômico. Cf. nesse sentido: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. p. 323.

identificada grande parte dos comportamentos judiciais que desconsideram tais interesses nos processos de ponderação de bens, ou que restringem a compreensão da autonomia do bem ambiental.

Assim como no primeiro comportamento, aqui também é reconhecida a autonomia da proteção do ambiente, que goza de um *status* particular, mas sua proteção judicial leva em consideração apenas opções e critérios adstritos a juízos próprios e adequados somente às presentes gerações, geralmente se utilizando do *tópos* do número de espécimes mortos ou abatidos, para valorar se efetivamente houve ou não, lesão considerável ao ambiente.

A afirmação da inadequação dogmática do princípio da insignificância como padrão (*standard*) de ponderação para a justificação dos problemas típicos do Direito ambiental — que devem considerar objetivos de precaução e de consideração autônoma da natureza e de interesses futuros e submetidos a aspectos de risco — não importa no entanto, considerar como adequado o excesso da outra alternativa, que importaria a criminalização irrestrita dos riscos em um modelo desfuncional a que se refere Jakobs como um *Direito penal de inimigos*<sup>105</sup>.

A inadequação da alternativa dos excessos de modelos de intensa criminalização dos riscos, já foi denunciada no segundo capítulo, e é incisivamente criticada por Hassemer, especificamente em relação à proteção jurídica do ambiente, como retrato do que chama de um *direito penal simbólico*<sup>106</sup> que não consegue produzir os resultados esperados, ou seja, a eficácia da proteção jurídica.

Como observa Hassemer: “[...] quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente.”<sup>107</sup>

Na aplicação do princípio da insignificância, utiliza-se com frequência de *topoi* externos à valoração do ambiente, fazendo referência, a imagens *standartizadas* da pessoa humana, como: homem analfabeto, de pouca instrução, e condições, em geral, de hipossuficiência da pessoa humana, que pretensamente impediriam que o ambiente fosse mais lesado do que este seria na hipótese de aplicação da pena, circunstâncias que demonstram que

<sup>105</sup> JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. p. 30-34.

<sup>106</sup> HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. p. 33.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 28.

a noção de prejuízo que justifica a aplicação do princípio da insignificância, continua a se orientar através de referenciais restritivamente humanos.

Não se pretende com esses argumentos atacar as possibilidades de aplicação do princípio da insignificância, que constitui, de fato, importante princípio de controle da proporcionalidade e razoabilidade da atividade judicial no espaço do Direito penal do ambiente. No entanto, procurou-se evidenciar e contextualizar tais condições de aplicação, denunciando a insuficiência e inadequação da metódica de que se utiliza, que continua a reproduzir uma postura ainda *limitada* de compreensão da autonomia do bem ambiental, restringindo os critérios de ponderação tão somente aos interesses atuais das presentes gerações, quando a proteção daquele impõe a necessidade de comunicação intergeracional como pressuposto para a tomada de decisões.

O desenvolvimento atual do princípio da insignificância parece privilegiar a *proteção incondicionada*, mediante o uso de *standards* ou pautas ordenadoras dos processo de decisão, onde sempre que se revelarem situações de colisão, sabe-se mediante a definição *antecipada* da ordem de valores ou da enumeração dos valores que devem ser protegidos, que este ou aquele bem deverá prevalecer. Com a aplicação do princípio através de uma *relação de precedência incondicionada*, tende-se ao estabelecimento de um *escalamento hierárquico* (e inflexível) de valores, que exclui *prima facie* do âmbito da norma (ou diminui a intensidade normativa), os objetivos de proteção especializada do bem ambiental, enquanto portador de qualidade de proteção diferenciada, aspecto que se coloca em evidente colisão com os objetivos de realização do *Estado democrático de direito ambiental*.

A compreensão do *Direito penal do ambiente nas sociedades de risco*, passa pelo reconhecimento de que se faz necessário o desenvolvimento de *soluções situativas*, que considerem complexos juízos de ponderação ecológica, e que levem, sobretudo, a repensar as bases de justificação do princípio da insignificância. Mais do que isso, a contextualização da proteção jurídico-penal do ambiente nesses espaços de complexidade, coloca sérias e decisivas dificuldades para a manutenção da estrutura clássica da função de proteção de bens jurídicos, na medida em que a exigência de ponderações ecológicas abre a oportunidade para a reorganização do próprio processo onde se realizam as *escolhas jurídicas fundamentais*.

Como já foi salientado no segundo capítulo, não se quer dizer que diante dos riscos a sociedade deve aceitar serenamente a idéia da legitimidade do estabelecimento de medidas e graus de violações a direitos fundamentais. O risco não se coloca como limite de direitos ou necessidades, mas como atributo a ser considerado desde o início do processo das escolhas reputadas fundamentais, escolhas que são sempre comunitárias, porque, como dito no

segundo capítulo, os riscos derivam necessariamente de opções humanas voluntárias, circunstância que dificilmente os coloca, portanto, como problemas de interesse meramente individual.

O que precisa ser reconhecido é que os novos problemas dogmáticos que são denunciados pelo Direito penal funcional (como o crescente e progressivo anonimato dos contatos sociais e principalmente, o de uma crescente consciência dos riscos<sup>108</sup>), colocam o risco, não como um sacrifício a ser suportado inexoravelmente, mas como verdadeira referência cognitiva para todos os processos de regulação jurídica.

### 3.2.4. O Ambiente Injustiçado: a Crueldade no Discurso dos Tribunais

Com o objetivo de revelar a profundidade das dificuldades que os tribunais ainda encontram para reconhecer o ambiente e sua proteção enquanto valores jurídicos autônomos e que possuem proteção atribuída *per se*, sem qualquer vínculo de referibilidade, optou-se pela escolha da temática da proteção da fauna, que se mostrou funcionalmente satisfatória e bastante representativa, face ao objetivo pretendido.

Foram escolhidos três casos paradigmáticos que evidenciam debates em torno de leituras diferenciadas sobre a própria estruturação de um conceito jurídico adequado de ambiente, revelando disparidades que permitiram organizar e sintetizar uma completa e integral representação dos equívocos, dificuldades e incompreensões que atingem o espaço dos tribunais.

O primeiro deles é o que parece mais espantoso, por apresentar pontos reveladores de profunda indiferença, e acentuada defeituosidade na leitura pretoriana sobre o conteúdo jurídico da proteção do ambiente, no texto republicano de 1988.

Trata-se de acórdão originário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso<sup>109</sup>, que bem representará a função de ponto de partida para o desenvolvimento do problema, mediante o confronto com duas decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. p. 10.

<sup>109</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Vara especializada – Meio ambiente – Galos combatentes. Mandado de segurança coletivo – Classe II – 10 – n. 7 – Capital. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Juiz de direito do juizado volante ambiental e da vara especializada do meio ambiente. Relator: Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho. Acórdão de 02 de outubro de 1997. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br>. Acesso em: 16 de abril de 2000.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional – Meio ambiente – Animais: proteção – Crueldade – “Brigas de galos”. ADIn n. 1.856-6 – RJ. Procurador-geral da República *versus* Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão de 3 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de setembro de 2000. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001; BRASIL. Supremo Tribunal

A ementa do acórdão, assim sintetiza o problema, tal qual compreendido pela Corte de Justiça: “VARA ESPECIALIZADA – MEIO AMBIENTE – GALOS COMBATENTES. Os galos combatentes, não pertencem à fauna brasileira e a sua criação não está subordinada às leis protetoras. Em nossa legislação não existe qualquer norma que proíba os espetáculos de brigas de galo.”<sup>111</sup>

Examinando o teor da ementa, já pode ser evidenciada a defeituosa metódica eleita pelo julgador, que optou por selecionar um *topos* de argumentação, que limita o alcance da proteção constitucional conferida à fauna, pelo art. 225, § 1º, inc. VII, da CRB, revelando ainda, uma limitada visão do conteúdo a proteção conferida pelo constituinte aos elementos do ambiente.

Assim se pronunciou o eminente desembargador durante o desenvolvimento de sua argumentação:

Como dito no relatório, a impetrante é uma sociedade devidamente registrada nos órgãos competentes e autorizada a funcionar. Em circunstância tal, seria absurdo impedir a realização de um evento próprio de sua atividade estatutária, sob o fundamento de defesa dos animais.

Se é que a atividade devesse ser proibida, não se poderia admitir nem o registro e nem o alvará de funcionamento. Concedido que foram tais autorizações, somente com o devido processo poderia ser obstada a realização do evento.

Como demonstram os autos, tratava-se de um encontro a nível nacional, com a presença de criadores de várias partes do Território Nacional, com um grande número de despesas, de molde a não justificar uma proibição de última hora, por melhores que fossem as intenções.<sup>112</sup>

O desembargador relator prosseguiu nos seguintes termos:

Em um primeiro momento, vejo que a criação das aves combatentes, não está sob a proteção de nossa legislação, pela simples razão de que tais aves não pertencem à nossa fauna silvestre ou doméstica.

[...] Vale dizer, em nossa legislação não existe proibição da realização de competições dessa natureza e, se não existe, atento a regra de que em nosso ordenamento ninguém é obrigado a

---

Federal. Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna – Animais – Crueldade. RE n. 153.531-8 – SC. APANDE – Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros *versus* Estado de Santa Catarina. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 3 de junho de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 13 de março de 1998. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>111</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Vara especializada – Meio ambiente – Galos combatentes. Mandado de segurança coletivo – Classe II – 10 – n. 7 – Capital. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Juiz de direito do juizado volante ambiental e da vara especializada do meio ambiente. Relator: Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho. Acórdão de 02 de outubro de 1997. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br>. Acesso em: 16 de abril de 2000.

<sup>112</sup> Idem.

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei (artigo 5º, nº II, da Constituição Federal), não há como impedir a realização da atividade estatutária da impetrante.<sup>113</sup>

Nesse conjunto salta aos olhos a gravidade da incorreção metódica pela qual trilhou o desembargador relator, tensionando o objetivo da proteção dos animais com a proteção da atividade econômica, com o agravante, de que esta nem mesmo se revestia de licitude, ainda que o ilustre membro do Tribunal de Justiça, considerasse para tal finalidade, a emissão do registro da associação e o deferimento de alvará de autorização para seu funcionamento, *pretendendo atribuir efeitos de preclusão absoluta ao ato de autorização ilícito!*

Dessa forma, o equívoco metódico é duplo, uma vez que estabeleceu relação de precedência onde não se considerou na ponderação o valor autônomo da proteção do ambiente — erro de configuração do valor posicionado na situação de colisão — ao mesmo tempo em que situou na posição de precedência, valor cujos fundamentos de proteção foram defeituosamente elaborados, não se mostrando aptos à metódica de colisão.

É conveniente ressaltar que chegou mesmo, ao ponto de reconhecer sub-repticiamente, a insignificância e o desvalor jurídico da pretensão de defesa dos animais, comportamento que revela o mais grave defeito na pré-compreensão do significado jurídico do ambiente, examinado por ocasião do princípio da insignificância, que importa o não reconhecimento da autonomia da proteção do ambiente em todas as suas dimensões, seja o macrobem ambiental, ou o microbem ambiental, optando como razão de justificação de sua proteção, a necessidade de se referir aos interesses da pessoa humana.

Salta aos olhos o potencial de agressividade da decisão, diretamente colidente com o sistema constitucional pátrio, que foi confirmada da mesma forma pelo Ministério Público em primeiro grau, e reproduzida na argumentação do Procurador de Justiça que funcionou naqueles autos, que assim se expressou em parecer que evidencia obtusa leitura do comando constitucional insculpido na norma do art. 225, § 1º, inc. VII, do texto republicano fundamental brasileiro:

[...] Embora, em princípio, não veja com bons olhos o maltrato dos animais e daí gerando a convicção de improcedência do pedido, verifico que a impetrante – Sociedade Avícola Nova Geração, está registrada com a finalidade de criação e exibição dos chamados “galos de

---

<sup>113</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Vara especializada – Meio ambiente – Galos combatentes. Mandado de segurança coletivo – Classe II – 10 – n. 7 – Capital. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Juiz de direito do juizado volante ambiental e da vara especializada do meio ambiente. Relator: Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho. Acórdão de 02 de outubro de 1997. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br>. Acesso em: 16 de abril de 2000.

briga”.

Dessa maneira, não me parece, de plano, que a impetrante esteja a pretender realizar um evento proibido por lei, mesmo porque as aves exóticas não compõem a fauna brasileira e não estariam, a um primeiro exame, incluídas na proteção que a lei outorga aos animais nacionais. Sendo a firma registrada com a finalidade específica de executar o chamado galismo, não pode ela, *ex abrupto*, ser impedida de realizar evento próprio de sua finalidade.<sup>114</sup>

Mais uma vez, foi reconhecido, agora pelo membro do *parquet*, o efeito de preclusão e justificação absoluta do ato de autorização.

Assim, espantosamente continuou a verberar o representante do órgão ministerial em segundo grau de jurisdição: “Mais especificamente, não existe, no âmbito da legislação ambiental, nenhuma restrição à prática da briga de galos, porque tais animais não pertencem à fauna brasileira, o que retira da esfera de competência da autoridade impetrada qualquer decisão sobre a liberação do evento pretendido pela impetrante.”<sup>115</sup>

É de se ressaltar que — consoante consta da certidão de julgamento do referido mandado de segurança coletivo — o pronunciamento do desembargador relator foi acompanhado sem dissonância de qualquer espécie, de iniciativa de seus pares, computando a posição de todos os dez julgadores votantes, presentes naquela ocasião.

Diante da segurança exibida pelo acórdão na compreensão do objeto de proteção constitucional em matéria do ambiente, é curioso que o Supremo Tribunal Federal, avaliando o conteúdo da mesma cláusula, chegasse, felizmente, a resultado diferenciado, como pode ser conferido inicialmente no Recurso extraordinário n. 153.531-8/SC, e posteriormente na Ação direta de inconstitucionalidade n.1.856-6/RJ, sendo que, nesta última, enfrentou-se questão exatamente igual àquela submetida à corte estadual.

Comecemos pela análise do Recurso extraordinário, originário do Estado de Santa Catarina, que assim restou ementado:

“COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os

<sup>114</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Vara especializada – Meio ambiente – Galos combatentes. Mandado de segurança coletivo – Classe II – 10 – n. 7 – Capital. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Juiz de direito do juizado volante ambiental e da vara especializada do meio ambiente. Relator: Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho. Acórdão de 02 de outubro de 1997. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br>. Acesso em: 16 de abril de 2000. (Cf. fl. 54 dos autos).

<sup>115</sup> Idem. (Cf. fl. 66-69 dos autos)

animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi.’”<sup>116</sup>

Na ocasião, considerou o Ministro Maurício Corrêa que:

[...] a manifestação popular dissentida pelos autores é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215 e § 1º da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF).

[...] Desta forma, como costume cultural, não há como coibir a denominada ‘Farra do Boi’, por ser uma legítima manifestação popular, oriunda dos povos formadores daquela comunidade catarinense. Os excessos, esses sim, devem ser reprimidos, para que não se submetam o animal a tratamento cruel. Mas essa é outra história.<sup>117</sup>

A par do voto do Ministro Maurício Corrêa, deve ser destacado que a ação civil pública ajuizada por APANDE – Associação Amigos de Petrópolis Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia, LDZ – Liga de Defesa dos Animais e APA – Associação Protetora dos Animais —, teve como primeira decisão, do juízo monocrático em Santa Catarina, o espantoso reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido!

Diversamente, entendeu o Ministro Marco Aurélio, entendendo que “[...] a prática chegou a um ponto de atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República.”<sup>118</sup>

No mesmo sentido, demonstrando profunda sensibilidade, bem caracterizou o problema enfrentado nos autos, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek:

As duas tentações que podem rondar o julgador e que devem ser repelidas para um correto exame da controvérsia são, primeiro, a consideração metajurídica das prioridades: por quê, num país de dramas sociais tão pungentes, há pessoas preocupando-se com a integridade física ou com a sensibilidade dos animais? Esse argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. A ninguém é dado o direito de estatuir para outrem qual será sua linha de ação, qual será dentro da Constituição da República, o dispositivo que, parecendo-lhe ultrajado, deva merecer seu interesse em busca de justiça. De resto, com a

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna – Animais – Crueldade. RE n. 153.531-8 – SC. APANDE – Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros *versus* Estado de Santa Catarina. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 3 de junho de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 13 de março de 1998. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>117</sup> Idem.

<sup>118</sup> Idem.

negligência no que se refere à sensibilidade de animais anda-se meio caminho até a indiferença e quanto se faça a seres humanos. Essas duas formas de desídia são irmãs e quase sempre se reúnem, escalonadamente. Não nos é dado o direito de tentar ridicularizar o pedido, de amesquinhá-lo com esse gênero de argumento, sobretudo porque os sofrimentos que ainda hoje, para nosso pesar, em nossa sociedade se infringem a seres humanos, não são assumidos como institucionais: constituem algo de que todos se envergonham e em que muitos casos a lei qualifica como crime.<sup>119</sup>

Concluindo por reconhecer a crueldade da prática tradicional no Estado de Santa Catarina, assim decidiu o Ministro: “Não posso ver como juridicamente correta a idéia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultura com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso.”<sup>120</sup>

Verifica-se que a compreensão integral do problema, atinge diretamente o próprio problema do reconhecimento do *valor autônomo do ambiente* e o da *autonomia da proteção do ambiente*.

Note-se que o problema a que brilhantemente fez referência o Ministro Francisco Rezek, também pode ser identificado com clareza nas leituras defeituosas que antecedem o processo de aplicação do princípio da insignificância, neste caso, subtraindo integralmente a dimensão autônoma da proteção do ambiente, em benefício da ponderação exclusiva dos interesses da pessoa humana, e complementada pela restrição destes, às presentes gerações.

O contraste mais evidente, no entanto, como antecipado, é produzido diante da apreciação do teor do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.856-6/RJ, recentemente divulgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. "BRIGA DE GALOS". I. - A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes", autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F., art. 225, § 1º, VII. II. - Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna – Animais – Crueldade. RE n. 153.531-8 – SC. APANDE – Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros *versus* Estado de Santa Catarina. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 3 de junho de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 13 de março de 1998. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>120</sup> Idem.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional – Meio ambiente – Animais: proteção – Crueldade – “Brigas de galos”. ADIn n. 1.856-6 – RJ. Procurador-geral da República *versus* Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão de 3 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de setembro de 2000. Supremo Tribunal

Como bem observou o Ministro Carlos Velloso:

As ‘brigas de galos’ constituem, na verdade, forma de tratar com crueldade esses animais. O Decreto nº 24.645, de 10.07.34, que estabeleceu medidas de proteção aos animais deixou expresso em seu art. 3º, XXIX:

‘Art. 3º. Consideram-se maus-tratos;

XXIX – Realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente.<sup>122</sup>

E terminou por concluir nos seguintes termos: “O que deve ser reconhecido é que a submissão dessas espécies de animais à luta, é forma de tratá-las com crueldade. Na maioria das vezes, as aves vão até a exaustão e à morte.”<sup>123</sup>

A suspensão liminar do dispositivo legislativo impugnado, conquanto deferida em resultado unânime, ainda encontrou espaço para a advertência do Ministro Moreira Alves, acrescentando “[...] a circunstância de que não se pode, apoditicamente, considerar que todos esses casos são de submissão de animal à crueldade proibida pela Constituição.”<sup>124</sup>

Assim apreciadas as dificuldades de implementação do específico objetivo constitucional de proteção da vida animal contra quaisquer formas de crueldade<sup>125</sup> (art. 225, § 1º, inc. VII), é digna de reconhecimento nessa matéria, a posição corajosamente delineada pelo Supremo Tribunal Federal ao estabelecer a correta dicção ecológica do referido dispositivo, impedindo que a *integridade ideológica do texto constitucional* cedesse à *sedutora* opção que insiste em compreender práticas dessa natureza como expressões legítimas de patrimônio cultural específico de algumas comunidades, que dessa maneira, contariam da mesma forma, com a proteção constitucional conferida ao patrimônio cultural, inscrita no art. 216, *caput*, do texto político fundamental.

Como pôde ser observado, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso extraordinário n. 153.531-8/SC, afastou definitivamente a possibilidade de interpretações tópicas fraudatórias da referida *cláusula de interdição da crueldade*, cuja violação importaria diretamente a instauração de processos de *corrupção da unidade* e da

Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional – Meio ambiente – Animais: proteção – Crueldade – “Brigas de galos”. ADIn n. 1.856-6 – RJ. Procurador-geral da República *versus* Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão de 3 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de setembro de 2000. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> A proibição reproduzida pela Constituição representa uma autêntica cláusula de interdição, que irradia mandado de eficácia horizontal, vinculando os comportamentos originários dos poderes públicos, ou agentes privados, no sentido de observem a obrigação de se absterem de iniciativas que se aproximem de práticas cruéis.

*integridade ideológica do texto constitucional* (tópos que orientou o processo de ordenação da decisão), que tem nesse aspecto pontual, um sentido *essencialmente ecológico*. São processos que se revelam na teoria constitucional contemporânea como autênticas *fraudes à Constituição*, e *graves indícios de decomposição da ordem constitucional*.

É de se notar que na oportunidade, pôde ser observado que a cláusula de interdição propugna como conteúdo a pretensão de realização de um *duplo* objetivo, positivo e negativo. Ao mesmo tempo em que proíbe a prática de comportamentos cruéis, também impõe obrigações positivas no sentido de *assegurar a reprodução desse estado de intangibilidade da vida animal* frente a essas práticas, que dessa forma, encontram-se afastadas do *âmbito de proteção* da norma constitucional, reputando-se comportamentos *materialmente inconstitucionais*.

Mesmo diante desse preciso quadro da atual localização do problema perante a ordem constitucional brasileira, e da importante posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, na recuperação do sentido de dignidade ecológica encerrada na cláusula constitucional inscrita no art. 225, § 1º, inc. VII, do texto político, não são raras as ocasiões em que se observam dificuldades dogmáticas e incompreensões metódicas no momento de sua concretização pelos tribunais, onde são observados defeitos e *défices* na organização de seus processos de decisão.

Recorde-se que nas duas ocasiões em que enfrentou a matéria, o Supremo Tribunal Federal determinou com precisão o específico *âmbito normativo da norma constitucional*, que importa afirmar *o correto conteúdo constitucional dos aspectos culturais que efetivamente são protegidos pelo art. 216*, excluindo nesse processo de ordenação metódica, aqueles que não mereceram no texto brasileiro, proteção constitucional exatamente porque não se encontram localizados no âmbito de proteção da norma constitucional.

Por essa razão, ainda que segmentos, grupos ou comunidades contingentes pretendam afirmar sua inclusão em um pretense patrimônio cultural, não são atingidos pelo ângulo de abertura constitucional conferida pelo mesmo art. 216, *caput*, que no particular, restringido precisamente pela *proibição de proteção* de práticas que, ainda que se pretenda referi-las como culturais, não se encontram conformadas pelos atributos de legitimidade constitucional, que gozam como já disse Canotilho, de um *efeito catequizador*<sup>126</sup>, importando

---

<sup>126</sup> Em outro contexto, mas ainda assim funcional à nossa análise, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e “Tempo Ambiental”. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra: Almedina, ano II, n. 4, p. 10, 1999.

a afirmação da *proteção constitucional da cultura*, desde que tais práticas não se mostrem *cruéis à dignidade da vida animal*.

Esses cuidados de ordenação metódica dos objetivos inscritos nas normas constitucionais em referência, seja primeiro pela correta organização do âmbito de proteção da norma, e em seguida, pela determinação e localização do objeto do comportamento nesse círculo de legitimação constitucional, e por último, mediante uma correta organização das situações de colisão de direitos, parecem no entanto — mesmo após a intervenção do Supremo Tribunal Federal — continuar a encontrar dificuldades de implementação na dicção das cortes estaduais. Nestas pode-se verificar como é cada vez mais difícil a correção dos profundos *défices de justiça ambiental*, enfrentados pelo *Estado de direito do ambiente*, e ainda mais difícil a tarefa de consolidação do *Estado democrático de direito ambiental*, confirmando o diagnóstico do professor José Rubens Morato Leite<sup>127</sup>, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Um exemplo claro que evidencia essas dificuldades — e que contribuem ao mesmo tempo para o alargamento dos *défices de justiça ambiental* e para o desenvolvimento de processos de *decomposição e corrupção da ordem constitucional (fraudes à Constituição)* — pode ser encontrado em recente julgamento oriundo, mais uma vez, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que retornando ao exame da conformidade jurídica das brigas de galo, optou por eleger como *tópos* da decisão, o aspecto de que tais práticas seriam culturais, logo, protegidas pela CRB, e, por essa razão, não seriam merecedoras da qualificação de ilegalidade ou mesmo de inconstitucionalidade<sup>128</sup>.

Nessa ocasião, a corte de justiça retornou a reconhecer a legitimidade constitucional e a legalidade de tais práticas, em notável demonstração de indiferença e sobretudo, de desvio na realização dos específicos objetivos ecológicos traçados no texto constitucional brasileiro, uma vez que, no caso, enfrentaram frontalmente a questão que importava a *correta*

---

<sup>127</sup> A situação encontra-se evidente em: LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa*. p. 13-40.

<sup>128</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Recurso de Apelação Cível n. 24.593 – Classe 19 – CAPITAL. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Desembargador Rubens de Oliveira Santos Filho. Acórdão de 08 de outubro de 2001. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**. Publicação oficial pendente. Como partes na pretensão recursal, encontravam-se Sociedade Avícola Nova Geração de Cuiabá (apelante), e o Delegado Titular da Delegacia de Defesa da Natureza (apelado). A pretensão importava a reforma da decisão de origem que negou a concessão da segurança no mandado de segurança, que objetivava a autorização para que a impetrante pudesse promover seus eventos (Campeonato Nacional de Briga de Galo), inclusive sob proteção policial! Esclarece-se que o acórdão nesta data, ainda se encontra pendente de publicação. Também deve ser esclarecido que, ao menos neste caso, o resultado decisório não encontrou unanimidade. Votaram na ocasião, acolhendo a tese de que tal prática poderia estar compreendida na proteção constitucional do patrimônio cultural, e autorizando que fossem promovidos os eventos da apelante, os desembargadores Rubens de Oliveira Santos Filho (relator), e Munir Feguri (vogal), restando vencido o

*compreensão da cláusula constitucional de interdição da crueldade*, mas sem conseguir, no entanto, produzir um *resultado decisório constitucionalmente adequado* a uma ordenação decisória que pudesse ser considerada metodicamente correta, diante de tudo o que já foi exposto.

Reconhecer a legalidade e a constitucionalidade da prática conhecida como brigas ou rinhas de galo, importa como já se afirmou, verdadeira *fraude à Constituição*, procedimento que produz como consequência, graves *fendas e aberturas não autorizadas na integridade e na unidade ideológica do texto constitucional*, que sofre com a reprodução desses desvios inconstitucionais e estados de incorreção metódica, *ameaças de progressiva erosão das condições e possibilidades de realização dos compromissos constitucionais*, notadamente, os ecológicos, uma vez que nesse caso, pode ser diagnosticada a violação simultânea de ao menos de *três espécies* de incorreção metódica:

- a) afirmar-se que por ser prática cultural não se trata de prática ilegal ou inconstitucional importa o reconhecimento de um grave *desvio na determinação do âmbito de proteção da norma constitucional* que tem como objeto de proteção o patrimônio cultural, uma vez que, ao menos no texto constitucional brasileiro, e na experiência constitucional ocidental, a cultura ou qualquer bem, valor, direito ou interesse, não podem gozar de proteção absoluta da ordem jurídico-constitucional, permitindo concluir que nem toda prática cultural é constitucionalmente protegida;
- b) um grave desvio na identificação das práticas que efetivamente estariam sob o alcance do âmbito de proteção da norma constitucional, resultado da incorreção de sua organização prévia, que permitiu a inclusão de determinadas práticas, comportamentos e atividades que deveriam ser, ao contrário, objeto de um *juízo de censura constitucional*;
- c) uma avaliação defeituosa da situação de colisão dos interesses relacionados (ecológicos e culturais), uma vez que foi realizado um juízo de exclusão (identificando-se de forma autônoma a existência de norma que amparava a proteção do patrimônio cultural, que levou à desconsideração de outros elementos envolvidos no conflito), absolutamente incompatível com a necessidade da realização de um juízo de ponderação.

O caso em apreço e a exposição da problemática tópica da compreensão adequada da cláusula constitucional, permitem que as *práticas fraudatórias à Constituição* sejam

consideradas como mais um dos problemas que qualificam as dificuldades de realização do *Estado democrático de direito ambiental*, no interior das *sociedades de risco*.

Entretanto, apesar de nesta temática pontual ter sido possível a identificação de uma solução conciliatória eficiente, produzida mediante compromisso hermenêutico com a realização integral da cláusula constitucional de interdição da crueldade, deve ser enfatizado que nem sempre pode ser atingida, sem tormentosas dificuldades, a correta ordenação das situações de colisão que posicionam a proteção do patrimônio cultural em relação de tensão com outros bens, direitos ou interesses.

Como afirmado, as manifestações culturais, e especialmente a *cultura tradicional* em suas mais diversas espécies, são expressões constitucionalmente protegidas e legitimamente compreendidas no âmbito normativo da cláusula constitucional expressa no art. 216 de nosso texto fundamental.

Exatamente por essa razão, é que se torna verdadeiramente *trágica*, a tarefa da *ordenação da escolha (opção)* sobre quais dos diversos aspectos integrantes de determinada ou específica *herança cultural*, devem merecer proteção da ordem constitucional, e quais são os aspectos que devem ser *constitucionalmente censurados*.

Situada a questão a partir desses contornos, pode-se mesmo afirmar, que dependerá de uma *ótima* consideração de *todos os aspectos relevantes* — extraídos da específica *situação de colisão*, no *particular e determinado* caso concreto — o estabelecimento do *tênu* limite divisório que separa a reprodução de um *autoritarismo constitucional* e a paralisação institucional da realidade social, do desenvolvimento de efetivos processos de *abertura constitucional e comunicação dialógica* entre a realidade constitucional e a realidade social.

Do desenvolvimento dessas condições específicas de *comunicação dialógica*, depende a reprodução de um *sentido ideológico pluralístico* e efetivamente *democrático*. Os modernos sistemas constitucionais devem procurar substituir progressivamente — no enfrentamento das *situações de colisão* — soluções decisórias fundadas na *autoridade*, por soluções de *concertação*, onde se destaca a utilização do *juízo de proporcionalidade*, que passa a atuar, não no sentido de *determinar impositivamente o exato conteúdo* dos valores em conflito, mas ao revés, procurando *constituí-lo experimentalmente* (a partir da experiência), *otimizando-o, integralizando-o*.

Uma última referência deve ser realizada à necessidade de controle público desse processo de *concertação*, confrontando o processo de decisão com os mais diversos padrões de correção e ordenação, oriundos dos objetivos expressos pelo texto constitucional, diretamente aplicáveis em *maior ou menor grau de concretização*.

No caso tópico, um deles foi previsto expressamente na forma da proibição da reprodução da crueldade perante a vida animal, não como *fórmula decisória autoritária* — que reveste determinado padrão moral de *certeza, inegabilidade, inexorabilidade*, e principalmente, de *universalidade*, por simples atribuição de juridicidade — mas apenas como a *melhor fórmula conciliatória* que hoje se pode dispor para enfrentar essa específica situação de colisão que envolve o aspecto da cultura, na *civilização ocidental*<sup>129</sup>.

### 3.2.5. Administração Pública e o Ambiente

Neste ponto, procura-se analisar três problemas com pressupostos fáticos distintos, mas reunidos em torno de um tema comum, que diz respeito aos limites de atuação do administrador público quando se depara com o valor jurídico fundamental da proteção do ambiente, e o alcance do poder impositivo das normas de direito fundamental.

Para tanto, foram escolhidas nove decisões, todas originárias do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira versa sobre os limites de atuação dos Poderes Públicos, no dever de proteção do ambiente, em face da necessidade de concordância prática daquele, com a proteção da garantia da propriedade.

Antes da apresentação do caso, afigura-se interessante a lembrança do *leading case* em matéria da proteção jurídica do ambiente em Portugal, o famoso caso da Quinta do Taipal<sup>130</sup>.

Naquela oportunidade, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça desconstituiu a cláusula de imodificabilidade permanente do solo, criada pelas instâncias judiciais originárias. Sob o fundamento de proteger o *habitat* de determinadas espécies de aves migratórias e sedentárias, havia-se permitido a criação de verdadeiras áreas protegidas, através de decisões judiciais.

Lê-se nas passagens decisivas do acórdão:

[...] as instâncias criaram, como é bem evidente, um ‘habitat’ permanente, uma reserva para aves sedentárias e migratórias e hipotéticas lontras, quando é certo que, [...] a fauna é

<sup>129</sup> Sobre este aspecto, analisando o tormentoso problema das condições de legitimação do *multiculturalismo* perante a progressiva afirmação da universalidade de certos valores e principalmente, de certos direitos, cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. p. 11-32.

<sup>130</sup> Acórdão de 17 de janeiro de 1995, do Supremo Tribunal de Justiça, que é objeto de aguda análise de Canotilho. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**. Coimbra: Coimbra, 1995).

protegida por legislação especial e as áreas e reservas são criadas e conservadas pela Administração do Governo, mediante proposta da respectiva comissão nacional.

Não podem nem devem ser os tribunais a suprir as deficiências ou incúrias do poder executivo na criação de áreas protegidas em todas as zonas do país em que isso se mostre necessário.

[...] os tribunais podem intervir em questões ambientais, mas apenas e só quando alguém se sinta ameaçado ou lesado nos seus direitos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, ou quando alguém tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma ação especialmente perigosa (em relação às pessoas é evidente).<sup>131</sup>

Como bem observa Canotilho, “Neste final de milênio, parece indiscutível que as exigências de protecção do ambiente natural ou construído (protecção da natureza, protecção do património cultural), vêm colocar (ou recolocar) dois problemas de particular importância: (1) o das relações recíprocas entre a garantia institucional da propriedade e do direito fundamental da propriedade e o da protecção do ambiente, por outro; (2) o da conformação jurídica destas relações pelo legislador e pelos tribunais.”<sup>132</sup>

Ocorre que, concebendo a protecção jurídica do ambiente como bem jurídico/direito de titularidade difusa e comunitária, a imposição do dever de protegê-lo, só pode ser desenvolvido também, mediante a estruturação de um sistema de *responsabilidades compartilhadas*, onde devem ser desenvolvidos instrumentos adequados e pertinentes a cada um dos atores obrigados, para permitir a atuação do dever de protecção, pelo Estado e pela coletividade.

É precisa a lição de Canotilho quando salienta que: “[...] os particulares devem hoje suportar ónus acrescidos resultantes da necessidade de preservação e defesa do equilíbrio ecológico. O direito de todos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado implica, porém — como se diz na declaração de voto junta ao segundo Acórdão da Relação — o dever de todos suportarem os respectivos encargos.”<sup>133</sup>

Por essa razão, afirma que: “A defesa do ambiente é uma *tarefa solidária* e não *solitária* e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns a favor de outros.”<sup>134</sup>

O primeiro caso analisado na jurisprudência brasileira, mostra-se semelhante na metódica da decisão utilizada no caso português, modificando-se apenas alguns pressupostos

<sup>131</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*. p. 77-78.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>134</sup> *Idem*.

fáticos, já que na ocasião, a imposição de ônus ilegítimo sobre a propriedade fora realizada pela própria Administração Pública.

A decisão é oriunda dos autos do Recurso especial n. 32.222-8/PR, cujo acórdão resultou assim ementado:

MEIO AMBIENTE – DANOS – DIREITO DE PROPRIEDADE.

O direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais, há de respeitar o direito de propriedade assegurado na Constituição Federal. Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do império comunista sopram ventos liberais em todo o mundo. O Estado todo poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência.

Recurso provido.<sup>135</sup>

Inicialmente convém denunciar uma equivocada opção pelo *tópos* de argumentação, revelada na ementa, que serve para evidenciar, sobretudo, a inconsistência da pré-compreensão do atual sistema constitucional de proteção do ambiente, pelos tribunais. Explica-se a afirmação, tendo em vista a notável modificação dessa compreensão, dois anos depois, na questão do alcance da legitimação de agir aos sujeitos coletivos, quando se demonstrou nítida evolução compreensiva da dicção constitucional, ao se reconhecer a emergência dos objetivos *associacionistas*, *públicos* e de *coletivização* insertos no texto republicano, e *privilegiando a imposição de um dever genérico de tratamento adequado da dimensão difusa dos novos direitos*<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Meio ambiente – Danos – Direito de propriedade. REsp. n. 32.222 – 8 – PR. José Balestieri *versus* Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Paraná – ITCF e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. Acórdão de 17 de maio de 1993. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de junho de 1993. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

<sup>136</sup> O professor Canotilho trata da emergência da dimensão coletiva do Direito do ambiente, a partir do reconhecimento de sua *multidimensionalidade*, que admite três perspectivas diferenciadas: a *individualista*, a *publicística* e a *associacionista*. Na primeira, a proteção do ambiente é estruturada sob a ótica de satisfação da pretensão do direito ao ambiente de cada um, ou seja, lida com situações onde um particular potencialmente pudesse invocar proteção à lesão do *seu* direito ao ambiente, do *seu* interesse difuso. Na segunda perspectiva, o ambiente é entendido como bem público, e sua proteção é uma função pública. Na terceira — a ótica eleita pelo constituinte pátrio — trata-se a proteção do ambiente sob os contornos da visão de uma *democracia ambiental*. Diz Canotilho que refuta ao mesmo tempo, um *governo de sabichões-ambientais*, e a visão individualista do ambiente, como *um direito fundamental individual*. A dimensão associacionista entende o dever de proteção do ambiente como uma *tarefa solidária*. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público*. Disponível em: [http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_D\\_9212\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9212_1_0001.htm). Acesso em: 05 de fevereiro de 2001). Vislumbra-se aqui também — pela admissão da peculiaridade difusa dos novos direitos no texto constitucional — o reconhecimento, em matéria do ambiente, de *um dever de proteção que só se realiza através de medidas adequadas*. E estas servem como ponto de estruturação de um dever constitucional de garantia do *adequado acesso coletivo à justiça ambiental*, na forma do sistema de proteção organizado pelo art. 225 da carta republicana brasileira.

Parece que essa escolha equivocada do *tópos* de argumentação foi uma das causas responsáveis pela condução da limitada postura, mas não a única.

Tendo derrubado parte da mata florestal que resguardava a propriedade rural, o proprietário foi condenado pelo juízo monocrático, que lhe impôs a obrigação de realizar a completa reposição florestal, além da imposição pecuniária.

Para tanto, entendeu o Ministro Garcia Vieira que:

[...] se o Poder Público pretender impedir o desmatamento de florestas de domínio privado, como a do recorrente, para 'resguardar atributos excepcionais da natureza' e conciliar 'a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais, com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos', poderá criar Parques Nacionais, Estaduais ou Municipais (Lei nº 4.771/65), [...] mas, para isso, terá de indenizar os proprietários atingidos.

[...]

O fato de o legislador constitucional garantir o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), mas exigir que ela atenda a sua função social (XXIII) não chegou ao ponto de transformar a propriedade em mera função e em pesado ônus e injustificável dever para o proprietário.

[...]

Dar destinação social a uma propriedade não é impedir que o seu proprietário a explore e a faça gerar riquezas.<sup>137</sup>

A mesma interpretação foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso extraordinário n. 134.297/SP – onde funcionou como Relator, o Ministro Celso de Mello<sup>138</sup>.

A segunda parte, visa demonstrar a leitura da instância judiciária sobre o alcance dos efeitos da norma de direito fundamental que prevê a obrigação de proteção do ambiente.

São bem representativos os acórdãos produzidos no Recurso especial n. 169.876/SP<sup>139</sup>, e no Recurso especial n. 88.776/GO<sup>140</sup>, por ilustrarem soluções ideológicas diferenciadas para o mesmo problema comum.

<sup>137</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Meio ambiente – Danos – Direito de propriedade. REsp. n. 32.222 – 8 – PR. José Balestieri *versus* Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Paraná – ITCF e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. Acórdão de 17 de maio de 1993. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de junho de 1993. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

<sup>138</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Estação ecológica. Reserva florestal na Serra do Mar. Patrimônio nacional (CF, art. 225, par. 4.). Limitação administrativa que afeta o conteúdo econômico do direito de propriedade. Prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo particular. RE não conhecido. RE n. 134.297/SP. Estado de São Paulo *versus* Paulo Ferreira Ramos e cônjuge. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 13 de junho de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de setembro de 1995. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: : <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 de fevereiro de 1999.

<sup>139</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo – Processo civil – Ação civil pública. REsp. n. 16.876 – SP. Município de São Paulo *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão de 16 de junho de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de setembro de 1998. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

<sup>140</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Danos ao meio ambiente causados pelo Estado. REsp. n. 88.776 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Estado de Goiás.

No julgamento do primeiro recurso especial, mais uma vez afirmou-se a clássica tese publicística, de proteção da liberdade de discricção de opções do administrador público, na destinação dos recursos necessários à execução das finalidades públicas do ato. Nessa perspectiva, é ilegítima, a princípio, a interferência de qualquer dos poderes públicos na orientação da ordenação da despesa pública, qualquer que seja a espécie ou natureza do objetivo oposto ao administrador.

Veja-se o teor da ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido.<sup>141</sup>

A questão originou-se dos sérios problemas urbanos, diagnosticados no loteamento *Conjunto Habitacional Movimento Unido*, de iniciativa do município de São Paulo, no conhecido programa *Mutirão*, e que compreendiam diversas irregularidades no parcelamento, edificações, uso e ocupação do solo, que contribuíam para acentuar os prejuízos urbanísticos e ambientais.

A ação civil pública foi julgada procedente e impôs a obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos, todas as medidas necessárias à regularização urbana e ambiental do loteamento.

---

Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 19 de maio de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 09 de junho de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>141</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo – Processo civil – Ação civil pública. REsp. n. 16.876 – SP. Município de São Paulo *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão de 16 de junho de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de setembro de 1998. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

Sustentando uma rígida leitura do princípio da separação dos poderes, o Ministro José Delgado, relator, desenvolveu a clássica tese publicística que proíbe a interferência de qualquer dos poderes de Estado nas matérias circunscritas à liberdade de opção discricionária pelo administrador público, fundamento que em seu juízo, mesmo evidenciado o ilícito na atividade empreendida, não permite que lhe seja imposta ordem de conformação das irregularidades, porque atingiria os limites protegidos, do poder de organização de suas atividades.

Assim se posicionou o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

Em face do panorama processual acima revelado tem-se como configurada uma ordem emanada do Poder Judiciário, consubstanciada em uma obrigação de fazer, em prazo certo, para que o Poder Executivo, às suas expensas, pratique atividades de natureza administrativa no sentido de promover a regularização de parcelamento do solo referente ao conjunto habitacional identificado nos autos e implantado em sistema de mutirão.

[...]

Como é sabido, o Poder Público só pode fazer o que a lei manda (Poder Vinculado) ou autoriza (Poder Discricionário). Os atos que se classificam como vinculados têm seus contornos quase que totalmente delineados pela lei, que deve fielmente ser observada pelo agente público, sob pena de nulidade do ato.

[...]

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de uma função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.<sup>142</sup>

O mesmo Ministro José Delgado, já se pronunciou no mesmo sentido, em hipótese semelhante, mas em momento ainda anterior, por ocasião do julgamento do Agravo regimental no agravo de instrumento n. 138.901/GO<sup>143</sup>.

Nessa oportunidade, reconheceu a correção de argumentação do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que no caso, foi desenvolvida no sentido de *impedir* que o Poder

<sup>142</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo – Processo civil – Ação civil pública. REsp. n. 16.876 – SP. Município de São Paulo *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão de 16 de junho de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de setembro de 1998. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

<sup>143</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Agravo regimental – Recurso especial – Ação civil pública – Ministério Público – Carência de ação – Município – Obra para proteção do meio ambiente. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 138.901 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Município de Goiânia. Relator Ministro José Delgado. Acórdão de 15 de setembro de 1997. Publicado no Diário de Justiça

Judiciário impusesse à Administração — mediante decisão condenatória em ação civil pública — a obrigação de fazer consistente na edificação de obras necessárias à recuperação de área degradada pelo município, e a impedir a continuação dos comportamentos poluentes, como a drenagem de terreno, construção de rede de esgoto, aterramento, etc...

A posição judicial em referência, reconheceu, em nome da proteção de uma limitada interpretação da cláusula de separação funcional do poder, *uma reserva de liberdade ao administrador público, em optar por uma solução ilegal ou mesmo inconstitucional, consistente em um comportamento que com grande verossimilhança, pode ser ambientalmente inadequado.*

A reprodução do dogma de uma reserva de liberdade protegida ao administrador com limites tão acentuados, resulta em última análise, na possibilidade de se admitir com frequência, metódicas de decisão que terminarão por afirmar a *irresponsabilidade do Estado* face a baixa pretensão de eficácia, limitada pela atividade restritiva do Poder Judiciário, das obrigações de fazer dirigidas aos poderes públicos.

Na ocasião, lia-se do incisivo voto condutor do Ministro José Delgado, o seguinte *standard* de decisão metodicamente inadequado, e que inspiraria o resultado pronunciado posteriormente, no Recurso especial n. 169.876/SP:

Apesar de louvável a iniciativa do **parquet**, no seu empenho de proteger o meio ambiente, e o bem estar dos moradores do local, onde se situa a área degradada, há outras obras, que com prioridade, precisam ser realizadas, máxime no campo social, mas se o judiciário for ditar ao município aquelas que deva executar, prioritariamente, estará usurpando funções que não lhe foram atribuídas pelo constituinte da República, e, o que me parece mais grave, invadindo a competência nominal nos assuntos de seu peculiar interesse, assegurada na Constituição, com comprometimento de sua autonomia.<sup>144</sup>

Ambas as decisões lamentavelmente afastam-se dos contornos de *atualização* do conteúdo liberal do Estado de Direito, que hoje cede espaço à crescente afirmação da eficácia impositiva e vinculante dos direitos fundamentais no espaço da teoria constitucional contemporânea, consolidando a proposta de um *Estado democrático de direito*, e a sua

---

da União de 17 de novembro de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>144</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Agravo regimental – Recurso especial – Ação civil pública – Ministério Público – Carência de ação – Município – Obra para proteção do meio ambiente. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 138.901 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Município de Goiânia. Relator Ministro José Delgado. Acórdão de 15 de setembro de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 17 de novembro de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

conseqüente imposição perante o problema dos limites da discricionariedade das autoridades públicas.

Isso porque, como afirma Canotilho, atualmente se observa uma profunda “[...] mutação operada na relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a idéia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais.”<sup>145</sup>

E vai mais adiante Canotilho, ao propor que há uma novo problema de metódica que emerge dessa mutação. Afirma que também não basta a admissão do paradigma de *atualidade vinculante* da lei apenas nos limites dos direitos fundamentais, que deve ser complementado pela admissão da “[...] lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais.”<sup>146</sup>

A força impositiva dos direitos fundamentais, no entanto, não revela apenas uma diretividade constitucional oponível perante o legislador — libertando a teoria constitucional do modelo relacional lei-direitos fundamentais, onde a lei era dona dos direitos fundamentais<sup>147</sup> — impondo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de uma dimensão vinculante também perante o administrador, indicando as linhas de uma postura democrática nas relações entre a Administração Pública e a coletividade, fundada nos direitos fundamentais, e que sustenta que *o administrador também não é o dono dos direitos fundamentais*.

Eis porque Canotilho e Machado advertem que:

A Administração, à semelhança do que sucede com os demais poderes públicos, está sujeita ao princípio da constitucionalidade, que é um dos princípios densificadores do princípio constitucionalmente estruturante do Estado de Direito. Mais do que isso, cumpre-lhe uma tarefa quotidiana de interpretação das normas constitucionais, de forma a tornar efectivas as suas garantias. Assim, no decurso da realização das suas atribuições legais cabe à Administração resolver os conflitos de direitos e interesses com que diariamente se depara de acordo com os referidos princípios da concordância prática e da máxima efectividade. Regulamentos, actos administrativos, contratos administrativos e operações materiais encontram-se subordinados às normas constitucionais em geral e aos direitos fundamentais em especial, devendo incorporá-los e desenvolvê-los pela positiva. Mesmo quando está em causa o exercício de poderes discricionário existe uma forte vinculação aos direitos fundamentais.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão as normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 363.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 364.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 369.

<sup>148</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n. 16, p. 14, out./dez. 1995.

Dessa forma, deve ser reconhecido, frente aos objetivos traçados pelo art. 225, *caput*, da CRB, que o dever de proteção do ambiente, fundado no sistema de responsabilidades compartilhadas, *impõe-se também à Administração Pública, em todos os momentos de sua atividade*, importando concluir que, principalmente na execução de suas funções, não pode deixar de atuar o *dever de proteção*.

A autorização judicial da atividade de controle dos atos da Administração Pública, *não se dirige apenas à avaliação da legalidade do ato impugnado, da conformação do ato à lei, mas precipuamente, à sua conformação e pertinência com os objetivos constitucionais traçados pelo texto republicano*, no sentido de vincular a conduta do administrador público.

Essa foi a solução eleita pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, um ano antes, nos autos do Recurso especial n. 88.776/GO, quando foi reconhecida a necessidade de uma interpretação flexível da cláusula da separação dos poderes, na atividade de controle dos atos da Administração Pública<sup>149</sup>.

Na ocasião, o Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou ação civil pública em face do Estado de Goiás, pretendendo sua condenação à obrigação de fazer consistente em regularizar o sistema de esgoto sanitário do presídio masculino.

No entanto, a petição inicial da ação coletiva foi indeferida, onde o juízo monocrático, utilizando-se da mesma solução eleita pelo Ministro José Delgado no recurso originário do Estado de São Paulo, decidiu: “No caso em tela o que se busca através da presente ação é a invasão do Poder Judiciário nas privativas atribuições do Poder Executivo, isso ao pleitear que venha o Judiciário a compelir o Executivo a edificar determinada obra, a qual por mais necessária e premente que seja, continua inserida no círculo do mérito administrativo, e assim sendo é defeso ao Judiciário meter o bedelho em tal assunto.”<sup>150</sup>

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Danos ao meio ambiente causados pelo Estado. REsp. n. 88.776 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Estado de Goiás. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 19 de maio de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 09 de junho de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001. Nesse particular, compartilhamos da mesma posição que é defendida por Mirra. (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 4, n. 15, p. 73, jul./set. 1999). Comenta Mirra que quando se consagram deveres de proteção perante o bem ambiental, compreendido em sua *indivisibilidade e comunitariedade*, a Administração *não tem opção entre o agir e o não agir*, cumprindo-lhe tão somente *proteger o bem ambiental de forma ótima*, adotando medidas positivas ou de abstenção, retirando-lhe até mesmo o poder de decidir pela oportunidade da ação e ou abstenção.

<sup>150</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Danos ao meio ambiente causados pelo Estado. REsp. n. 88.776 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Estado de Goiás. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 19 de maio de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 09 de junho de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

O tema recebeu do Tribunal de Justiça o mesmo tratamento, mediante a confirmação da decisão de origem pela segunda turma da segunda câmara cível, na forma do voto do desembargador Jalles Ferreira da Costa:

No caso sob exame, o ato cuja prática o Ministério Público pretende seja imposta ao Estado e ao Cepaigo, solidariamente, insere-se entre aqueles que, por força de autonomia conferida ao Poder Executivo pela norma constitucional (art. 387, I a VI, Constituição Estadual), não de submeter-se à avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade, elementos que, dentre outros, compõem o mérito administrativo, infenso ao controle judicial, pois, este há de limitar-se à verificação da legalidade e legitimidade do ato administrativo, sob pena de o Judiciário substituir-se ao Executivo, afrontando o postulado constitucional da independência e harmonia dos Poderes. Em consequência, o Judiciário não pode obrigar o Executivo a alterar seu plano de governo para dar prioridade a uma obra pública, porquanto a este compete aquilatar de sua relevância sob o ponto de vista administrativo, decidindo quanto à oportunidade de sua construção, considerando-se seu arbítrio na eleição dos investimentos públicos atendida a diretriz orçamentária respaldada pelo Poder Legislativo.<sup>151</sup>

Tendo em vista a metódica da ponderação (*abwagung*) de bens nas situações de colisão, esta não parece ter sido também, uma decisão que considerasse de forma adequada os interesses do ambiente diante do problema do controle da atividade discricionária da Administração Pública.

A advertência foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, através de voto da lavra do Ministro Ari Pargendler, que sustentou: “O Estado de Goiás edificou obra pública – um presídio – sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado. Não podia fazê-lo, e, se isso atenta contra o meio ambiente, a ação civil pública é a via própria para remover a causa dos danos causados. Sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas obrigações dos particulares.”<sup>152</sup>

Sem dúvida o *tópos* mais importante da argumentação do eminente Ministro relator, cinge-se ao reconhecimento do juízo de paridade e equivalência das obrigações do Estado e dos particulares perante a lei.

Reconhece com grande brilho o Ministro, um dos fundamentos de estruturação da proposta de *Estado democrático de direito*, que na lição de Canotilho<sup>153</sup>, implica admitir que *o Estado de Direito é um Estado que responde pelos seus atos*.

<sup>151</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Danos ao meio ambiente causados pelo Estado. REsp. n. 88.776 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Estado de Goiás. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 19 de maio de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 09 de junho de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>152</sup> Idem.

<sup>153</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p. 68-69.

Não se tratam simplesmente de obrigações do Estado — e conseqüentemente, do administrador público perante a lei — mas de obrigações *qualificadas a partir de objetivos constitucionais*, que vinculam *necessariamente* o comportamento dos agentes públicos.

O administrador público, nesse sentido, não pode realizar opções ilegais ou inconstitucionais, produzindo com suas condutas, resultados ilícitos. Tal fato é enfatizado pela perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que vinculam todos os poderes públicos e os particulares, com a equivalência de deveres e responsabilidades em torno da proteção da integridade do ordenamento jurídico.

A ementa do acórdão resultou registrada da seguinte forma:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE CAUSADO PELO ESTADO. SE O ESTADO EDIFICA OBRA PÚBLICA - NO CASO, UM PRESIDIO - SEM DOTÁ-LA DE UM SISTEMA DE ESGOTO SANITÁRIO ADEQUADO, CAUSANDO PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA É, SIM, A VIA PRÓPRIA PARA OBRIGÁ-LO ÀS CONSTRUÇÕES NECESSÁRIAS À ELIMINAÇÃO DOS DANOS; SUJEITO TAMBEM ÀS LEIS, O ESTADO TEM, NESSE ÂMBITO, AS MESMAS RESPONSABILIDADES DOS PARTICULARES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.<sup>154</sup>

Conquanto esse particular problema de concretização do dever constitucional de proteção jurídica do ambiente ainda encontre muitas resistências no espaço da fundamentação da atividade administrativa — ainda vinculada fortemente a pretensão de estabelecer verdadeiras zonas de irresponsabilidade, eximindo os atos reputados discricionários da censura judiciária — verifica-se que a modelar postura do Ministro Ari Pargendler já traz indícios de um novo caminho de fortalecimento da perspectiva de vinculação da Administração perante os novos direitos fundamentais.

Uma primeira influência dessa posição de progressiva aproximação dos poderes públicos do dever de responder pelos seus atos em matéria de proteção jurídica do ambiente, pôde ser constatada em interessante e recente decisão da relatoria da Ministra Nancy Andriahi, no Recurso especial n. 28.222/SP, reconhecendo que eventuais prejuízos ambientais que tenham sido produzidos por concessionário na prestação de serviço público, devem ser

---

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Danos ao meio ambiente causados pelo Estado. REsp. n. 88.776 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Estado de Goiás. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 19 de maio de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 09 de junho de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

suportados simultaneamente pelo poder concedente e pelo concessionário, pela circunstância da qualidade objetiva da responsabilidade pelo dano ambiental<sup>155</sup>.

A extensa ementa bem sintetiza os limites fáticos da hipótese de julgamento:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I – O Município de Itapetininga é responsável solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou ‘convênio’ para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no ribeirão Carrito, ou ribeirão Taboãozinho.

II – Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei nº 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público, o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

A justificativa abre outro importante caminho para a revisão de posição que rotineiramente se reproduzia em relação à qualificação da espécie de responsabilidade do concedente, afirmada como simplesmente subsidiária.

A importância da decisão é justificada principalmente quando se verifica que é cada vez mais comum a capacidade de produção de prejuízos ao ambiente em face do descumprimento de deveres pelas agências responsáveis pela execução dos serviços de saneamento e tratamento de esgotos, seja por omissão ou pela iniciativa irresponsável na execução do serviço público.

Com a reunião de todos esses aspectos (relacionados à afirmação crescente das responsabilidades dos entes públicos) consolida-se um caminho que contribui na organização

---

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 28.222 - SP. Ministério Público do Estado de São Paulo *versus* Município de Itapetininga. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 15 de fevereiro de 2000.

de condições que podem elidir ou superar os estados de irresponsabilização tão onerosos para a proteção e concretização dos novos direitos, e que se originam com frequência, nas situações limite do clássico instituto da responsabilidade civil.

Afirma-se, sobretudo, que o adequado exercício da superação dos *défices* de implementação, depende agora, de que a Administração reconheça definitivamente que não há relação de mínima identidade entre o *interesse público* — entendido sob a perspectiva subjetiva, de titularização do interesse no poder público — e o *interesse comunitário intergeracional* que freqüentemente é ameaçado por decisões que *afirmam* como objetivo a proteção do patrimônio público.

Isso porque a *proteção do equilíbrio financeiro* e da *capacidade de solvibilidade das pessoas jurídicas de direito público* — (que é protegida pela reserva de decisão de índole orçamentária) objetivando a satisfação de necessidades futuras — seguramente em nada poderá contribuir para a concretização dos novos direitos, que dependem exatamente de uma *racionalidade assimétrica* na própria gestão dos negócios públicos, onde só se pode proteger o futuro, se decisões corretas forem tomadas hoje. São medidas que devem ser realizadas já no presente, para que a condição jurídica das futuras gerações não venha a sofrer prejuízos, prejuízos que não poderão ser evitados simplesmente pela constituição de *reserva financeira* pelas gerações presentes em benefício daquelas.

### 3.2.6. A Dupla Dimensão da Proteção do Bem Ambiental: Microbem e Macrobem

O caso agora examinado, possui como principal atributo, a capacidade de expor análise judicial do desenvolvimento das teorias do ambiente considerado na qualidade de microbem e macrobem, demonstrando com clareza, a possibilidade de reconhecer a *multidimensionalidade da proteção do ambiente*.

A questão é reproduzida nos autos do Recurso especial n. 163.483/RS, que sintetizou os limites do problema, na forma registrada pela ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MAU USO DA PROPRIEDADE VIZINHA (DEPÓSITO DE LIXO MUNICIPAL). AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL COM PRECEITO COMINATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA REFLEXAMENTE CONSTITUCIONAL: COMPETÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I – Vizinhos ajuizaram ação cautelar, seguida de ação principal com preceito cominatório, para que o Município se abstinhasse de utilizar antiga pedreira como depósito de lixo. O juiz

de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sem interdição do depósito: “o interesse de poucos não podia prevalecer sobre o interesse de muitos”. O Tribunal de Justiça, ao dar provimento parcial à apelação dos autores, manteve o funcionamento do depósito até que fosse concluída a usina de reciclagem do lixo. Levantou, também, a ilegitimidade ativa dos autores: a pendenga deveria ser resolvida através de ação civil pública.

II – Os autores se acham ativamente legitimados para as ações, pouco interessando que o mesmo suporte fático também possa desencadear ação civil pública. No caso concreto, os autores se insurgem contra o mau uso de propriedade vizinha (CC, art. 554).

III – Acórdão que fala obter dictum em ‘meio ambiente’ dá ensanchas a recurso especial, e não a recurso extraordinário.

IV – Recurso conhecido e provido.<sup>156</sup>

O acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu a plausibilidade da pretensão dos autores, mas afirmou que a pretensão —deduzida à luz do direito de vizinhança, tal qual previsto no art. 554, *caput*, do Código Civil de 1916 — recomendava como alternativa adequada a proposição da ação civil pública, para a qual, no entanto, não estariam legitimados.

O acórdão originário, ressaltou a impossibilidade da defesa judicial do meio ambiente através de ações de índole individual, atividade pretensamente impossível, face os contornos difusos da pretensão.

Os limites do problema somente foram convenientemente colocados por ocasião do voto do Ministro Adhemar Ferreira Maciel, que reconduziu a questão da proteção do ambiente à posição de *multidimensionalidade*, de que trata Canotilho<sup>157</sup>, como se verifica dos destaques:

[...] não merece encômios, na minha maneira de ver, a tese de que os autores seriam ativamente ilegítimos para a ação, a qual deveria ser, no particular da vedação da utilização do terreno municipal, a ação civil pública. Ora, no caso concreto, os autores estão, por causa da vizinhança com o depósito de lixo (“Pedreira da Fumaça”), sendo molestados em sua propriedade. Assim, têm interesse econômico e jurídico para a ação proposta, ainda que o resultado dela possa repercutir além do almejado por eles (questão dos lençóis freáticos). Destarte, pouco importa haja mais de uma via judicial, com autores diferentes, para forçar o recorrido (Município de Bajé) a tirar o depósito de lixo da ‘Pedreira da Fumaça’.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil – Mau uso da propriedade vizinha (depósito de lixo municipal) – Ação cautelar e ação principal com preceito cominatório – Legitimidade ativa – Matéria reflexamente constitucional – Competência do STJ – Recurso conhecido e provido. REsp. n. 163.483 – RS. Ângelo Cortez e outros *versus* Município de Bagé. Relator designado: Ministro Adhemar Ferreira Maciel. Acórdão de 01 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 29 de março de 1999. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

<sup>157</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)*. p. 268.

<sup>158</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil – Mau uso da propriedade vizinha (depósito de lixo municipal) – Ação cautelar e ação principal com preceito cominatório – Legitimidade ativa – Matéria

Por fim, reconheceu o direito dos recorrentes à pretensão de interdição das atividades do Município de Bagé, impondo-lhe proibição de que a pedreira continuasse a ser utilizada como depósito de lixo público, no que foi acompanhado pelo Ministro Ari Pargendler.

Analisando o conteúdo da argumentação do eminente Ministro Adhemar Ferreira Maciel, poderá ser percebido que o acórdão do tribunal de origem, além de não reconhecer a dupla dimensão da proteção do ambiente, optou metodicamente, por um *tópos* de decisão equivocado, ao estabelecer a situação de tensão entre interesses, estabelecendo uma relação de colisão entre as diferentes dimensões e atributos dos interesses da coletividade.

Confira-se o destaque:

E proibir de colocar o lixo na pedreira, que pertence ao Município, será impor que não se recolha o mesmo lixo das residências. Aí o levante seria de toda a população da cidade. Haveria um caos. E como impor que se descarregue o lixo em outros locais, de propriedade privada, como alardeiam os autores em seu recurso? Quem aceitaria o depósito em imóvel seu? Em suma, há de se conviver com os problemas decorrentes da urbanização e do crescimento das cidades. É este um dos ônus que todos devem suportar, impossível de ser afastado.<sup>159</sup>

Com evidência, a situação de colisão foi inadequadamente posta pelo julgador, tensionando um direito individual em face do potencial interesse da coletividade em um sistema regular de coleta de lixo, que seria prejudicado com a inexistência de local definido para o depósito dos resíduos. Não se tem no caso, autêntico interesse da coletividade, mas ao contrário — a teor dos *topoi* indicados na argumentação, através dos *standards* da segurança e da ordem pública — interesse que está umbilicalmente ligado ao ente público estatal.

A questão comportaria na verdade, a tensão de atributos ou espécies diferenciadas da mesma natureza de interesses, *in casu*, da coletividade. *Todos* têm legítimo interesse na manutenção e consecução de um meio ambiente salubre, garantia que goza de proteção constitucional.

Entretanto, alguns membros dessa coletividade — onde todos são integralmente e simultaneamente titulares dos mesmos interesses —, têm direito a um meio ambiente *mais*

---

reflexamente constitucional – Competência do STJ – Recurso conhecido e provido. REsp. n. 163.483 – RS. Ângelo Cortez e outros *versus* Município de Bagé. Relator designado: Ministro Adhemar Ferreira Maciel. Acórdão de 01 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 29 de março de 1999. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

<sup>159</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil – Mau uso da propriedade vizinha (depósito de lixo municipal) – Ação cautelar e ação principal com preceito cominatório – Legitimidade ativa – Matéria reflexamente constitucional – Competência do STJ – Recurso conhecido e provido. REsp. n. 163.483 – RS. Ângelo Cortez e outros *versus* Município de Bagé. Relator designado: Ministro Adhemar Ferreira Maciel. Acórdão de 01 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 29 de março de 1999. Superior

*salubre e mais equilibrado* que outros? Estariam autorizados os poderes públicos, e notadamente os tribunais, a *tensionarem* interesses em situações de colisão, de modo a permitir que pudessem optar por discriminar, excluir ou privilegiar determinados titulares dos mesmos interesses e impor ao mesmo tempo, ônus excessivamente desproporcionais e de conteúdo discriminatório?

O texto republicano é claro ao intencionar no art. 225, *caput*, a realização de objetivos de promoção de igual proteção a todos os titulares dos interesses difusos ambientais, proibindo qualquer iniciativa, atividade ou comportamento discriminatório, que importem a exclusão de qualquer dos titulares, de um direito à salubridade do ambiente, ou a atribuição de privilégio a alguns destes, em detrimento dos outros titulares dos mesmos interesses. Ressalte-se que o mandamento de proibição de discriminação dirige-se a todos os comportamentos públicos (de iniciativa de qualquer das funções políticas) e privados, enfatizando mais uma vez, a importância da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

Não pode deixar de ser ressaltado que, *não se pode atribuir ao particular e aos terceiros, ônus ou sacrifícios de suas posições subjetivas, excessivamente desproporcionais*, uma vez que a imposição do sacrifício deve ser submetida a juízo prévio de avaliação dos limites de suportabilidade e de tolerabilidade da medida restritiva.

Somente os sacrifícios suportáveis e toleráveis podem ser afastados do juízo de censura constitucional.

Nesse sentido, definindo os atuais contornos do Estado de direito, Canotilho afirma que *o Estado de direito observa o princípio da justa medida*<sup>160</sup>. Isso porque se estrutura em torno da proteção do princípio da *proibição de excesso*, princípio dirigente de todas as atividades dos poderes públicos, que visa a proteção das garantias dos cidadãos, diante da imposição de medidas excessivamente agressivas, restritivas e coativas na esfera jurídico-pessoal e jurídico-patrimonial da pessoa humana<sup>161</sup>.

Confirmando sua idéia básica de proteção dos direitos fundamentais em face dos excessos estaduais, afirma Canotilho que: “[...] através do recurso a princípios como os da proibição do excesso, da proporcionalidade, da adequação, da razoabilidade, da necessidade, pretendeu-se colocar os poderes públicos — desde o clássico <<poder agressor>>, identificado com o executivo e a administração, até os poderes legislativo e judiciário — num plano mais humano e menos sobranceiro em relação aos cidadãos.”<sup>162</sup>

---

Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

<sup>160</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p. 60.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 60-61.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 59.

A *proibição de discriminação* — também oriunda da organização do sistema de proteção do ambiente, no texto constitucional brasileiro — insere-se no conjunto de atributos da proposta de realização e atuação dos objetivos de um *Estado de direito do ambiente*<sup>163</sup>, ou de um *Estado ambiental (Umweltrechtstaat)*<sup>164</sup>, que exigem a atuação dirigente do valor de *justiça ambiental*.

Canotilho afirma que:

As exigências de *justiça ambiental* reconduzem-se fundamentalmente à *proibição de discriminação ambiental*. Por *injustiça ou iniquidade ambiental* entende-se qualquer decisão, seleção, prática administrativa ou actividade material referente à tutela do ambiente ou à transformação do território que onere em termos discriminatórios indivíduos, grupos ou comunidades, designadamente os pertencentes a minorias populacionais em virtude de raça, situação económica ou localização geográfica.<sup>165</sup>

O *Estado ambiental (Umweltrechtstaat)*, como explica Canotilho, é uma das dimensões atuais do Estado de Direito, e aponta para duas direções. Pela primeira, surge uma obrigação estatal de promover de forma cooperada (dever que reúne Estados, cidadãos, e sociedade civil), políticas públicas ecologicamente sustentáveis. Pela segunda, impõe-se a obrigação de *comportamentos públicos e privados amigos do ambiente*, “[...] de forma a dar expressão concreta à assumpção de responsabilidades dos poderes públicos perante as gerações futuras.”<sup>166</sup>

Caracterizando o *Estado ambiental*, Canotilho o faz, primeiro, a partir de um sentido negativo, indicando o que não é o *Estado ambiental*, para depois defini-lo positivamente, delineando seus elementos constitutivos.

Para tanto, diz que o *Estado ambiental* é um Estado que se estrutura no sentido de uma *democracia ambiental*, e por isso, caracteriza-se pela recusa da estatização e publicização, recusa da tecnicização, e reconhece a falência dos sistemas regulatórios do modelo liberal.

Definindo negativamente seus contornos, observa que a recusa à publicização

<sup>163</sup> Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa*. p. 13-40; *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 26-33.

<sup>164</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. p. 30-34. Também é oportuna a consulta dos seguintes trabalhos do mesmo autor: *Estado de direito*. p. 43-45; *Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público*. Disponível em: [http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_D\\_9212\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9212_1_0001.htm). Acesso em: 05 de fevereiro de 2001.

<sup>165</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. p. 35.

<sup>166</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. p. 44.

fundamenta-se na admissão de que “a tutela do ambiente é uma *‘função de todos’* e não apenas dos poderes públicos”. Assim, o *Estado ambiental* não pode ser um *Estado autoritário*, que se utilize acentuadamente do poder de polícia ou de instrumentos repressivos na função tutelar do ambiente<sup>167</sup>.

Por essas razões, também não pode ser um Estado tecnocrático, que se distancie dos cidadãos, e muito menos, admitir como satisfatórios, os sistemas privados de compreensão dos conflitos ambientais, fundados em regras de vizinhança<sup>168</sup>.

Em sua dimensão positiva, exige uma abertura ambiental, constituída em torno do *direito de informação ambiental* a todos os cidadãos; de *políticas ambientais* dinamizadas pela *iniciativa dos cidadãos*; da *dimensão associacionista*; e do *direito de participação* dos cidadãos nos procedimentos de decisão em matéria ambiental<sup>169</sup>.

Diante desse quadro, é visível o conteúdo discriminatório e incompatível com os objetivos de atuação do *Estado ambiental*, bem enfatizados no sistema constitucional pátrio, no art. 225, *caput*, da Constituição da república brasileira.

### **3.2.7. Uma Ordenação Procedimental das Condições de Realização dos Direitos das Futuras Gerações: o Problema dos Estados de Anonimato Subjetivo e a Irresponsabilização pelo Dano Ambiental<sup>170</sup>**

A tendência potencial de reprodução de quadros de irresponsabilização em face da desobediência da imposição constitucional de precaução, revela como principais problemas dogmáticos na organização de um sistema eficiente de proteção jurídica dos novos direitos, as dificuldades no estabelecimento de *condições de imputação* da responsabilidade pelo dano e sobretudo pelo risco, que envolvem circunstâncias de elevado grau de incerteza probatória, e baixíssimo grau de evidências científicas.

Esses problemas são evidenciados nas tentativas em se estabelecer objetivamente uma relação de causalidade precisa entre o resultado (concreto ou futuro) oneroso, mesmo que lícito, e o comportamento do agente degradador ou potencialmente poluidor.

<sup>167</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo)*. p. 30.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 32-3.

<sup>170</sup> Este caso, sem grande parte das observações e conclusões que agora são realizadas, fora inicialmente apreciado em tese independente apresentada por ocasião do 5º Congresso Internacional de Direito ambiental. (AYALA, Patryck de Araújo. A irresponsabilidade pelo dano à biodiversidade como problema dogmático, e uma solução metódica do Superior Tribunal de Justiça. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). *Anais do 5º congresso internacional de direito ambiental, 4 a 7 de junho de 2001. O futuro*

No entanto, em *posição de antecedência*, surge o problema mais tormentoso para a proposição de fórmulas de condutas ou comportamentos jurídicos de correção do dano, ou de precaução perante o risco, situado justamente na tarefa de identificação, no caso concreto, *dos sujeitos a quem se pode imputar a responsabilidade pelo dano ou risco ambiental, e a adequada obrigação jurídica pela correção dos resultados proibidos*.

O espaço dogmático reservado nas relações jurídicas à determinação de quem de fato se comportou de modo a produzir o resultado proibido<sup>171</sup>, ou quem na oportunidade era objetivamente mais apto a ter produzido o dano ou o risco ambiental, continua a se apresentar perante os esquemas tradicionais de um direito de responsabilização, como desafio ao desenvolvimento integral do objetivo de proteção jurídica do ambiente.

O problema assim constituído, revela uma dupla dificuldade no processo de superação da pretensão de irresponsabilização do dano — e agora, pelo *risco ambiental* — atingindo não só o momento em que se discute como imputá-lo, mas sobretudo, o *momento genético* da produção do resultado proibido, importando a necessidade de elaboração de critérios de controle procedimental, que possibilitem a identificação do sujeito passivo da obrigação a ser imputada, que tanto poderá ser positiva (quando consistente em medidas de reconstituição ou recuperação do estado degradado) ou negativa (quando consistente na própria abstenção do comportamento degradador ou provavelmente poluidor, consistindo em sua interdição genética, ou mesmo na interrupção do estado reputado de risco, a abstenção de continuar a poluir ou degradar).

Nesses termos é que o Direito ambiental tem procurado oferecer propostas dogmáticas que visem atender da forma mais eficiente, ao problema genético da *localização do sujeito passivo* a que se pode imputar a obrigação jurídica oriunda da produção dos resultados constitucionalmente proibidos.

O *dano ambiental*<sup>172</sup> compreendido em sua dimensão coletiva — como objeto de *interesse de uma titularidade indeterminada, difusa e anônima de sujeitos na integridade do*

---

do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: IMESP, 2001. p. 597-606).

<sup>171</sup> Fala-se em resultado proibido para não se ter que recorrer à definição restritiva de anti-juridicidade, uma vez que os resultados a serem enfrentados não necessariamente se circunscrevem à dimensão do dano (que pode muito bem ser originários de comportamentos *lícitos*), mas também a problemas relacionados a eventos cuja concretude ainda é incerta e improvável (no sentido de que sua ocorrência não pode ser seguramente provada), exigindo um enfoque jurídico de *precaução*.

<sup>172</sup> A partir deste momento, quando se faz referência ao dano, não se pressupõe necessariamente a idéia de efetividade e atualidade da produção de resultados proibidos. Estes devem ser considerados como representação genérica relacionada à produção dos resultados ambientalmente inadequados e constitucionalmente proibidos, sejam eles concretos e já atuais — quando demandam obrigações de correção e recomposição do *status* originário — ou apenas minimamente prováveis, quando então emerge a dimensão do *risco*, e da aplicação do princípio da *precaução*, como razão suficiente para a justificação de medidas jurídicas de regulação.

*bem ambiental* — revela toda a complexidade das relações jurídicas que pode originar, notadamente nos casos envolvendo os efeitos ambientais da poluição industrial e da poluição atmosférica, com destaque às áreas de grande concentração de atividades desenvolvidas por extenso número de atores que poderiam ser considerados, *prima facie*, como potenciais poluidores ou degradadores, mas sem deixar espaço para uma evidente identificação de responsáveis perfeitamente individualizáveis ou determináveis<sup>173</sup>.

É o que acontece decisivamente, também, nos complexos casos de *acumulação histórica de cargas poluentes*<sup>174</sup>, onde o resultado proibido, atual, é produto da sucessão de seqüência e sobreposição de comportamentos que independentes ou em comunhão, concorreram, se não para a produção dos efeitos nocivos, para seu agravamento. Isso porque, diante das *incertezas científicas* que rondam a definição dos próprios *limites de tolerância jurídica ao comportamento*, determinado comportamento na cadeia história de poluidores, poderia eventualmente não ter sido considerado à época, como capaz de produzir um estado de lesividade.

Essa última observação mostra-se especialmente importante quando se considera que nem todo ato de intervenção à natureza deve ser considerado dano ambiental, qualidade que deveria ser identificada mediante a *realização de um juízo de proporcionalidade*, fundado no reconhecimento e admissão de que *nas sociedades de risco, graus ou limites de tolerabilidade devem ser suportados pelas gerações presentes*<sup>175</sup>. Não porque podemos realizar essa escolha trágica, mas porque a incerteza, que é atributo típico dos riscos, coloca-se como problema inafastável dos processos de decisão nessas sociedades.

Ainda em relação ao específico problema do anonimato subjetivo, sob a perspectiva dos pretensos poluidores, com maior freqüência deve ser observado que, não raras vezes, o dano não é resultado direto de um único, específico e bem determinado comportamento, mas de uma *acumulação de comportamentos, de fontes diversas, conhecidas e determinadas*, ou

---

<sup>173</sup> A qualificação das variantes do problema é enfrentada por Canotilho em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais*. p. 1-69; *A responsabilidade por danos ambientais – Aproximação juspublicística*. p. 397-407. Leite, a partir de pesquisa de Canotilho, organiza e explica um quadro que representa o que classifica como a *multidimensionalidade do dano ambiental*. (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. p. 241-243).

<sup>174</sup> O problema da poluição histórica é examinado em: CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 2, n. 5, p. 29-30, jan./mar. 1997. O exemplo mais recente no Brasil é o da contaminação dos moradores de uma vila inteira mediante a acumulação de emissões poluentes pela Shell, desde 1951, originárias de fábrica localizada próxima à Vila Carioca, e que atingiu área de 180 mil metros quadrados, equivalente a vinte e cinco campos de futebol. (ESSENFELDER, Renato. *Vila de SP tem água contaminada, diz laudo*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 de junho de 2002, Caderno Cotidiano, p. C 1).

<sup>175</sup> Cf. CRUZ, Branca Martins da. *Op. cit.*, p. 26-27.

mesmo desconhecidas e difusas, próximas ou distantes dos locais onde se verifica o dano<sup>176</sup>.

Essa situação representa uma espantosa e complexa modalidade de relação jurídica que refoge aos limites tradicionais da relação bilateral do direito de responsabilidade, envolvendo também, em muitos casos dessa natureza, um conjunto de *lesados* que, a princípio, não podem ser precisamente *quantificados* (em face da relativa imprevisão da extensão dos efeitos do comportamento poluidor), e no outro pólo, um complexo de *sujeitos potencialmente responsáveis* ou mesmo não identificados, a partir dos quais se poderia estabelecer o necessário nexo de causalidade<sup>177</sup>.

A gravidade das projeções desses *estados de anonimato subjetivo*<sup>178</sup>, indeterminação e incerteza, que qualificam o dano ambiental é revelada em toda sua potencialidade quando a abordagem é limitada pela *perspectiva dos lesados*.

A esse respeito, a matéria é muito bem examinada por Benjamin, quando reconhece a especial pertinência da matéria com a proteção dos interesses e direitos das *futuras gerações*, justificando a localização da temática do potencial anonimato do dano, no grupo de problemas aptos a produzir prejuízos à condição jurídica das futuras gerações, ao mesmo tempo em que enfatiza, especialmente, a importância do desenvolvimento de sistemas jurídicos de responsabilização civil adequados à proteção efetiva dessas novas necessidades.

Assim é que afirma não ser:

[...] nada fácil definir, com precisão, as fronteiras do *universo de vítimas*, seja a) pela operação *sui generis* da causalidade (o dano só se manifesta anos ou décadas após o fato original), seja b) pela própria arquitetura da relação jurídica ambiental, que envolve sujeitos ainda não nascidos (*gerações futuras*). Não é raro o dano ambiental deixar de se manifestar de imediato, atuando no plano intergeracional, sendo suas conseqüências mais terríveis detectáveis somente no futuro. Assim ocorre, p.ex., com a exposição *in utero* e com a degeneração genética. O comportamento danoso, por essa via, atinge até aqueles que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. Num tal cenário de causa-efeito de grande complexidade, fica inviabilizada a determinação *ex ante* dos sujeitos atingidos, bem como a avaliação da magnitude do dano, dano esse que é coletivo, envolvendo sujeitos presentes e futuros, vítimas desprevenidas e inconscientes, por isso mesmo completamente indefesas da

<sup>176</sup> Cf. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 13-14, jan./mar. 1998.

<sup>177</sup> Sobre o problema do anonimato subjetivo nas relações jurídicas que emergem do dano ambiental, mostra-se pertinente o registro de: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. p. 12-13).

<sup>178</sup> Branca Martins da Cruz, com base na leitura de Teubner, refere-se ao anonimato a partir do que chama de uma *cúpula invisível* ou *eco-máfia*, creditada à organização dos sistemas jurídicos de forma a não reconhecer a complexidade e a especificidade dos problemas ambientais, notadamente os relacionados à determinação ou substituição do critério do nexo causal para a imputação da obrigação de responder pelo dano ambiental. (CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas*. p. 34).

degradação ambiental.<sup>179</sup>

Acentuando ainda mais uma *qualidade intergeracional* do dano ambiental, Benjamin faz referência ao complexo problema da *causalidade diferida* ou *retardada*, que é resultado dos estados de incerteza científica que recaem sobre a própria qualidade das atividades de intervenção sobre o ambiente<sup>180</sup>.

Merece registro também, o fato de que as dificuldades crescem progressivamente em gravidade, quando se admite a dimensão do *dano ecológico puro*<sup>181</sup>. Este torna possível o reconhecimento nesse complexo quadro de relações jurídicas que se estabelecem em torno dos interesses de titulares humanos, determinados ou anônimos, de que *anônima não é só a titularidade dos interesses humanos lesados*. Anônimo também é, não raras vezes, *o próprio dano considerado exclusivamente em torno de seus aspectos ecológicos*, enquanto dano que atinge a natureza como valor autônomo. Neste, não é possível determinar sua extensão, seus efeitos, e até mesmo (em face das incertezas científicas que margeiam sua determinação enquanto dano) se o comportamento, poderia à data do evento, ter sido considerado na qualidade de dano. Trata-se de um dano *potencialmente invisível*.

O afirmado enfatiza o aspecto pelo qual, na cadeia de responsabilização e imputação subjetiva do dever de corrigir os comportamentos poluentes, a ponderação e a determinação sobre os interesses não se circunscrevem — como já afirmado no início deste trabalho — ao elemento humano, mas sim, principalmente, aos próprios valores naturais atingidos, *per se*<sup>182</sup>.

Examinando ainda o anonimato do dano ambiental sob a perspectiva dos lesados ou *vítimas potenciais*, ainda pode ser estabelecida uma relação de estreita vinculação entre esses e a natureza, uma vez que, como explica Benjamin, estão no rol de sujeitos tutelados ou de *vítimas potenciais*, os apenas concebidos, as *gerações futuras* (sujeitos sequer nascidos e que podem nunca vir a nascer), e também *a própria natureza*, momento em que se abre espaço para o *dano ecológico puro*<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. p. 13. Uma análise mais detalhada sobre o problema da consideração judicial dos estados de incerteza científica na atividade probatória perante os tribunais (especialmente em matéria de substâncias perigosas), pode ser conferida na experiência jurisprudencial norte-americana em: CRANOR, Carl. F.; EASTMOND, David A. Scientific ignorance and reliable patterns of evidence in toxic tort causation: is there a need for liability reform? **Law and contemporary problems**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. 64, n. 4, p. 5-47, 2001.

<sup>180</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. p. 39.

<sup>181</sup> Sobre esse aspecto, consultar o esclarecedor esquema elaborado por Benjamin. (Ibidem, p. 51). E sobre a autonomia jurídica do dano ecológico puro, oriunda do reconhecimento da autonomia jurídica do bem ambiental, consultar: CRUZ, Branca Martins da. **Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas**. p. 10.

<sup>182</sup> Cf. nesse sentido: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Op. cit., p. 51.

<sup>183</sup> Idem.

Isso porque, como explica novamente Benjamin, no sistema brasileiro estatuído pela Lei 6.938/81, “[...] a noção de poluição, no plano da ética ambiental, é *poliangular*, conquanto adota critérios estritamente homocêntricos (‘prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população’, ‘criem condições adversas às atividades sociais e econômicas’, ‘afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente’) e, ao mesmo tempo, outros de caráter biocêntrico (‘afetem desfavoravelmente a biota’).”<sup>184</sup>

Continua Benjamin, dizendo:

“É, por esse prisma, conceito indeterminado incorporado em norma-compromisso, já apontando visível transição de um sistema homogeneamente antropocêntrico e utilitarista, para outro mais bem sintonizado com uma nova ética ambiental, segundo a qual se valoriza a natureza e seus componentes *per se*, sem preocupação com sua relevância imediata para o ser humano.”<sup>185</sup>

Com o objetivo de enfrentar o *anonimato* nos processos de imputação da responsabilidade civil, a jurisprudência norte-americana desenvolveu interessante teoria que viria a se consolidar como referencial para as variantes subseqüentes, na forma da *alternative liability theory*<sup>186</sup>, utilizada como paradigma para o problema da identificação subjetiva dos responsáveis pelo dano ambiental.

A proposta foi desenvolvida pelo Supremo Tribunal da Califórnia como *organização procedimental de inversão do ônus da prova*, nas hipóteses em que era possível identificar concretamente, quais seriam aqueles que, com seu comportamento, poderiam ter produzido o resultado, mas não se sabia ao certo, com especificidade, quem era o efetivo responsável pelo dano.

Em tais situações, a solução funda-se na inversão do ônus da prova da identificação subjetiva da conduta, que é imputada a todos os *potenciais* responsáveis, mediante a afirmação, a princípio, da responsabilidade de todos enquanto *joint tortfeasors*. Nesse contexto, mediante a admissão da demonstração do estado de *completa irresponsabilidade* concreta, seria permitida a identificação precisa do efetivo responsável.

Esta técnica procedimental, noticia Colaço Antunes, foi utilizada inicialmente como interessante instrumento para a resolução daquelas *situações de anonimato potencial*, a partir

<sup>184</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Introdução ao direito ambiental brasileiro*. p. 74.

<sup>185</sup> *Idem*.

<sup>186</sup> Cf. COLAÇO ANTUNES, Luis Felipe. *Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades electivas da responsabilidade civil*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVII, p. 13-15, 1991.

dos problemas oriundos das *chuvas ácidas*<sup>187</sup>.

O professor português argumenta que a fundamentação de sua adequação como critério judicial, inspirou-se na admissão de que o comportamento dos potenciais poluidores não poderia, a princípio, ser considerado diligente, razão pela qual seria permitido ao lesado, a segura identificação de quem fosse o efetivo poluidor, cuja dificuldade não poderia ser creditada à sua incúria, uma vez que esta era originária das próprias condições criadas pelos eventuais responsáveis, que dificultaram a atuação do sujeito prejudicado.

Como principal *problema metódico* à recepção integral dessa teoria, pode ser citada a eventual existência de outros responsáveis pelo dano, que tenham contribuído em menor, igual ou maior grau pela produção do resultado, e que podem não ser incluídos nos processos de imputação, gerando situações de *evidente injustiça concreta na distribuição das responsabilidades particularizadas*, mediante a desobediência do mandado de proporcionalidade nesse processo de repartição.

Sofrendo outras críticas, a teoria da *causalidade concorrente (concurrent causation)* se utiliza de critérios ainda mais circunstanciais e contingentes, se forem considerados como referenciais, os esquemas tradicionais do Direito que supõem a perfeita subjetivação nos processos de imputação de responsabilidades, para a identificação e justificação da imputação. Pode-se ao menos reconhecer como mérito ponderável da proposta, a tentativa de se superar a intensa pretensão de irresponsabilização subjetiva pela produção do dano coletivo, a partir de fórmulas de *responsabilização de coletividades* que concretamente se revelem em condições de se comportarem como potencialmente poluidoras.

Assim, nessa proposta procedimental, é a *inseparabilidade do dano* que justifica a afirmação da responsabilidade de todos aqueles que tenham agido nas mesmas circunstâncias de fato. No entanto, parece apresentar como *defeito metódico*, ao contrário da *alternative liability theory*, não a *possibilidade de excluir potenciais poluidores*, mas a de *incluir eventuais sujeitos* que se mostrem com grande verossimilhança, *não poluidores*.

Outro critério metódico também fundado na responsabilização de coletividades como alternativa à reprodução da situação de *irresponsabilização subjetiva* diante do potencial anonimato dos responsáveis, é discutido a partir da *enterprise liability theory*<sup>188</sup>, que considera a responsabilidade integral de todos os potenciais responsáveis, mediante o reconhecimento de que *todos controlavam o risco global da produção*.

---

<sup>187</sup> COLAÇO ANTUNES, Luis Felipe. **Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades electivas da responsabilidade civil**. p.14.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 18-20.

Por fim, a mais importante variante da *alternative liability theory* é consolidada na *market share liability*, fundada na repartição da integralidade da responsabilidade por cotas de mercado.

Afirma Colaço Antunes por essa teoria, que: “[...] todo e qualquer infractor que não esteja em condições de demonstrar a sua <<estranheza>> relativamente ao facto danoso é responsável, não jointly and severally, mas na proporção da quota de mercado que cada uma das empresas detinha [...]”.<sup>189</sup>

Nessa formulação metódica, explica Colaço Antunes<sup>190</sup> que o fundamento da responsabilidade de coletividades está na assunção do risco, afirmando-se que todo e qualquer empreendimento que decida desenvolver atividades que sabidamente envolvam riscos de produção de resultados lesivos (a atividade em si é qualificada pelo risco), bem como aquele que assuma o risco de suportar conseqüências danosas — ainda que por ato ou fato que não lhe possa ser imputado culposamente ou dolosamente — também deve ser reputado *responsável pelo resultado anti-jurídico*, abrangendo a repartição da responsabilidade entre todos aqueles que assim se comportaram faticamente.

Observe-se que mais do que a simples aplicação do princípio estruturante das teorias objetivas da responsabilidade (a *aceitação do risco*), esta teoria comporta não apenas a afirmação da responsabilidade de determinado empreendimento industrial que materialmente foi responsável pelo resultado (responsabilidade objetiva *stricto sensu*), mas pretende propor solução para a *deficiência na localização do nexo de causalidade* que possibilite a imputação, mesmo que objetivamente, da *responsabilidade pelo resultado*.

Assim, *mais* do que fornecer critérios de imputação concreta e individualizada da obrigação jurídica, ou seja, que informem *como* se pode imputá-la ao *agente poluidor*, *fornece critérios metódicos que substituem a dificuldade de estabelecimento preciso do próprio nexo de causalidade, mediante a afirmação de que a coletividade será responsabilizada*.

Com essa exposição sintética das tendências metódicas de imputação subjetiva da responsabilidade pelo dano, merecem destaque recentes decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça, que parecem demonstrar ser crescente a preocupação com esses problemas particulares da efetividade da proteção judicial do ambiente em face do dano coletivo, que se circunscrevem — nos casos reputados mais representativos — à admissão da responsabilização de coletividades, ainda que não identificadas com suficiente precisão, seja:

<sup>189</sup> COLAÇO ANTUNES, Luis Felipe. **Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades electivas da responsabilidade civil**. p. 21.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 22-23.

a) pela afirmação da solidariedade entre responsáveis que se sabidamente tenham concorrido de qualquer forma para a produção do dano ou; b) pela afirmação da solidariedade, mesmo diante do absoluto anonimato no processo de subjetivação dos responsáveis<sup>191</sup>.

Sob essa abordagem, reconhece-se, *ab initio*, a *indivisibilidade do dano*, que justifica o estabelecimento do vínculo de solidariedade reconhecido entre todos os responsáveis pelo resultado, que tenham concorrido com o dano, direta ou *indiretamente*, como se pode verificar em voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, proferido nos autos do REsp 37.354-9-SP, que assim restou ementado:

Ação civil pública. Responsável direto e indireto pelo dano causado ao meio ambiente. Solidariedade. Hipótese em que se configura litisconsórcio facultativo e não litisconsórcio necessário.

I – A ação civil pública pode ser proposta contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente. Trata-se de caso de responsabilidade solidária, ensejadora do litisconsórcio facultativo (C.P.C., art. 46, I) e não do litisconsórcio necessário (C.P.C., art. 47).

II – Lei nº 6.898, de 31.8.81, arts. 3º, IV, 14, § 1º, e 18, parágrafo único. Código Civil, arts. 896, 904 e 1.518.

III – recurso especial não conhecido.<sup>192</sup>

Nessa hipótese, objetivava-se a inclusão do Estado de São Paulo na qualidade de litisconsorte passivo necessário em ação civil pública proposta em face de Freitas Guimarães Projeto e Construções Ltda, tendo em vista a produção de danos ecológicos oriundos da obra de construção do Presídio de Samaritá — executada pela empresa acionada — que efetuando o aterro, teria sido a responsável direta pelo resultado ilícito, tendo como responsável indireto — em face do interesse em sua construção — o Estado de São Paulo.

<sup>191</sup> A progressiva atenção dispensada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de oferecer soluções para impedir os estados de irresponsabilização em face do dano ambiental coletivo, não impede que se continue a identificar a reprodução de perigoso dogma, pelo qual se admite uma reserva absoluta do conteúdo decisório material do ato administrativo, que pretensamente impede seu controle judicial, resultando como consequência, a afirmação da própria irresponsabilidade do Estado. Nessas hipóteses, ainda que seja possível a identificação do agente poluidor ou degradador, sua irresponsabilidade é afirmada em face de um pretenso obstáculo à apreciação judicial do conteúdo material do ato administrativo. É o que se pode observar, v.g, no caso enfrentado em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Agravo regimental – Recurso especial – Ação civil pública – Ministério Público – Carência de ação – Município – Obra para proteção do meio ambiente. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 138.901 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Município de Goiânia. Relator Ministro José Delgado. Acórdão de 15 de setembro de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 17 de novembro de 1997. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

<sup>192</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública – Responsável direto e indireto pelo dano causado ao meio ambiente – Solidariedade – Hipótese em que se configura litisconsórcio facultativo e não litisconsórcio necessário. REsp. n. 37.354-9 – SP. Freitas Guimarães Projeto e Construção LTDA. *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Acórdão

Mediante a aplicação do conceito de poluidor previsto no art. 3º, inc. IV, da Lei n. 6898/81, reconheceu-se que a ação poderia “[...] ser proposta contra o causador direto, contra o indireto ou contra ambos.”<sup>193</sup>

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro entendeu que entre eles se estabelecia um vínculo “[...] de responsabilidade solidária, porquanto, em decorrência de lei, ambos são responsáveis pela mesma obrigação [...]”.<sup>194</sup>

Com o objetivo de se atribuir um *sentido eficiente* de proteção do ambiente em face das *dificuldades dogmáticas de subjetivação da responsabilidade em face do dano*, pretendeu-se reconhecer que a responsabilização pode atingir o comportamento do poluidor direto ou indireto, mesmo que oriundo de ente público. E por essa razão, o vínculo de imputação pode ser dirigido alternativamente a qualquer dos dois sujeitos, ou cumulativamente a todos eles, *sem que a opção pela primeira solução metódica, implique em restrição ou limitação desproporcional dos resultados* previstos como objetivos de proteção da norma, que importa particularmente, a *proteção contra a irresponsabilidade*.

Trata-se de um procedimento metódico que conjugou a possibilidade de evitar a irresponsabilidade, pela *afirmação de uma responsabilidade coletiva*, ou pela *seleção* do responsável entre aqueles que poderiam ser revelados pela reconstituição do nexo de causalidade.

Definindo os contornos da *responsabilidade coletiva*, explica Díaz que tal solução mostra-se adequada somente quando não há condições de determinar quem é o autor/responsável pelo dano, ou seja, refere-se exclusivamente a situações de anonimato, mesmo que a atividade esteja entre aquelas reputadas perigosas ou de risco.

Isso porque, como esclarece o autor argentino: “O risco assumido pelos componentes de um grupo que praticam uma atividade perigosa deve ser: 1º) o de responder pelos danos causados pelos seus atos; 2º) o de ficar também obrigado pelos atos dos outros, *se não for possível determinar o seu verdadeiro autor*. E mais nada.”<sup>195</sup>

Aqui pode ser destacada a importância fundamental do *controle de proporcionalidade das prognoses legislativas*, como *fator de ordenação do procedimento de decisão nos problemas de imputação subjetiva da responsabilidade*, de modo a *promover o controle, também, sobre os limites das técnicas de responsabilização coletiva ou de*

---

de 30 de agosto de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 18 de setembro de 1995. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>193</sup> Idem.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 106.

*responsabilização objetiva*, como garantia diante da atribuição de ônus arbitrários, excessivos e desproporcionais, que poderiam ser eventualmente imputados unilateralmente às coletividades ou sujeitos, no processo de seleção dos responsáveis, pelo autor da imputação.

Outro acórdão de significativa importância para o desenvolvimento jurisprudencial dessa temática, foi prolatado por ocasião de recente julgamento do Recurso especial n. 18.567/SP<sup>196</sup>, que teve por relatora a Ministra Eliana Calmon.

O voto da Ministra Eliana Calmon representa *substancial modificação no paradigma procedimental de controle da metódica de decisão*, e da própria ordenação dos valores, objetivos, critérios e razões de justificação, para a qualificação e principalmente, resolução dos conflitos ambientais pelos tribunais.

Sua importância é justificada por ter proposto um caminho para a decisão que se utiliza — a exemplo da particular experiência norte-americana — de critérios que permitem atingir uma *proteção específica, efetiva e adequada* do ambiente, principalmente diante de problemas relacionados ao grande potencial de irresponsabilização que margeia os processos de imputação do dano ambiental.

O problema dogmático enfrentado nessa ocasião, não se limitou simplesmente à *seleção* dos responsáveis, mas ao seu *anonimato*. Assim, a proteção concreta em face da irresponsabilidade não foi ordenada pela possibilidade de seleção dos responsáveis<sup>197</sup>, mas pela *impossibilidade de sua localização*, consubstanciada faticamente, pelo anonimato genético, que inviabilizou o percurso daqueles *caminhos alternativos dos nexos de causalidade autônomos*.

O acórdão restou ementado nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE PASSIVA – SOLIDARIEDADE.

1. A solidariedade entre empresas que se situam em área poluída, na ação que visa preservar o meio ambiente, deriva da própria natureza da ação.
2. Para correção do meio ambiente, as empresas são responsáveis pela participação na conduta danosa.
3. Recurso especial não conhecido.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade passiva – Solidariedade. REsp. n. 18.567 – SP. SOLORRICO S/A Indústria e Comércio *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo e OIKOS – União dos Defensores da Terra. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 16 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 02 de outubro de 2000. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>197</sup> Argumento que privilegia um *juízo de otimização*, que busca o responsável mais idôneo a suportar a obrigação.

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade passiva – Solidariedade. REsp. n. 18.567 – SP. SOLORRICO S/A Indústria e Comércio *versus* Ministério Público do

A ementa já parece revelar que na seleção das razões da decisão, o tribunal optou por privilegiar dois pressupostos nucleares: a) impedir o reconhecimento de um estado de irresponsabilidade diante da evidência do dano, e; b) não admitir ser possível que as dificuldades na localização e identificação precisa dos subjetivamente responsáveis, pudessem constituir obstáculo à pretensão de responsabilização.

A matéria enfrentada no Recurso Especial, como consta do relatório da Ministra Eliana Calmon, apresenta a irrisignação de SOLORRICO S/S Indústria e Comércio, perante condenação em ação civil pública também intentada face de outras vinte e três empresas, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e OIKOS – União dos Defensores da Terra. Como fundamento, foi afirmada a produção de danos ao meio ambiente, no caso, à Mata Atlântica e à encosta da Serra do Mar, no Município de Cubatão, local escolhido para a instalação de diversas indústrias e empreendimentos de alto risco, todos, potencialmente poluidores.

A partir da ênfase atribuída ao *acentuado conteúdo objetivo* da espécie de responsabilidade debatida na pretensão recursal, é que a Ministra Eliana Calmon reconheceu integralmente a assunção do risco, como fundamento da responsabilização em face do dano ambiental coletivo, afastando desse modo, as dificuldades de localização subjetiva do responsável.

No caso, foi utilizado o critério da solidariedade, reconhecendo-se que as vinte e quatro empresas eram, diante das condições concretas, aquelas que se mostravam mais aptas a terem produzido o comportamento poluente e a degradação da cobertura vegetal daquela região do município de Cubatão.

Confira-se o teor do voto da Ministra:

Ora, com muita lógica o saneador disse que, estando as empresas localizadas na área, eram as mesmas, em princípio, as mais credenciadas a figurarem no pólo passivo e, em um segundo momento, é que se apurará, entre elas, a participação menor ou maior do gravame[...].

A solidariedade é um traço que identifica a ação civil pública como um instrumento que se dirige contra todos aqueles que estejam ligados por uma base comum, como por exemplo, as empresas que se situam na área industrial que sofreu poluição, solidariedade esta que, após a perícia, pode ser descartada em termos de responsabilidade patrimonial.<sup>199</sup>

---

Estado de São Paulo e OIKOS – União dos Defensores da Terra. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 16 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 02 de outubro de 2000. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>199</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade passiva – Solidariedade. REsp. n. 18.567 – SP. SOLORRICO S/A Indústria e Comércio *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo e OIKOS – União dos Defensores da Terra. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 16 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 02 de outubro de 2000. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

Verifica-se também, que foi admitida a possibilidade de que o vínculo de solidariedade que reuniu todos os potencialmente poluidores em torno da obrigação de recomposição do dano, não fosse absoluto, podendo ser elidido mediante a demonstração concreta da irresponsabilidade subjetiva de cada um daqueles a que se imputou a obrigação, como pode ser verificado do destaque:

A solidariedade está ínsita (*rectius*) na ação civil pública, deixando claro o saneador que, da responsabilidade solidária de todos, o quantitativo de participação na recomposição do dano seria proporcional às suas condutas. É como se houvesse uma relação externa de unidade entre as rés em frente ao autor da ação civil e uma relação fracionária no plano interno, entre as empresas solidárias.<sup>200</sup>

Registre-se que com a Ministra relatora, votaram no mesmo sentido, os Ministros Franciulli Netto, Francisco Peçanha Martins e Fátima Nancy Andrighi, ausentando-se justificadamente, o Ministro Paulo Gallotti.

A solidariedade na forma como foi identificada pela Ministra Eliana Calmon, poderia muito bem ser justificada a partir da *indivisibilidade do dano*.

O modelo de justificação é utilizado por Benjamin, que explica ser a solidariedade originária não só “[...] de atributos particulares dos sujeitos responsáveis e da modalidade de atividade, mas também da própria indivisibilidade do dano, consequência de ser o meio ambiente uma unidade infragmentável.”<sup>201</sup>

Essa notável decisão na jurisprudência ambiental, proporcionou um quadro bastante representativo, das reais possibilidades e potencialidades de um *processo de decisão objetivo e metodicamente controlado*, para a organização de um sistema judicial que proporcione proteção efetiva do ambiente em face da irresponsabilidade, mediante *opções topicamente ordenadas pela necessidade de interdição do anonimato*.

A tendência de atribuição coletiva da responsabilidade — como alternativa para a superação dos potenciais estados de irresponsabilização — serviu de exemplo para a justificação de opções realizadas em julgamento ainda mais recente, que teve como relatora, a própria Ministra Eliana Calmon, onde reconheceu a atribuição coletiva da responsabilidade,

<sup>200</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade passiva – Solidariedade. REsp. n. 18.567 – SP. SOLORRICO S/A Indústria e Comércio *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo e OIKOS – União dos Defensores da Terra. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 16 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 02 de outubro de 2000. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

<sup>201</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. p. 38. Sobre o critério da indivisibilidade do dano na responsabilidade coletiva, consultar: DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. p. 206.

em todas aquelas situações onde o poder público se coloca como garante da regularidade da atividade, e falha no dever de fiscalização, circunstância que atrairia decisivamente a solidariedade, pela obrigação de responder pelos resultados onerosos.

Diante dessa hipótese, registrou-se na ementa do recurso especial n. 295.797/SP:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL.

1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública, solidariamente, o responsável direto pela violação às normas de preservação do meio-ambiente, bem assim a pessoa jurídica que aprova o projeto danoso.
2. Na realização de obras e loteamentos, é o município responsável solidário pelos danos ambientais que possam advir do empreendimento, juntamente com o dono do imóvel.
3. Se o imóvel causador do dano é adquirido por terceira pessoa, esta ingressa na solidariedade, como responsável.
4. recurso especial improvido.<sup>202</sup>

Nas razões de seu voto, a Ministra Eliana Calmon utilizou como fundamento decisivo para a opção de coletivização da responsabilidade, a circunstância de que “[...] a ação indenizatória deve dirigir-se contra a pessoa jurídica que praticou ou favoreceu a degradação do meio ambiente.”<sup>203</sup>

A solução eleita em todos esses casos, é útil para evidenciar em mais um momento, o sentido prático e o alcance normativo da *aplicação do princípio da precaução, como instrumento de proteção e realização dos novos direitos*.

Sua aplicação é enfatizada ainda mais quando se admite, a exemplo do que salienta Benjamin, a existência no plano constitucional, de um *dever genérico e abstrato de não poluir*, e de não degradar o ambiente, que produz como resultado, a inversão do ônus da prova do regime da ilicitude dessas atividades, em matéria do ambiente<sup>204</sup>.

Dessa forma, cabe diante da incerteza não só da própria ilicitude<sup>205</sup>, mas *também e principalmente, do próprio nexos de causalidade entre o comportamento poluidor e o*

<sup>202</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Ação civil pública. Dano ambiental. REsp. n. 295.797 - SP. Município de Santos e outros *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 18 de setembro de 2001. Publicado no Diário de Justiça da União de 12 de novembro de 2001. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de junho de 2002.

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. p. 18.

<sup>205</sup> Em matéria ambiental, a ilicitude não pode ser aproximada restritivamente idéia de violação de regra jurídica de proibição. Se se pretender manter a ilicitude como instituto idôneo nesta argumentação, deve-se modificar seu sentido para deixá-la sob a perspectiva da proibição dos comportamentos, para considerá-la sob a ótica da proibição dos resultados, não por regras jurídicas, mas também por princípios, onde especialmente o princípio da *precaução*, coloca sob censura todo e qualquer resultado potencialmente agressivo, exigindo a restrição da capacidade e das circunstâncias aptas a produzi-lo, ainda que inexistentes evidências científicas para qualificar o *comportamento* como perigoso.

*resultado poluente*, a transferência ao empreendedor — e não aos titulares de direitos ambientais —, o ônus de provar os efeitos negativos ou a inexistência do nexo de causalidade, perante o poder judiciário.

O último aspecto, é o que ocupa hoje — na busca de soluções para os estados de anonimato — a maior posição de destaque, uma vez que — como já afirmado por ocasião da análise da perspectiva da determinação subjetiva dos poluidores — dois são os problemas fundamentais, vinculados da mesma forma, à incerteza científica ou probatória, sendo ambos afetos ao nexo de causalidade.

Ou existe uma pluralidade de fontes potencialmente causadoras do dano, com multiplicidade de potenciais agentes poluidores; ou mesmo que identificada a verossimilhança da condição de poluidor a um ou alguns do grupo, ainda pode persistir o problema de se determinar se de fato é única a substância capaz de produzir o dano<sup>206</sup>.

Diante desse complexo quadro de dificuldades, mostra-se idônea a solução eleita pelo Superior Tribunal de Justiça, conduzindo à afirmação de uma *responsabilidade coletiva*, que poderia ser justificada a partir do risco da atividade, e da indivisibilidade do dano.

Sob essa perspectiva, o objetivo central da decisão judicial é *oferecer respostas a situações onde é grande o potencial de irresponsabilização*, e bastante provável a verificação de *situações de colisão* e contradição entre interesses, bens e direitos, que se colocam nas relações estabelecidas, em *posições de contraste*.

Sem dúvida, um grande passo foi dado, e novos caminhos são indicados para o desenvolvimento de renovadas propostas de trabalho da temática do dano ambiental coletivo, concreto ou provável, e fundamentalmente, de soluções mais eficientes para a resolução do ainda difícil *problema do anonimato* nos processos de imputação da responsabilidade, onde se faz presente de forma cada vez mais impositiva, *a aplicação do princípio da precaução e da proporcionalidade*.

Diante das necessidades ecológicas oriundas dos novos modelos de justificação dos direitos fundamentais, a aplicação conjugada desses princípios deverá se valer de *juízos de ponderação ecológica*, levando-se em consideração privilegiada, não o *comportamento* pretensamente poluidor, mas os *resultados* provavelmente poluentes, modificando radicalmente a *perspectiva* de enfrentamento da *crise ecológica* pelos instrumentos de regulação jurídica, no sentido de colocar a *vítima ambiental* e o *vizinho ambiental* (e não mais

---

<sup>206</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. p. 45. Cruz afirma que os problemas de anonimato são na verdade oriundos de problemas de prova e não de causalidade. (CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas*. p. 32).

o comportamento, a atividade, ou sua qualidade) na centralidade dos processos de decisão.

### 3.3. A TUTELA JURISDICIONAL DOS *DIREITOS BIODIFUSOS*: CONDIÇÕES DOGMÁTICAS E MODELOS JURÍDICOS DE REALIZAÇÃO DOS NOVOS *STANDARDS DE JUSTIÇA*

Tendo em vista a limitação temática proposta neste capítulo — vinculada à investigação do problema da realização dos novos *direitos fundamentais biodifusos* no espaço dos tribunais — uma primeira observação deve ser formulada.

A *ecologização dos textos constitucionais* — um dos resultados primeiros da abertura ambiental por que passam as organizações estaduais — passa a exigir uma maior aproximação dos operadores do Direito desse novo conjunto de valores, para permitir que a abertura ambiental seja completa, e se expresse nos procedimentos decisórios dos conflitos ambientais no espaço de atuação dos tribunais. Exige-se, portanto, mais do que nunca se exigiu, uma *atitude compromissória de aproximação constitucional* das práticas judiciárias.

Sousa Santos, Marques e Pedroso, examinando o quadro particular da função dos tribunais nas sociedades contemporâneas, afirmam — em referência aos direitos de cidadania — que em face de não terem encontrado nos países latino-americanos, um processo de consolidação gradual e seqüencial de acumulação, os tribunais sofreram uma espécie de curto-circuito no processo de implementação de um catálogo tão exigente, tendo se tornado, portanto, difícil e precária a tentativa de aproximação do direito ordinário (principalmente), da Constituição<sup>207</sup>.

Como resultado factível desse negro retrato histórico, indicam como uma das tristes heranças que parecem ainda hoje margear a atuação dos tribunais, o que chamam de uma *cultura jurídica cínica, que não leva a sério a garantia dos direitos*<sup>208</sup>.

Atento à advertência do sociólogo português, um primeiro desafio que se impõe à realização de tais direitos, é sem dúvida, a reprodução de uma *cultura jurídica que efetivamente leve a sério a garantia dos novos direitos biodifusos, atuais e futuros, do homem e da natureza*.

Tendo em mente essa primeira exigência — já como uma das condições para a realização de tal classe de direitos — outros elementos podem ser apresentados em uma

<sup>207</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 11, n. 30, p. 44, fev. 1996.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 44.

tentativa de reconciliação do Direito com o ambiente.

Assim, podem ser elencadas como propostas, as seguintes alternativas, sendo que grande parte delas, já se mostra apta a integrar os sistemas jurídicos, quando já não estejam integradas:

- a) a revisão ecológica dos sistemas constitucionais de proteção e definição de *direitos fundamentais*, mediante o atendimento de *necessidades ecológicas* de sua realização;
- b) a consideração da autonomia jurídica do ambiente na *escolha dos valores jurídicos fundamentais*, e na prática de uma *específica ponderação ecológica dos interesses em conflito*, de forma que necessidades ecológicas se apresentem como dados relevantes na aplicação do *princípio da proporcionalidade*;
- c) a aplicação dos princípios da *precaução* e da prevenção;
- d) a organização de sistemas de tutela preventiva com fundamento de justificação nas atividades de risco;
- e) a estruturação de um sistema tríplice de fundamentação dos processos jurídicos de proteção do ambiente, a partir do tripé: dano, ilícito e risco, sendo o último, o que se mostrará mais eficiente à tutela do ambiente, a partir da noção de precaução;
- f) progressiva consolidação das técnicas de responsabilização coletiva, como ponto de revisão dos sistemas clássicos de responsabilização civil.

Como o trabalho foi limitado às condições de sua realização no direito brasileiro, no espaço dos tribunais, optou-se por privilegiar, assim, a princípio, a relação direta que se estabelece com a necessidade de adequação das formas de tutela jurisdicional.

Em relação aos problemas relacionados ao anonimato subjetivo em face do dano ambiental, ganha particular destaque a dimensão da solução metódica da progressiva afirmação de sistemas de responsabilização coletiva.

Como afirma Noronha: “O fenômeno da *coletivização* traduz o declínio da responsabilidade individual perante o desenvolvimento de processos comunitários para indenização de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.”<sup>209</sup>

Entretanto, outro aspecto também pode ser evidenciado, que no contexto do amplo movimento de revisão e reorganização dos fundamentos de justificação do Direito ambiental,

---

<sup>209</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 88, vol. 761, p. 35, mar. 1999.

adquire importância fundamental no desenvolvimento das bases de um Estado de direito com vínculos ecológicos. Trata-se da avaliação da qualidade das decisões judiciais nas matérias relacionadas aos estados de conflituosidade ambiental.

Importa nesse sentido, verificar se os tribunais de fato conseguem atribuir o adequado tratamento de *dignidade* e *autonomia* que se espera seja conferido ao ambiente na decisão dos conflitos ambientais, e *em que medida* o ambiente é *considerado* nos processo de decisão.

Em síntese, mostra-se necessário avaliar se existe e em que grau é possível identificar nos tribunais, uma *comunicação fiel* entre os fundamentos de justificação de sua prática decisória em matéria ambiental, e a realização do complexo sistema de proteção, oriundo do compromisso constitucional em face do ambiente, que expressa um sentido ecológico na obrigação jurídica de realização dos objetivos de proteção.

A fundamentação dessa opção teórica, já realizada nos dois primeiros capítulos, pôde atingir como resultado, a indicação de exigências particulares colocadas à teoria dos direitos fundamentais, e que neste momento, projetam seus efeitos na forma do problema das condições de concretização jurisdicional dessas posições jurídicas de proteção. É a ocasião em que se revela toda a pertinência do reconhecimento dos novos *direitos biodifusos*, pela afirmação da necessidade de um sistema jurisdicional composto de *tutelas específicas e adequadas* à proteção dos novos direitos e posições jurídicas fundamentais.

Perante as conclusões retiradas da análise realizada naqueles capítulos, pode-se considerar que sua organização não pode ser conduzida de forma satisfatória, se não forem objeto de revisão, alguns dos institutos fundamentais de estruturação das bases do processo civil de cunho privatístico, que ainda hoje, é nas democracias ocidentais, vetor de orientação e ponto-de-partida para as propostas de concretização jurisdicional das novas espécies de direitos.

A explicação para a afirmação realizada, reside no fato de que, mesmo naqueles ordenamentos jurídicos que contam com instrumentos jurisdicionais especializados com referência à tutela de interesses transindividuais, muitas ainda são as dificuldades dogmáticas ou mesmo institucionais, para se iniciar um efetivo processo de reestruturação de institutos que são próprios daquele modelo privado de processo, e que por isso, continuam a ser utilizados com grande *desfuncionalidade* na composição de interesses que nenhuma relação guardam com esquemas intersubjetivos. Esse aspecto pode ser constatado, principalmente, no sentido que é tradicionalmente atribuído à tutela jurisdicional, e a institutos como a legitimação para agir e o interesse jurídico.

O bem ambiental é digno de consideração jurídica, integrando-se ao elenco de posições jurídicas reputadas fundamentais pelo texto republicano brasileiro de 1988, e exige que as decisões sejam sempre desenvolvidas em *processos* de ponderação (que são relacionais), e nunca na forma de manifestações decisórias singulares. O reconhecimento de que a proteção jurídica ao ambiente somente se faz a partir de relações de ponderação é essencial para justificar a correção dos processos de desenvolvimento de tutelas jurídicas diferenciadas que permitam atender as específicas qualidades de proteção exigidas pelo ambiente e pelas futuras gerações, no espaço dos tribunais (tutela jurisdicional).

A assunção dessa posição, indica como caminho necessário para a adaptação da tutela jurisdicional a esse conjunto de novas exigências, o reconhecimento à natureza, da condição de beneficiária de certas imposições ou obrigações, não parecendo que existam quaisquer problemas dogmáticos nesse sentido<sup>210</sup>, uma vez que:

- a) não se exige necessariamente a determinação ou a individualização da titularidade dos direitos<sup>211</sup>;
- b) que mesmo a teoria jurídica tradicional não repele a possibilidade do reconhecimento de direitos a entes que não sejam dotados de *personalidade real*;
- c) e que por fim, nem mesmo a orientação tradicional dos sistemas jurídicos exige que os titulares de direitos tenham necessariamente, a capacidade para exercê-los pessoalmente.

Noronha apresenta interessante contribuição nesse sentido, ao enfatizar que mesmo para o direito privado — onde o problema da representação de entes despersonalizados é basicamente analisado sob a perspectiva da definição da natureza jurídica do patrimônio — pode-se perfeitamente conceber a possibilidade da existência de patrimônios sem titulares atuais, de modo que o autor realça a necessidade de se compreender com precisão, a autonomia dogmática e a diferenciação do patrimônio em relação ao seu titular<sup>212</sup>.

O autor explica que a expressão *patrimônios sem titular* — ou como reputa melhor construída, *provisoriamente sem titular* — compreende basicamente “[...] aquelas massas de bens em situação digamos que de ‘pendência’, reservadas a determinados destinatários, que

<sup>210</sup> Pelo menos não de ordem dogmática, cientes que estamos de que tal atitude representa profunda ruptura com os fundamentos de justificação moral dos direitos do homem.

<sup>211</sup> Note-se a confirmação dessa afirmação, quando são reconhecidos expressamente os direitos difusos pela Lei n. 8.078/90, cuja qualidade essencial é o *anonimato*.

<sup>212</sup> NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 87, vol. 747, p. 17, jan. 1998. Nesse aspecto, opõe-se à postura clássica estruturada na necessidade de se identificar titulares individualizados que possam exercer de forma pessoal, os direitos que a eles são atribuídos. Nesse sentido, é a posição de Royo, recuperada por Calera, pela qual só se tem relação

ainda não existem, porque não nasceram (pessoas físicas) ou não foram constituídos (pessoas jurídicas), ou também que não se sabe quem sejam, ou se ainda são vivos.”<sup>213</sup>

Para sustentar a admissibilidade dessa situação mesmo no domínio do direito privado — onde também se demonstraria aquele mesmo problema relacionado às futuras gerações e à natureza, qualificado pelo possível desenvolvimento de direitos atribuídos a titulares não-humanos e de duvidosa consideração jurídica — Noronha vale-se da lição de Neumayer, para concluir com incisividade que qualquer espécie de direito pode ser decomposta em pelo menos três relações<sup>214</sup>.

Explica que primeiro está “[...] o titular formal do direito, que detém o direito, sendo em seu nome que é preciso fazer valer o direito. Depois existe o administrador que exerce o direito, freqüentemente em nome de um terceiro, e enfim, o destinatário: este último tem as utilidades do direito; é para satisfazer os seus interesses que o direito foi criado.”<sup>215</sup>

Por isso, o que se identifica em relação às condições de organização da tutela jurisdicional perante as necessidades das futuras gerações e da natureza, é um aspecto que também não é estranho ao direito privado e a todos os direitos, concebidos nesse domínio, como direitos subjetivos: não há nada que justifique ou imponha a necessidade de que haja uma *coincidência necessária* ou uma *identidade* de titulares entre os elementos que compõem a tríade qualificadora dos direitos.

Nessa perspectiva privada, o que não se pode conceber, como bem salienta Noronha, valendo-se novamente de Neumayer, é tão somente que se tenham direitos sem destinatários, que nada mais são do que *beneficiários de direitos*, bastando apenas “[...] quando não haja um titular que possa exercê-lo em seu nome, que ele seja reconhecido em favor de um destinatário determinado ou pelo menos determinável e que haja quem possa exercê-lo.”<sup>216</sup>

Remetendo as considerações ora expendidas — que tomaram por referência a questão dos direitos em uma ótica privada (direitos subjetivos) — para a perspectiva coletiva e intergeracional que qualifica as necessidades de proteção dos novos direitos, pode-se utilizar o mesmo modelo da tríade relacional descrito por Noronha, com resultados extremamente satisfatórios para a justificação de um novo sistema de tutela jurisdicional desses direitos.

Reconhecer direitos à natureza, tal como se constatou na situação dos exemplos clássicos de entes despersonalizados freqüentemente presentes na literatura jurídica

---

jurídica se existem indivíduos perfeitamente identificados. (Cf. em: CALERA, Nicolás López. *Hay derechos colectivos?* p. 142).

<sup>213</sup> NORONHA, Fernando. *Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos*. p. 26.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>215</sup> *Idem*.

tradicional, importa tão somente reconhecer a justiciabilidade de pretensões fundadas no cumprimento das obrigações, deveres e imposições relacionadas à proteção do bem ambiental, porque a proteção dessa posição jurídica, ao menos no atual texto constitucional brasileiro, é reputada fundamental.

Dessa forma, é insustentável afirmar-se a irracionalidade de propostas que prevejam instrumentos jurisdicionais de proteção dessas posições jurídicas, apenas porque florestas não podem falar e não podem demonstrar seus interesses.

Como salienta Stone em resposta a essa absurda objeção, corporações, Estados, menores, incompetentes, municípios e universalidades também não podem falar, e por essa razão advogados falam por eles<sup>217</sup>. No caso da natureza e dos entes inanimados, ou de interesses não-humanos, o que se deve deixar claro é que tal como nos esquemas clássicos de representação legal dos interesses de outros, o que se faz representado pela atividade do guardião são os interesses, v.g, do próprio rio, ou da floresta, que integram o conjunto de aspectos e elementos de relevância para o processo de decisão.

Particularmente em relação ao ordenamento processual brasileiro, deve ser enfatizado que há um grave equívoco reproduzido com frequência pela doutrina pátria, no sentido de considerar em relação de identidade, a verificação da coexistência do interesse processual e da legitimidade *ad causam* nas lides ambientais, estendendo atributos conceituais que se aferem no plano cognitivo eminentemente processual, aos próprios interesses materiais deduzidos na pretensão, visando obter a medida útil, necessária e adequada para sua tutela.

Esse desvio é responsável pela consideração de que a análise do interesse processual na proteção jurídica de atributos do bem ambiental — pertinentes à condição das futuras gerações — deveria ser realizada tomando como referência *o titular de legitimidade ad causam*, que seriam as associações civis, ou o próprio Ministério Público, já que os novos interesses biodifusos também se encontram sob regência da Lei n. 7.347/85, por força de seu art. 1º, inc. IV<sup>218</sup>.

A circunstância de se analisar esses atributos pela perspectiva abstrata do direito processual (legitimidade e interesse), não importa considerar que os interesses materiais (estes sim, comunitários e de impossível individualização), sejam considerados a partir da mesma

---

<sup>216</sup> NORONHA, Fernando. *Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos*. p. 27.

<sup>217</sup> STONE, Christopher. *Should trees have standing? – Toward legal rights to natural objects*. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

<sup>218</sup> BRASIL. *Lei 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. p. 209.

ótica.

O desenvolvimento desse raciocínio permitiria considerar, absurdamente, que os interesses ambientais deduzidos em juízo, para o fim de se obter medida compatível com sua proteção, também deveriam ser aferidos a partir da perspectiva do órgão titular da legitimidade ativa *ad causam*.

Nada mais equivocado, uma vez que os interesses deduzidos levam em consideração a própria condição da natureza e das futuras gerações, considerados de forma autônoma enquanto *beneficiários*, portadores de dignidade e objetividade jurídicas autônomas, e é sobre esses interesses que se requer a medida judicial compatível com sua proteção.

Em relação às posições jurídicas das futuras gerações, ressalta-se que não podem ser consideradas enquanto indivíduos, mas como *conjunto* difuso de pretensões de que são beneficiárias, mas que no entanto, serão exercitadas pelas próprias gerações presentes.

Por essa razão, quem atua na relação jurídica processual enquanto legitimado ativo, não é mais do que responsável pela concretização dessas posições e interesses, e por isso, apenas responde pela sua otimização, mas não pode, definitivamente, substituir no processo, esse conjunto de aspectos de consideração, por aspectos particulares ou parciais.

A tutela jurisdicional da condição jurídica da natureza e das futuras gerações, envolve portanto, processos onde se verificam com grande frequência, problemas relacionados ao controle não só da medida, como também da qualidade necessária de ponderação dos interesses, devendo ser atribuído valor jurídico especial a essas posições antes desconsideradas pela teoria jurídica clássica.

A afirmação da possibilidade da proteção dessas posições jurídicas, e o reconhecimento da complexidade dos processos de concretização dessas situações de garantia — que exigem bem mais que juízos silogísticos de remissão à fórmulas legislativas pré-estabelecidas — permitem considerar a possibilidade do desenvolvimento de sistemas de tutela jurisdicional específicos e estruturados a partir de dois supostos básicos: exigências diferenciadas de proteção, e condições de realização flexíveis e práticas, fundadas muito mais em juízos objetivos e concretos de adequação, do que em modelos teóricos onde são apresentadas hipóteses abstratas de pertinência e idoneidade.

### **3.3.1. Tutela Inibitória: Precaução como Critério de Ordenação Específica da Tutela Jurisdicional dos Novos Direitos**

O desenvolvimento dogmático do princípio da precaução — compreendido ao lado

da proporcionalidade, como princípio fundamental para a resolução de problemas de regulação relacionados a estados de incerteza — tem neste momento, importância particular para o tratamento dos problemas referentes à efetividade do acesso à justiça, considerados agora, a partir da perspectiva de uma tutela jurisdicional específica para a proteção dos novos direitos.

Wolkmer adverte que: “[...] há de se reconhecer que hoje toda e qualquer discussão referente à formulação de uma teoria geral sobre o fenômeno dos chamados ‘novos’ direitos passa, obrigatoriamente, por alguns pontos como sua natureza, sua fundamentação e sua instrumentalização processual (um ‘novo’ direito de ação).”<sup>219</sup>

Por isso, deve-se enfatizar especialmente a necessidade de formulação de novas espécies de tutela jurisdicional, especializadas e adequadas ao atendimento das qualidades diferenciadas que devem ser levadas em consideração, na concretização de direitos relacionados à proteção jurídica da vida, pois envolvem a proteção perante riscos e necessidade de atuação preventiva, mesmo quando são mínimos ou absolutamente inexistentes as evidências científicas que justifiquem medidas restritivas ou medidas de proteção.

Nesse espaço teórico destaca-se a urgência de adequação do conteúdo e dos efeitos das modalidades de tutela, postura que traz para o centro dos debates da tutela jurisdicional, o reconhecimento de que a leitura do ambiente a partir da perspectiva do sistema de justiça, exige a proposição imediata de novos modelos de atuação coletiva na tutela dos interesses transindividuais, e de outros modelos jurídicos de responsabilização, tendo agora como fundamento, o mandado de precaução.

No âmbito da tutela jurisdicional coletiva, revela-se de extrema atualidade, o desenvolvimento das tutelas diferenciadas<sup>220</sup>, e especialmente, do notável modelo oriundo do direito italiano, representado pelas *ações inibitórias*. Estas pretendem oferecer respostas mais adequadas às necessidades de tutela de direitos, não satisfeitas pela atuação da tutela cautelar, que supõe ainda, alguma vinculação com a noção de dano.

Nesse caso, o fundamento de sua atuação deixa de ser orientado pelo *dano*, em sua dimensão atual ou potencial, para se localizar no *ilícito*, como instituto dogmaticamente autônomo.

Deve ser esclarecido, *prima facie*, o preciso conteúdo do que se deve entender por

---

<sup>219</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Os “novos” direitos: seus mecanismos jurídicos de proteção. *Boletim da Associação Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 5, n. 25, p. 6, jul./set. 2001.

<sup>220</sup> Sobre o tema, cf. VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83-90.

tutela jurisdicional. As referências são identificadas nas obras de Marinoni<sup>221</sup> e Bedaque<sup>222</sup>, que acentuam que a definição de tutela jurisdicional, para realizar direitos de modo satisfatório, deveria ser lida em vínculo imediato com o direito material, posição que proporciona uma releitura constitucional do art. 75, *caput*, do Código Civil de 1916, rompendo com a perspectiva clássica e abstrata do direito de ação.

Define Bedaque que a tutela jurisdicional é: “[...] o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.”<sup>223</sup>

Nesse sentido, o processualista continua a explicar que “[...] quando se fala em tutela jurisdicional, surge o problema da escolha dos meios praticamente idôneos para a efetivação do direito, visto que há óbices difíceis de transpor.”<sup>224</sup>

Dinamarco, por sua vez, é incisivo, quando explica que: “Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraponto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados — e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados.”<sup>225</sup>

Como muito bem salienta Veronese, o que interessa à nova organização da tutela jurisdicional, é o *conteúdo do direito pleiteado*<sup>226</sup>.

O que se tem por objetivo na instauração de pretensões judiciais, é a preocupação cada vez mais atual, não com a proteção de bens jurídicos, ou *bens da vida* como presente com muita frequência no discurso da processualística clássica, mas sim, com a especificidade dos direitos a serem tutelados, promovendo um retorno diferenciado à fórmula primitiva já inscrita no art. 75, *caput*, do Código Civil brasileiro de 1916, pelo qual *a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*, que poderia agora ser lida como se *a todo direito*

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>222</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do Direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>225</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 21, n. 81, p. 54, jan./mar. 1996.

<sup>226</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 228; Direitos econômicos, sociais e culturais. Proteção jurisdicional dos interesses difusos e coletivos na população infanto-juvenil. **Seqüência**. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 40, p. 116, jul. 2000. Cf. também: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998. p. 142.

*afirmado, correspondesse uma ação que o assegurasse*, proposta que sem romper com a tradição abstracionista, recupera o objetivo de efetividade e realização de direitos, que serão concretizados pelas técnicas de tutela diferenciada e específica.

Outro ponto que convém ser melhor definido, dirige-se ao esclarecimento do que se deva entender por acesso à justiça nessa perspectiva de um *processo civil de resultados* (e em matéria do ambiente, exigente de *resultados ótimos*<sup>227</sup>).

Nesse sentido, Dinamarco explica mais uma vez, afirmando que: “O que importa não é oferecer ingresso em juízo ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis.”<sup>228</sup>

Partindo dessa perspectiva, modelos adequados de tutelas que possam proteger os novos direitos com efetividade — atendendo com idoneidade a especial qualidade desses direitos que se pretende tutelar — já podem ter seus contornos identificados na própria organização dogmática da tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

É o que se observa da redação conferida ao art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.347/85, que autoriza o ajuizamento de ação cautelar “[...] objetivando, inclusive evitar o dano ao meio ambiente [...]”, elegendo o momento que antecede o dano, como fundamento da forma de tutela, ao mesmo tempo em que se autoriza a utilização de medidas que sejam adequadas à proteção dos direitos, consistentes em obrigações de fazer ou não fazer de execução específica, tal qual se verifica do disposto no art. 11, *caput*, da Lei n. 7.347/85, e especialmente dos arts. 84, *caput*, da Lei n. 8.078/90 e 461, *caput*, do CPC<sup>229</sup> brasileiro, que tratam expressamente da previsão de tutela específica<sup>230</sup>.

Com base nessa interessante organização do sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, Marinoni afirma ser possível reconhecer aqui, a possibilidade de que se estructure espécies de tutela de conteúdo preventivo, mas objetivando *conter a própria ameaça do*

<sup>227</sup> Diz Mirra que a consagração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trouxe para o poder público “[...] a exigência de uma ação estatal ótima na gestão ambiental, não bastando que a tutela do Estado se desenvolva apenas formalmente dentro dos critérios legais.” (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente*. p. 65).

<sup>228</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. p. 55.

<sup>229</sup> Código de Processo Civil. (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.). *Código de Processo Civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 98.

<sup>230</sup> BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. p. 210. Exatamente por desvincular-se do dano, entende-se que a fórmula semântica eleita pelo legislador revele-se inadequada, de modo que não se trata, apesar do *nomen juris*, de autêntica forma de tutela cautelar, a inscrita no *caput* do art. 4º da Lei 7.347/85.

*ilícito, compreendido como instituto autônomo em relação ao dano*, de modo que o que se objetiva não é uma pretensão de ressarcimento, fundada no clássico esquema patrimonial da responsabilidade civil, mas produzir três possíveis efeitos no quadro das relações jurídicas: *impedir a prática, impedir a continuação*, e por fim, *impedir a repetição* do ilícito, entendido como a possibilidade de qualquer conduta contrária ao Direito<sup>231</sup>.

A notável aptidão dessa espécie de tutela preventiva à proteção jurisdicional do ambiente é evidente quando se pensa na versatilidade das pretensões admissíveis<sup>232</sup>, e principalmente, no objetivo legitimador da pretensão, a simples ameaça de violação, v.g, da legislação ambiental, na instalação de atividades industriais em área inadequada ou mesmo, sem o atendimento das restrições ou implementação das medidas necessárias a impedir o dano ambiental, exigidas previamente, pela legislação pertinente<sup>233</sup>.

Nesse sentido, não escapou à atenção do professor Marinoni que a proteção em face do ilícito possui origem constitucional, na medida em que as normas de regência dos interesses transindividuais definem geralmente, condutas ilícitas com o objetivo de evitar danos, de modo que, quando se afirma a proteção de determinados direitos que por sua natureza não podem ser violados, “[...] o legislador infraconstitucional está obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito.”<sup>234</sup>

Exemplifica citando determinada norma que proíba a construção de fábricas dentro de determinada distância. No caso, argumenta que a própria norma tem uma finalidade de

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. p. 27-28. No mesmo sentido e do mesmo autor: Tutela inibitória. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, ano IV, vol I, n. 41, p. 41, 31 de maio de 2000. Observa Marinoni, que diante da fórmula aberta prevista naqueles dispositivos legislativos, não se tem no Brasil, o problema de admissão de tutelas atípicas, presentes no Direito italiano, e superadas no ordenamento pátrio, mediante a autorização das *medidas necessárias*. De outra forma, salienta que a tutela inibitória não se estrutura na culpa, uma vez que: “[...] a culpa é um critério para a imputação da sanção pelo dano, sendo totalmente descartável quando se pensa em impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito. Se alguém está na iminência de praticar um ilícito cabe a ação inibitória, pouco importando se a culpa está presente.” (MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. **Tutela inibitória**. p. 42). Por essa razão, demonstra-se, a princípio, apta e idônea aos objetivos de antecipação que orientam a proteção dos novos direitos.

<sup>232</sup> A classificação das formas de tutela pode ser realizada de acordo com a espécie de pretensão postulada, que pode se apresentar na forma de *remoção* do ilícito, da *interdição da repetição* do ilícito, (tutela reintegratória), ou de *impedimento antecipado* do ilícito (tutela inibitória antecipada). Explica Marinoni que: “Remover o ilícito não significa apenas remover um ato concreto, de eficácia continuada, mas também eliminar uma situação de ilicitude que pode concretizar-se em uma atividade ilícita ou na observância de um fazer, imposto por norma legal.” (MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. p. 140). Diferenciando a tutela inibitória da tutela de remoção do ilícito, argumenta que em situações de repetição do ilícito, a inibitória visa apenas a imposição de medida que produza como resultado a *cessação da violação*. A tutela de remoção do ilícito, visa como afirmado, a própria remoção ou eliminação do ilícito. (MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. p. 117).

<sup>233</sup> Na espécie, considera Marinoni que se trata de tutela reintegratória de remoção do ilícito, uma vez que a interdição reprime ato contrário ao direito, e havendo ato contrário ao direito, está-se diante de ilícito que deve ser removido. (MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000. p. 134-135; **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. p. 117).

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. **Tutela inibitória**. p. 42.

proteção, objetivando evitar a poluição, de modo que sua violação, ou seja, a construção da fábrica, importaria o reconhecimento do ilícito<sup>235</sup>.

Entretanto, mesmo a interessante proposta dogmática do eminente processualista paranaense parece ainda não satisfazer plenamente aos objetivos constitucionais de proteção dos novos *direitos fundamentais biodifusos*, que não podem ser vinculadas à prévia prescrição normativa de norma jurídica que proíba determinado comportamento e que, portanto, qualifique a atividade como ilícita. Isso porque a regulação baseada em regras jurídicas que exigem mínimos padrões de certeza científica para a proibição de determinado comportamento — e somente a partir desse momento, autorizar medidas de proteção — não se coaduna com o significado jurídico do *princípio da precaução*, que impõe obrigação de regulação adequada mesmo perante estados de elevado grau de incerteza científica.

O binômio lícito/ilícito contribui muito pouco para a fundamentação de tutelas jurídicas adequadas para a proteção dos novos direitos, que têm como condições de realização, estados que não podem ser compreendidos, provados ou afirmados com segurança pela ciência ou por evidências técnicas e especializadas.

Exigir-se a prévia verificação de um ilícito — pelo menos no sentido que se lhe atribui genericamente, de contrariedade ao ordenamento jurídico — seria um grande retrocesso no particular, pois novamente traria à tona uma questão que já recebeu resposta definitiva do Direito ambiental: não há como se reconhecer exoneração de responsabilidades por prejuízos ao ambiente se os resultados lesivos têm origem em atividades lícitas e perfeitamente jurídicas. Não se exige em relação à tutela jurídica dos novos direitos, a exemplo da experiência proporcionada pela tutela jurisdicional ambiental, a necessidade de verificação da ilicitude no comportamento para a justificação de medidas de conteúdo preventivo (*lato sensu*)<sup>236</sup>.

Outros critérios devem ser levados em consideração para a fundamentação e justificação da proposta da tutela inibitória, propondo-se dois nesta oportunidade, dois: a precaução (que trabalha com a noção do risco *não provado*), e a consideração da posição jurídica das vítimas e de sujeitos potencialmente lesados.

---

<sup>235</sup> MARINONI, Luiz Guilherme Bitencourt. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. p. 29.

<sup>236</sup> A temática pode ser conferida amplamente em recente obra de Mirra, onde procura associar as providências próprias da tutela inibitória ao objetivo de supressão do fato danoso, sustentando que bastaria a lesividade da atividade e sua continuidade, posição que ainda parece estar associada à responsabilização, e à exigência da produção de resultados concretamente lesivos (dano). (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. p. 346-350).

Da exposição da fundamentação do princípio da precaução entende-se que o sistema constitucional brasileiro não fundamenta a proteção jurídica dos novos direitos nem no *dano* e nem mesmo no *ilícito*, mas sim no *risco*, que é fundamento da precaução.

O risco refere-se imediatamente a estados de incerteza e inconclusão do conhecimento científico e especializado disponível sobre determinado comportamento ou atividade, que mesmo diante da ausência de provas sobre sua capacidade de produzir prejuízos futuros, justifica e autoriza a imposição de medidas de proteção, que nesse aspecto, deixam de ser simplesmente preventivas, porque são autenticamente precaucionais.

Desse modo, não há necessidade de que se afirme nem mesmo a verossimilhança da existência de dano ou sequer se faz necessária a demonstração de que há violação a determinada regra jurídica (ilícito). O fato de determinada atividade ser lícita não impede que venha produzir prejuízos, ou que tenha aptidão para sua produção, principalmente porque à época de seu início, os dados científicos poderiam ser inconclusivos sobre sua aptidão ofensiva, e essa indefinição científica pode permanecer durante extensos períodos temporais.

Até este momento, as ações inibitórias do direito italiano, e na formulação da doutrina brasileira, trabalham com uma dimensão restritiva fundada na noção do *ilícito*. As ações para a tutela dos novos direitos devem lidar com a noção de *risco*, que não está relacionada propriamente ao *momento temporal* em que a medida é exigida, mas sim, às *circunstâncias que autorizam a imposição das medidas*, onde a certeza de prescrição de comportamentos proibidos ou de limites de tolerabilidade já conhecidos, cede espaço para a noção de precaução, que legitima medidas mesmo a partir da incerteza.

A configuração tradicional das ações inibitórias, originária do direito italiano — como ilustram com brilho, os trabalhos do professor Marinoni — parece ainda não contemplar essa situação, lacuna que, acredita-se, só poderá ser superada se a organização da tutela jurisdicional continuar a privilegiar as técnicas de tutela inibitória, mas prevendo outras formas de justificação de medidas, como a noção de *precaução* e mesmo a de *vítima potencial*, sendo que esta última já é utilizada com sucesso na configuração das ações inibitórias no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos<sup>237</sup>.

Uma interessante hipótese que pode se aproximar de algum modo das novas tendências propostas, foi apresentado perante a suprema corte norte-americana em *Friends of*

---

<sup>237</sup> Cite-se o reconhecimento de um *dever genérico de prevenção* a que faz alusão do professor Cançado Trindade residente na interpretação alargada dos arts. 1 e 2 da Convenção Americana, como registrado em seu belíssimo voto divergente em: COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso El Amparo**. (Voto disidente del Juez Antonio Cançado Trindade, Corte I.D.H., Reparaciones (artículo 63.1, Convención americana sobre Derechos Humanos)), Sentencia de 14 de septiembre de 1996.

*Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services, Inc*, onde parece terem sido reconhecidas novas funções para a fundamentação da responsabilidade civil em matéria ambiental, que possui íntima relação com a proteção jurídica de interesses de difícil compreensão científica e demonstração probatória perante os tribunais.

Em *Laidlaw* a suprema corte norte-americana afirmou a possibilidade da proteção de interesses futuros que ainda carecem de suficiente segurança científica para a demonstração da probabilidade da ameaça ou do risco afirmado, aspecto que traz indícios mais concretos para o desenvolvimento prático de sistemas jurídicos de responsabilização fundados no critério da precaução.

Na ocasião, a matéria central enfrentada importou que o tribunal investigasse a possibilidade da manutenção — na legislação de controle de poluição das águas (o *Clean Water Act*) — da imposição de penalidades civis tendo como beneficiário o Tesouro dos Estados Unidos, texto onde era ressaltado um peculiar objetivo que ainda passa desconhecido dos sistemas jurídicos de grande parte das nações que também contemplam, modelos de regulação baseados em fundos e seguros<sup>238</sup>.

A ênfase de sua destinação era creditada não somente à reparação e recuperação de áreas e ecossistemas degradados, como se faz freqüentemente na justificativa de sua instituição.

Conquanto também se destinasse a cumprir esses objetivos, o *Clean Water Act* considerou especialmente a circunstância de que ditas penalidades civis justificavam-se por um interesse que é contínuo, o de se ver livre de emissões ilegais no futuro<sup>239</sup>.

A função desse instrumento de responsabilização civil, não era propriamente a reparação ou recuperação de estados presentes degradados ou ameaçados, mas sobretudo, a *proteção do futuro*, trazendo novos caminhos para a reflexão sobre a justificação e fundamentação dessas técnicas, e que permitiu a abertura para o retorno à concepção processual de interesse que não fosse imediato, atual ou concreto.

Em *Laidlaw*, ao contrário do que se fez em *Lujan* — que limitou o poder congressional de se estabelecer a qualidade dos interesses a serem protegidos e da extensão da legitimidade

---

<sup>238</sup> Em nosso ordenamento jurídico, a disposição de destinação dos valores pecuniários, a um fundo, está prevista no art. 13, da Lei n. 7.347/85. (BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. p. 212). Sua regulamentação somente foi realizada em 1994, pelo Decreto n. 1.306 (BRASIL. Decreto 1.306, de 9 de novembro de 1994. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.). *Interesses difusos e coletivos*. p. 338-340).

para agir, por força da exigência constitucional do interesse de agir (o *case of controversy*), e que exigiria, na dicção de *Justice Scalia*, o prejuízo direto, imediato, próprio e atual — reconheceu-se não só um amplo poder de disposição legislativa nesse sentido, bem como a legitimidade de *Friends of Earth* para requerer a imposição pecuniária por *prejuízos futuros* relacionados *hoje*, diretamente a violações de regras regulamentares, *mesmo que não esteja demonstrado com segurança um risco substancial de continuidade do prejuízo* (violação) que hoje é sofrido, *e mesmo que a possibilidade de se prevenir ameaças futuras seja altamente especulativa*<sup>240</sup>.

Ainda que não seja este o objetivo principal da sanções pecuniárias destinadas ao fundo específico no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se já verificar a utilização dessa premissa para a justificação de imposições dirigidas ao poluidor (consistentes nas obrigações de fazer ou não fazer), onde por exemplo, a interdição de empreendimento *potencialmente* poluidor ou a paralisação temporária de suas atividades seria fundamentada exatamente em *juízos de probabilidade*, considerando nesses casos, a verossimilhança e a acentuada probabilidade de que na hipótese de sua não interdição, venha a produzir emissões intoleráveis, e *para que não venha poluir* é que se justificaria o *dever de sua interdição*<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> KRENT, Harold J. *Laidlaw*: redressing the law of redressability. p. 86.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p.87.

<sup>241</sup> Sobre a técnica proposta, é pertinente a consulta de: DENTI, Vitorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo* (Orgs.). São Paulo: RT, 1988. p. 19-21.

## CONCLUSÕES

O trabalho apresentou como contexto para a realização dos novos direitos fundamentais, o espaço das sociedades de risco, onde são caracterizados por relações de elevado grau de *complexidade*, *desreferencialização* nos padrões universais de legitimação de valores, e por *pluralismos morais*, onde os problemas não apresentam origens comuns, e não podem ser enfrentados de forma singular e descontextualizada.

Padrões de regulação normativa justificados em esquemas de previsibilidade científica, universalização de referências morais, prévia definição de respostas, e em soluções baseadas na normatização de expectativas, tornaram-se incompatíveis com a complexidade das relações da vida a serem reguladas, que passaram a exigir soluções *práticas*, concretamente orientadas e justificadas por referências morais cada vez mais diferenciadas.

A segurança jurídica e a certeza enquanto manifestações típicas de um racionalismo científico que permeou o desenvolvimento dos sistemas jurídicos ocidentais a partir do século XIX, passa a expressar nas sociedades complexas, diversos indícios não só de sua incompatibilidade, mas sobretudo, de sua *incapacidade regulatória* da nova realidade (meios), e de sua *ineficácia* (resultados) para mediar os novos problemas.

Sua incapacidade foi enfatizada no trabalho, contextualizando a regulação jurídica a partir de uma necessária relação que deve ser estabelecida entre direito, ciência e ética.

Os problemas de regulação jurídica das sociedades complexas estão associados a problemas de risco — que foram relacionados na pesquisa, a problemas de elevados graus de incerteza cognitiva — onde o conhecimento especializado (técnico e científico) tem cada vez menos capacidade de oferecer parâmetros de certeza e segurança para fundamentar opções ou decisões que têm que ser tomadas em diversos contextos: político, econômico, social, e especialmente, jurídico.

As sociedades complexas estão organizadas a partir de relações cujos elementos *não são compreendidos integralmente* pelos sistemas de conhecimento especializado, que oferecem somente uma visão que não é mais do que parcial, incompleta e insuficiente sobre os novos problemas, qualidades que representam com fidelidade os problemas relacionados à crise ecológica, que é uma *policrise*.

Nesse sentido, a pesquisa revelou que, nas sociedades de risco, não se constata simplesmente a existência de uma crise ecológica em que há condições de identificação de uma causa unitária e genérica a que se possa imputar todos os pecados mortais do desenvolvimento tecnológico, e especialmente das civilizações ocidentais.

Trata-se de uma *policrise* e que assim deve ser compreendida, como crise multireferencial e com várias origens, que colocam uma complexa ordem de problemas que devem ser considerados pelos processos de regulação jurídica de novos interesses e direitos, inserindo-se nestes, os novos *direitos biodifusos* relacionando humanidade e natureza em relações *dinâmicas*, cujo principal atributo é a *imprevisão*.

Certeza e segurança perdem nesse contexto de complexidade, o privilégio como objetivos a serem atingidos por padrões de regulação, porque a própria ciência perde seu lugar de privilégio como referência cognitiva nas *sociedades de risco*.

Esses contextos deixam de se inspirar em *modelos cientistas*, para preferir modelos que permitam superar os atuais *problemas de conhecimento* relacionados a situações de incerteza e elevados graus de imprevisão, que não dependem exclusivamente de informações especializadas e de alto grau de tecnicidade.

A opção proposta para solucionar a incompletude do conhecimento para a solução de problemas de complexidade foi a comunicação com dados não científicos, relacionados ao político, ao econômico, ao social, e principalmente, à dimensão ética.

As relações na complexidade deixam de privilegiar padrões de decisão unilateral, para valorizam padrões de participação, porque diante da impotência da ciência para oferecer respostas técnicas diante de bases de informações deficitárias, reconhece-se que deve ser proporcionada a *interferência* de outros dados (não-científicos), para suprir os problemas de decisão.

Nesse processo, não é a *autoridade científica* a única legitimada a decidir, porque ela não tem mais condições de fazê-lo. Todos (sujeitos sociais) são necessários para a formação das condições de decisão, porque trarão ao processo, informações de conteúdo político, econômico, social e mesmo pessoal, que serão decisivos para influir no resultado pretendido.

As relações de complexidade não são relações de autoridade, mas relações com um significado essencialmente ético, porque da ética recuperam o significado da *dignidade* e da

*solidariedade*, que ganharão qualidades diferenciadas: uma *dignidade moralmente plural* e uma *solidariedade* sem restrições temporais.

A dimensão do tempo passou a definir um conjunto particular de qualidades éticas e de interesses que não são autônomos, organizados em instáveis relações, qualificadas por atributos de dignidade e autonomia jurídicas.

Demonstrou-se que a composição desses interesses e qualidades está vinculada à relação estabelecida entre homem e natureza, e que se reflete diretamente no problema da eficácia do direito ambiental, compreendido aqui não como um restrito instrumento de proteção jurídica da natureza, mas de *proteção jurídica da vida*, onde o que se protege em uma perspectiva *antropo-bio-ética*, é um *direito à vida segura*.

Propor a organização da proteção jurídica dos direitos das futuras gerações exigiu que fosse realizada inicialmente, uma radical reorganização dos sistemas de justificação moral dos direitos fundamentais. A teoria clássica de justificação e legitimação dos direitos fundamentais foi contextualizada perante um novo modelo de organização das relações sociais, que se desenvolvem agora em um espaço de complexidade e de transição.

O reconhecimento pela teoria dos direitos fundamentais, de uma dignidade de conteúdo moralmente diferenciado, é complementada e justificada pela consideração da *solidariedade*. Esse aspecto é fundamental porque permitiu a abertura temporal necessária para estender a consideração de uma condição jurídica de dignidade não só à natureza, mas também às futuras gerações.

A atribuição de dignidade jurídica à condição da natureza e das futuras gerações depende necessariamente da consideração da *solidariedade*, e de sua compreensão a partir do aspecto temporal, reconhecendo que a proteção da vida não se limita à segurança *pessoal* dos membros da sociedade, e muito menos à garantia de segurança dos membros *desta* sociedade (de hoje).

O modelo ético que sustenta as novas referências cognitivas para o Direito e para a Constituição, não se identifica com propostas de fundamentalismo ecológico originárias na ecologia profunda (*deep ecology*), e por isso, não se fundamenta no privilégio do ambiente na relação com a humanidade. Do mesmo modo, também não privilegia a posição da humanidade nessa relação, rejeitando modelos de acentuado sentido antropocêntrico.

Verifica-se nesse modelo, o estabelecimento de uma relação ética entre natureza e humanidade, onde não há hierarquia na consideração da dignidade de qualquer das dimensões da relação: nem a humanidade e nem a natureza, mas humanidade e natureza, em uma relação que não é de seleção de valores, mas de interações e de trocas; uma *antropo-bio-ética*, possível somente quando há condições de abertura cognitiva de todos os sistemas, permitindo uma comunicação plural.

Os processos de seleção e opção dos valores fundamentais das organizações estaduais democráticas tiveram que considerar necessidades ecológicas na qualidade de imperativos não apenas éticos, mas jurídicos, no momento genético da própria definição de quais são os direitos fundamentais, reconhecendo-se definitivamente que não só o homem e sua dignidade possuem *pertinência jusfundamental*.

As escolhas fundamentais é que definem agora objetivos a serem *perpetuados pelos direitos fundamentais*, objetivos que devem necessariamente expressar a identidade de um *Estado democrático de direito ambiental*, e que expressam que são fundamentais para esse Estado, a proteção da vida, que se faz considerando-se que são dignas de proteção, a condição jurídica da natureza e a condição jurídica da própria humanidade.

Afirmou-se no texto, que no *Estado democrático de direito ambiental*, são sempre fundamentais as escolhas que se vinculem a um novo sentido de proteção do direito à vida: um direito à vida que não se esgota no tempo e que não se restringe à pessoa humana. Por isso é politicamente fundamental nesse Estado de direito, que se garanta proteção jurídica à natureza e às futuras gerações.

Necessidades ecológicas nesse sentido, não são nada mais do que as próprias necessidades da vida, e não apenas as necessidades da natureza.

Natureza e humanidade, atual e futura, compõem o amplo quadro de proteção dos *direitos fundamentais biodifusos* e do significado que deve ser atribuído às necessidades ecológicas.

Com essa nova perspectiva proposta para a organização dos direitos — reconhecida no trabalho — uma teoria dos *direitos fundamentais* passou a dividir espaço também com uma teoria constitucional dos *deveres jurídicos fundamentais*.

Nesta, que se mostrou mais adequada à temática da pesquisa, reconhece-se que a natureza e as futuras gerações gozam de estados jurídicos de dignidade, que justificam *per se*, a qualidade de *beneficiários de deveres de realização ótima de seus objetivos*.

Diante da exposição das dificuldades de sustentação de autênticos direitos atribuídos a novos sujeitos que têm dificuldades de serem aceitos pela racionalidade jurídica ocidental — organizada em um rígido esquema liberal de direitos privados e obrigações recíprocas atribuídas à pessoa humana viva— considerou-se que não há prejuízos em se compreender a proteção jurídica da natureza e das futuras gerações, seja pela ótica de um discurso dos direitos fundamentais, seja pelo reconhecimento de deveres fundamentais.

Reconheceu-se, portanto, que os *direitos fundamentais biodifusos (intergeracionais)* são responsáveis pela organização de um novo caminho para a teoria jurídica dos direitos fundamentais, e que indicam novos referenciais de justiça e padrões de regulação para o Direito. Nesses, a referência básica para a concretização de todos esses conteúdos materiais, é o processo, indicando-se que todas as decisões são antes de mais nada, produto de *relações* (plurais), e não de opções pessoais e unilaterais.

A consolidação de *necessidades ecológicas* contribui para a afirmação de uma *abertura ambiental do Estado democrático de direito*, que tem como padrão específico de justiça, a *justiça ambiental*, padrão que é fundado em um *princípio da equidade intergeracional*, e que reúne em seu conteúdo, exigências de *justiça intrageracional e intergeracional*.

Exigências de *justiça ambiental* são exigências de uma *justiça política e inclusiva*, porque distribui *padrões de justiça — justa medida, equilíbrio e proporção —* de forma isonômica, não só entre os membros desta sociedade, como também entre os membros das futuras sociedades.

Esse particular esquema de justiça — conquanto cause perplexidade à teoria jurídica tradicional, por apresentar pretensões de juridicidade (e principalmente, de justiciabilidade), de *interesses e direitos moralmente diferenciados e de futuras gerações* — pôde ser justificado sem maiores dificuldades, como se demonstrou, mesmo perante aquela.

Exigências de *justiça ambiental (intra e intergeracional)* constituem o fundamento decisivo para a integração dos valores naturais aos valores humanos, em um avançado sistema de *proteção jurídica da vida*, que fundamenta direitos *biodifusos* reunidos em torno de *deveres*

atribuídos a *titulares indeterminados* em benefício de titulares futuros, e que tem por conteúdo fundamental, a proteção de um patrimônio comum, que interessa à *vida de todos*.

A pesquisa ainda enfatizou que, no modelo ético que sustentou a reorganização da teoria jurídica dos direitos fundamentais (*antropo-bio-ética*), não há traços de um retórico holismo que tudo envolve e tudo relaciona, porque este é essencialmente *estático*.

A opção pela *antropo-bio-ética* enfatizou — com a afirmação de interações e comunicações — a noção de movimento e outra noção que se mostrou fundamental para a compreensão da proteção constitucional do ambiente no Brasil (art. 225, *caput*, CRB): os equilíbrios ecológicos não são equilíbrios estáticos, são *equilíbrios dinâmicos*, e por isso, quando nossa Constituição trata de proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não quer e nem pode tratar de outra coisa, senão da proteção de um *equilíbrio dinâmico*.

A nova ética é a ética de uma sociedade tecnológica e de riscos, onde não há espaço para modelos teóricos estáticos (holismos), porque seus problemas são problemas de complexidade (dinâmicos).

Os equilíbrios são dinâmicos porque não podem ser seguramente previstos pela ciência ou pela técnica (imprevisibilidade), ressaltando traços de desordem e caos nos sistemas, que no entanto, não prejudicam a manutenção da referência equilíbrio. Isso porque, enquanto relação, as diversas variáveis do sistema nunca poderão atingir um *ponto máximo* (que é o equilíbrio), mas somente *momentos ótimos*.

Por não se poder prever quais serão esses momentos de aproximação que se faz de um objetivo máximo — que é o equilíbrio — é que essas relações de equilíbrio atingidas serão sempre *dinâmicas*.

As interações e trocas mantidas no modelo ético — entre as dimensões moralmente diferenciadas da relação — foram dessa forma, particularmente apropriadas para compreender no plano ético, e depois, orientar no plano jurídico, o específico sentido de organização dos sistemas ecológicos.

Esse caráter de movimento na relação substitui um equivocado modelo de equilíbrios estáticos.

Por essa razão, a referência cognitiva de equilíbrio para a Constituição brasileira, é a que regula um direito a um equilíbrio ecológico dinâmico, com o que se rejeitou na pesquisa, posição cuja reprodução ainda é muito comum na comunidade jurídica, que sustenta um ingênuo objetivo

de atingir equilíbrios ecológicos estáticos como expressão de proteção da própria norma constitucional.

Reconhece-se que a comunidade jurídica brasileira ainda não identifica dimensões diferenciadas do equilíbrio, e o considera estreitamente vinculado a um *direito de danos* e a uma perspectiva *repressiva* do significado de *responsabilidade*.

Proteger o equilíbrio objetivado pela norma constitucional não se adstringe a exigir a reconstituição do ambiente ao *status quo ante* — raciocínio que supõe recuperar a degradação já realizada e originária de um dano — porque o próprio objetivo colocado por esse direito de danos (atingir o *status quo ante*), supõe um estado estático que precisa ser recomposto.

Como se verificou no desenvolvimento do trabalho, essa noção estática de equilíbrio da qual depende o objetivo de retornar ao *status quo ante* — própria desse *direito de danos* — é de impossível localização nos sistemas ecológicos — que não são estáticos, mas dinâmicos — e se encontram em constante movimento, pois são, por sua própria natureza, imprevisíveis.

Diante da qualidade dinâmica dos equilíbrios dos sistemas ecológicos, mostrou-se ilusória e dogmaticamente absurda a manutenção de uma pretensão de atingir um *status quo ante*, já que nem mesmo se sabe quais são os pontos de equilíbrio que existiam no momento de sua ruptura, se esses pontos continuariam a se desenvolver da mesma forma, ou se poderiam ser atingidos de outra forma ou em outro momento.

Afirmou-se que o equilíbrio da vida de que trata a Constituição, não é o mesmo equilíbrio de que falam os juristas, razão pela qual os dois mundos tiveram que ser reconciliados através de uma linguagem conciliatória: o caminho da precaução como vínculo para a concretização das exigências de *justiça ambiental*, caracterizadas como exigências de soluções de equilíbrio e proporção ecológica.

A linguagem conciliatória proposta optou por considerar a concretização dos novos direitos a partir de uma perspectiva diferenciada de regulação jurídica, que ante o contexto de complexidade (onde a imprevisibilidade é característica fundamental), exigia esquemas normativos distintos de modelos de regras jurídicas.

A impossibilidade de se oferecerem condições de aplicabilidade clara aos novos direitos fundamentais, aliada ao alto grau de incerteza e indefinição sobre os resultados que devem ser alcançados nos processos de decisão, indicaram a opção que *privilegia* um modelo de princípios.

Dessa forma, a precaução foi examinada no trabalho — assim como os próprios *direitos fundamentais biodifusos* — na qualidade de princípio, por serem os princípios, ordens de otimização de que determinado conteúdo se realize da melhor forma possível, e de acordo com as condições fáticas e jurídicas apresentadas na hipótese concreta de realização.

Nesse processo de otimização, o que importa ser considerado é se, de acordo com as possibilidades apresentadas no caso concreto, os instrumentos, opções, alternativas ou meios utilizados, foram os melhores para a realização do resultado do processo, resultado que é a própria concretização dos direitos fundamentais.

Essa característica da arquitetura dogmática de um modelo jurídico de princípios é própria também da caracterização do princípio da proporcionalidade, que procura proteger uma *relação de pertinência e proporção* na atividade de concretização dos direitos fundamentais; a *justa medida*, que nada mais é do que uma *proporção*.

Direitos fundamentais nessa perspectiva, são o *resultado da aplicação de princípios*, em um modelo flexível de concretização do próprio Direito, que parte de exigências de razão prática, e busca oferecer respostas para problemas jurídicos concretos. Isso porque admite-se que a concretização da própria Constituição só pode ser realizada da melhor forma possível (ótima), se atender as especificidades concretas de justiça. Por isso o padrão de direito de um modelo de princípios, é de um direito *situativo* ou *líquido*.

Os direitos fundamentais são reconhecidos no texto, como princípios concretamente considerados, e dessa forma também foram considerados na pesquisa os *direitos fundamentais biodifusos*.

As qualidades diferenciadas desses novos direitos são organizadas na Constituição brasileira (art. 225, *caput*), a partir de um princípio específico: o princípio da equidade intergeracional, que define que os direitos que resultam de sua aplicação, devem considerar especialmente, exigências de *solidariedade intergeracional*.

No caso específico da ordem constitucional brasileira, a condição jurídica das futuras gerações não só conta com atenção de norma específica, como também pode ser considerada expressão de uma particular realidade cultural, resultado de um *momento constitucional* em que se reputou fundamental optar pela proteção e manutenção de uma sociedade não só justa, mas solidária.

Nesse sentido, o art. 3º, inc. I, do texto constitucional brasileiro, expressa que proteger ou atingir uma sociedade justa e solidária, é *opção política fundamental*, escolha fundamental da própria República Federativa do Brasil.

A consideração jurídica das futuras gerações é manifestação de *solidariedade entre as gerações*, e caminho para a construção de uma sociedade justa, que prime por atingir os objetivos de *justiça ambiental* do novo *Estado democrático de direito ambiental*.

Concretizar os novos direitos fundamentais — definidos a partir de um princípio — é portanto, tarefa de *otimizar concretamente* o objetivo de *proteção ótima da vida para todos*.

No conjunto de princípios analisados, o *princípio da precaução* destacou-se como padrão de regulação típico das hipóteses de decisão sobre os novos direitos, porque estas estão relacionadas à sua concretização, envolvendo problemas cognitivos, de defeitos, ausência, ou insuficiência de conhecimento especializado.

O princípio da precaução surge como referência para a regulação dos novos problemas porque indica caminhos conciliatórios para a superação desses estados de incerteza, manifestações típicas do fenômeno do risco.

Para sua análise, considerou-se a definição do risco diferenciando-o dogmaticamente do perigo. Para a pesquisa, os riscos são resultados de comportamentos voluntários (e não naturais, como os perigos), e que submetem as sociedades a problemas de decisão inacessíveis ao estado de conhecimento que se tem no momento.

O princípio da precaução, nesse contexto, é o caminho para organizar condições para o oferecimento de soluções de regulação, que são exigidas mesmo perante bases de conhecimento *inacessíveis, incompletas, insuficientes* ou *inexistentes*.

Dada a imprevisão dos próprios sistemas ecológicos, considerou-se na pesquisa, que o princípio da precaução poderia ser compreendido a partir de duas perspectivas diferenciadas, para a proposição de suas alternativas de regulação.

Pela primeira — mais comum — pode instituir soluções de regulação a partir de *limites de tolerabilidade*, o que só se mostra razoavelmente adequado, quando o grau de incerteza é mínimo, havendo condições de se fixação de limites a partir de bases de dados razoavelmente seguras (evidências). Nessa perspectiva, o que se tem é *mínima incompletude do conhecimento disponível*.

Na segunda perspectiva, as soluções de regulação são exigidas mesmo perante situações onde o conhecimento científico apresenta *elevado grau de insuficiência* ou quando se apresenta na forma de *máxima indefinição cognitiva*, que é a própria *incerteza*.

Nessas situações, soluções baseadas em limites de tolerabilidade mostram-se inadequadas porque os estados de fato mostram-se inacessíveis ao conhecimento especializado, indicando-se como solução, a estruturação de processos que integrem outros dados não-científicos para suprir as lacunas cognitivas, e que necessariamente terão que realizar avaliações (ponderações) de conteúdo ecológico (*antropo-bio-ética*).

A exigência de regulação jurídica mesmo diante de bases de conhecimento *limitadas, inacessíveis, insuficiente e incertas* é a característica identificada tipicamente no *princípio da precaução*, e que foi demonstrada também no *princípio da proporcionalidade*.

Posicionado no trabalho, como princípio que controla a aplicação de outros princípios (e portanto a concretização dos direitos fundamentais), o princípio da proporcionalidade oferece critérios (necessidade, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) para permitir a aplicação de normas jurídicas definidas a partir de estruturas flexíveis de aplicação onde os resultados nunca podem ser previamente definidos (princípios).

Por isso, considerou-se como nova dimensão do princípio da proporcionalidade, a *aptidão para decisão perante bases de conhecimento defeituosas ou inexistentes*.

Nas sociedades complexas, o princípio da precaução e a nova perspectiva do princípio da proporcionalidade, são exigências diretas de uma característica fundamental de seu modelo de Direito: há uma obrigação jurídica de se decidir mesmo diante da incerteza, proibindo definitivamente qualquer estado de *non liquet*, gravemente prejudicial aos novos direitos fundamentais.

A pesquisa também considerou que os processos de concretização de ditos direitos, devem, portanto, levar em conta necessidades de *outros momentos* para efetivamente proporcionarem condições de um resultado ambientalmente justo, porque as decisões agora não possuem apenas efeito imediato. São essencialmente *decisões de longo prazo*, que portanto, devem considerar outras necessidades de um momento futuro, para bem decidir.

Novos direitos fundamentais remetem necessariamente não apenas a decisões temporalmente adequadas (proteção no momento adequado), mas a decisões sobre o próprio tempo.

Considerar-se uma quarta dimensão para os direitos fundamentais importou reconhecer e afirmar um interessante direito ao tempo: direito que reconhece um *direito ao seu próprio tempo*, e um *direito ao seu próprio ritmo*.

A proteção do futuro depende de ações, condutas, e principalmente, da qualidade de decisões que são tomadas hoje e imediatamente, não podendo ser postergadas para o próprio futuro. Portanto, do que somos, do que fazemos, e de como decidimos hoje, depende necessariamente a condição jurídica das gerações futuras.

Reconhecer que os direitos fundamentais devem considerar o direito ao tempo, e portanto reconhecer que direitos fundamentais também importam escolhas fundamentais — (Constituição) que são escolhas sobre o próprio futuro — é a afirmação decisiva para o desenvolvimento dogmático dos novos direitos fundamentais, que nessa perspectiva, põem-se como necessidades de uma nova *justiça constitucional*.

A constatação de um grave *défice* de implementação dos novos direitos, conquanto tenha sido apresentada em seus contornos e pressupostos teóricos ao longo dos dois capítulos iniciais, foi especialmente constatada e demonstrada com maior evidência no terceiro capítulo, através da análise de casos difíceis originários de dois tribunais superiores nacionais (STJ e STF), de tribunais de justiça dos Estados-membros, tribunais regionais federais e em menor número, da suprema corte norte-americana, que foi realizada a partir do específico referencial do texto constitucional brasileiro de 1988.

Demonstrou-se que os tribunais, notadamente em matérias afetas às relações entre Administração Pública e ambiente e à proteção jurídico-penal do ambiente, deixam de realizar com freqüência — diante de situações onde se identifica potencial colisão entre interesses de manutenção de condições jurídicas de ordem moral diferenciada (homem e natureza em pólos opostos) — ponderações integrais e que considerem de fato, a autonomia da posição de dignidade jurídica da natureza e das futuras gerações, como aspectos pertinentes na solução dos conflitos.

Os resultados atingidos são dessa maneira desastrosos para a efetividade jurídica dos direitos biodifusos. Com freqüência, são os interesses humanos, os referencias mediata ou imediatamente utilizados para definir o que deve se sobrepor na relação de colisão, que ao contrário de realizar simplesmente juízos de preferência condicionada — que não comprometem a efetividade de nenhum dos interesses colidentes — opta-se por realizar juízos de autêntica seletividade e exclusão, na medida em que, sob diversas circunstâncias, pode-se simplesmente

anular e deixar de conferir qualquer proteção ao ambiente e à condição jurídica das futuras gerações.

É o que se tem, por exemplo, nas situações em que: a) não são reconhecidas judicialmente obrigações públicas de investir na proteção do ambiente; b) quando se afirma a insignificância de lesões ao ambiente por referências numéricas a espécimes; c) quando se reconhece em práticas cruéis e constitucionalmente proibidas expressões de manifestações culturais; d) nos casos em que não se aplica o princípio da precaução e se afirma insuficiência de certeza, ou a impossibilidade de determinação donexo causal e da especificação subjetiva do potencial poluidor nas relações de imputação e; e) quando são sobrepostas referências econômicas, interesses corporativos e metas de governo em posição de privilégio no caso concreto.

São todas hipóteses que foram analisadas no trabalho e que permitiram a constatação de que a reprodução de qualquer desses aspectos aparentemente circunstanciais, implica concretamente em legitimar pretensões de irresponsabilização de diversas ordens, resultando em último caso, em um resultado único para o ambiente e a condição jurídica das futuras gerações: ausência absoluta de proteção.

A necessidade de julgamento ecológico dos dados pertinentes que estejam relacionados na decisão, não exige que se compreenda as necessidades ecológicas como valor de hierarquia absoluta na relação. Exige-se, na verdade, que um juízo de *consideração ecológica* seja realizado, juízo considere para caracterizar a *topografia do conflito*, todos os aspectos que sejam relevantes, e um possível sentido ecológico para a ordenação da decisão.

A partir dessa síntese, reconheceu-se que se a relação deixa de considerar todos os aspectos que estejam associados ao conflito, seja os ambientais ou os intergeracionais, reproduz um *defice de ponderação*, na medida em que desenvolve um julgamento que é insuficiente.

Se de outro modo, não compreende os dados relacionados à natureza e aos interesses das futuras gerações, em seu específico sentido ecológico, reproduz um defeito de *cognição*, pois justifica uma opção a partir de referentes cognitivos inadequados.

Dessa forma, demonstrou-se que o *defeito* de consideração (*défice de cognição*) ou a *insuficiência* ou *inadequação* de consideração (*défice de ponderação*), são ambas, expressões de juízos de decisão que caminham para um único sentido constitucionalmente proibido, a

reprodução de estados de risco ao ambiente e às futuras gerações, originárias da ineficácia funcional de sua proteção jurídica (*défices* de implementação).

Os *défices* de implementação e suas espécies (*cognição* e *ponderação*) remetem fundamentalmente a um importante problema que é efetivamente o de *défices* de *justiça ambiental*, uma vez que no *Estado de democrático de direito ambiental*, esta só se realiza quando se contemple a realização dos interesses de toda a *comunidade biótica*, que agora, devem ser compreendidos a partir de dimensões intergeracionais.

Nesse quadro de amplo espectro, onde foram contextualizadas as condições de concretização dos novos *direitos fundamentais*, extraem-se talvez, duas das mais enfáticas e decisivas conclusões, das quais dependem a partir deste momento, a permanência do desenvolvimento de um *Estado democrático de direito ambiental*.

Primeiro, para a realização integral dos objetivos de *proteção jurídica da vida*, o melhor, é só o que se espera das soluções para sua concretização, não menos.

Por fim, a *proteção jurídica da vida* nas sociedades de risco, impõe a todos os membros de nossa sociedade, obrigações de decidir e de oferecer essas soluções ótimas em benefício de toda a vida em escala planetária, plural e temporal. Impõe sobretudo, desafios que importam superar riscos (incertezas) que estão associados a diversas condições e obrigações perante o futuro, e que impedem a reprodução de estados de *non liquet* perante os novos direitos. Mesmo que haja incerteza, continua a persistir a obrigação de se decidir, decisão que só pode ser a melhor possível, e que deve ser ecológica.

São todos desafios que só podem ser superados de forma comunitária e através de ordens jurídicas que privilegiem responsabilidades compartilhadas e obrigações de *solidariedade*.

A *solidariedade* é sem dúvida, a mensagem emancipatória que é deixada pelo desafio da proteção jurídica das futuras gerações nas atuais sociedades de risco, mensagem que nos remete agora, à singela lembrança de irmandade do *arquétipo* de Francisco de Assis.

Não apenas de uma *solidariedade* abstratamente considerada, mas de *nossa solidariedade*, depende a proteção da condição jurídica das futuras gerações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998.

AGIUS, Emmanuel. Obligations of Justice Towards Future Generations: A revolution in social and legal thought. In: AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998. p. 3-12.

ALENCAR, José Maria Quadros de. Nota prévia acerca dos direitos das futuras gerações. **Justiça e democracia**, São Paulo: RT, n. 2, p. 167-181, 1997.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Vícios no exercício do poder discricionário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 89, vol. 779, p. 11-46, set. 2000.

ANGELO, Claudio. Humanidade precisa de mais meia Terra. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de outubro de 2000, Caderno Ciência, p. A 18.

ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. **O equívoco ecológico**. Riscos políticos. Trad. de: Lúcia Jahn. São Paulo: Brasiliense, 1992.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Direito do ambiente**. Oeiras: INA, 1994.

AMARAL, Francisco. Espírito e técnica romanos no direito ambiental brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 14, p. 11-30, 1. sem. 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ÂNGELO, Cláudio. Predador garante saúde de ecossistemas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 de dezembro de 2001, Caderno Ciência, p. A 18.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador**. Pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra, 1997.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ARIANSEN, Per. Beyond Parfit's Paradox. In: AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). **Future generations & international law**. London: Earthscan, 1998, p. 13-17.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da argumentação jurídica. Trad. de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho**. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 159-179, 1998.

\_\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução como impedimento constitucional à produção de impactos ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 71-82.

\_\_\_\_\_. A propriedade rural no Estado ambiental: o espaço dos deveres públicos fundamentais. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Anais do 4º congresso internacional de direito ambiental, 04 a 07 de junho de 2000**. Agricultura e meio ambiente: homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: IMESP, 2000. p. 327-341.

\_\_\_\_\_. Aspectos principiológicos e normativos para uma disciplina constitucional da propriedade rural. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, n. 21, p. 203-239, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. A irresponsabilidade pelo dano à biodiversidade como problema dogmático, e uma solução metódica do Superior Tribunal de Justiça. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Anais do 5º congresso internacional de direito ambiental, 4 a 7 de junho de 2001**. O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: IMESP, 2001. p. 597-606.

\_\_\_\_\_. Tempo ambiental, necessidades ecológicas e o princípio constitucional da proporcionalidade no Direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org./Ed.). **Anais do 6º congresso internacional de direito ambiental, 03 a 06 de junho de 2002**. 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 649-670.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 79-83, 1993.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte: UFMG, n. 2, p. 9-59.

\_\_\_\_\_. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. **Cidadania e Justiça**, p. 121-133, 2. sem. 2000.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. Os interesses difusos. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadro de et al. **Direitos humanos e direito dos cidadãos**, vol. I, Belo Horizonte: PUC Minas, 2001. p. 37-81.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Introdução à sociologia geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARSOTI, Vittoria. La sentenza Lujan della corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, p. 1175-1195, dic. 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do Direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos (Coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. Função ambiental. In: \_\_\_\_\_ **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993. p. 9-82.

\_\_\_\_\_. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: \_\_\_\_\_ **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993, p. 226-236.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

\_\_\_\_\_. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 48-82, abr./jun. 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Anais do 4º congresso internacional de direito ambiental, 04 a 07 de junho de 2000**. Agricultura e meio ambiente: homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: IMESP, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. Objetivos do Direito Ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Anais do 5º congresso internacional de direito ambiental, 4 a 7 de junho de 2001**. O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: IMESP, 2001. p. 57-78.

BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Anais do 5º congresso internacional de direito ambiental, 4 a 7 de junho de 2001**. O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental. São Paulo: IMESP, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman (Org./Ed.). **Anais do 6º congresso internacional de direito ambiental, 03 a 06 de junho de 2002**. 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.

\_\_\_\_\_. Meio ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. In: \_\_\_\_\_ **Anais do 6º Congresso internacional de direito ambiental, 03 a 06 de junho de 2002**. 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 89-101.

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 261-296, 2. sem. 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de: Carlos Nelson Coutinho. 4. reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSELMAN, Klaus. **Human Rights and the environment: redefining fundamental principles?** Paper, Environment Justice. Global Ethics for the 21<sup>st</sup> Century, Melbourne, 1997.

\_\_\_\_\_. Human Rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001.

BOTKIN, Daniel B. Adjusting Law to nature's discordant harmonies. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 25-38, 1996.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto 1.306, de 9 de novembro de 1994. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos;

SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.). **Interesses difusos e coletivos**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 338-340, 2000.

\_\_\_\_\_. Decreto 4.297, de 10 de julho de 2002. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 de julho de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.). **Código de Processo Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. MEDAUAR, Odete (Org.). **Coletânea de legislação de direito ambiental e Constituição Federal**. São Paulo, RT, p. 563-572, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. MEDAUAR, Odete (Org.). **Coletânea de legislação de direito ambiental e Constituição Federal**. São Paulo, RT, p. 209-213, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (Colab.) **Interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 259-285, 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Empreendimento imobiliário – Loteamento – Aprovação – Interdição temporária – Dano ao meio ambiente não configurado – Desapropriação indireta – Danos patrimoniais – Ato administrativo – Direito adquirido. Recurso em mandado de segurança n. 602 – RJ. SECAF – Sociedade de Empreendimentos Turísticos de Cabo Frio LTDA. *versus* Estado do Rio de Janeiro, Augusto José Arilton e outros, e Prefeitura municipal de Arraial do Cabo. Relator: Ministro Américo Luz. Acórdão de 16 de dezembro de 1991. Publicado no Diário de Justiça da União de 23 de março de 1992. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Meio ambiente – Danos – Direito de propriedade. REsp. n. 32.222 – 8 – PR. José Balestieri *versus* Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Paraná – ITCF e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Garcia Vieira. Acórdão de 17 de maio de 1993. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de junho de 1993. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo – Processual civil – Lesão ao meio ambiente – Penalidades aplicáveis aos infratores – Leis nºs 7.367/85 (sic) e 6.938/81 - Inteligência. REsp n. 43.512-9 – SP. Curtidora Santa Mônica LTDA. *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator designado: Ministro Demócrito Reinaldo. Acórdão de 02 de maio de 1994. Publicado no

Diário de Justiça da União de 27 de junho de 1994. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual – Recurso especial – Julgamento antecipado da lide a pedido da parte. REsp n. 37.888-5 – BA. COPENER COPENE Energética S/A e outro *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Acórdão de 15 de fevereiro de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 24 de abril de 1995. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública – Responsável direto e indireto pelo dano causado ao meio ambiente – Solidariedade – Hipótese em que se configura litisconsórcio facultativo e não litisconsórcio necessário. REsp. n. 37.354-9 – SP. Freitas Guimarães Projeto e Construção LTDA. *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Acórdão de 30 de agosto de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 18 de setembro de 1995. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. REsp 31.150 – SP. Obras hospitalares de São Lázaro *versus* Sociedade Amigos de Sete Praias e outros. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 20 de maio de 1996. Publicado no Diário de Justiça da União de 10 de junho de 1996. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Danos ao meio ambiente causados pelo Estado. REsp. n. 88.776 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Estado de Goiás. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 19 de maio de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 09 de junho de 1997. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Agravo regimental – Recurso especial – Ação civil pública – Ministério Público – Carência de ação – Município – Obra para proteção do meio ambiente. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 138.901 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Município de Goiânia. Relator Ministro José Delgado. Acórdão de 15 de setembro de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 17 de novembro de 1997. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo – Processo civil – Ação civil pública. REsp. n. 16.876 – SP. Município de São Paulo *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão de 16 de junho de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de setembro de 1998. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil – Mau uso da propriedade vizinha (depósito de lixo municipal) – Ação cautelar e ação principal com preceito cominatório – Legitimidade ativa – Matéria reflexamente constitucional – Competência do STJ – Recurso conhecido e provido. REsp. n. 163.483 – RS. Ângelo Cortez e outros *versus* Município de Bagé. Relator designado: Ministro Adhemar Ferreira Maciel. Acórdão de 01 de setembro de 1998. Publicado no

Diário de Justiça da União de 29 de março de 1999. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – Penal - Princípio da insignificância - Crime contra a fauna - Lei nº 5.179/67. REsp. n. 182.847 – RS. Ministério Público Federal *versus* Valdomiro Gomes de Lima. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Acórdão de 9 de março de 1999. Publicado no Diário de Justiça da União de 05 de abril de 1999. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 de maio de 2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública – Legitimidade – Fundação de assistência social à comunidade de pescadores – defesa do meio ambiente – construção – fábrica de celulose. REsp. n. 497 – BA. COPENER Florestal LTDA e NORCELL S/A *versus* Fundação Joaquim Barreto de Araújo. Relator: Ministro Garcia Vieira. Acórdão de 12 de agosto de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de novembro de 1999. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente – Lei 7.347/85 – Violação ao art. 11 – Cessação de atividade – Cominação de multa – Imposição legal. REsp. n. 205.153 – GO. Ministério Público do Estado de Goiás *versus* Município de Santa Helena de Goiás. Relator: Ministro Francisco Falcão. Acórdão de 20 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 21 de agosto de 2000. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade passiva – Solidariedade. REsp. n. 18.567 – SP. SOLORRICO S/A Indústria e Comércio *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo e OIKOS – União dos Defensores da Terra. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 16 de junho de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 02 de outubro de 2000. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 28.222 - SP. Ministério Público do Estado de São Paulo *versus* Município de Itapetininga. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 15 de fevereiro de 2000. Publicado no Diário de Justiça da União de 15 de outubro de 2001. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de junho de 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Ação civil pública. Dano ambiental. REsp. n. 295.797 - SP. Município de Santos e outros *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 18 de setembro de 2001. Publicado no Diário de Justiça da União de 12 de novembro de 2001. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 de junho de 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Estação ecológica. Reserva florestal na Serra do Mar. Patrimônio nacional (CF, art. 225, par. 4.). Limitação administrativa que afeta o conteúdo econômico do direito de propriedade. Prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo particular. RE não conhecido. RE n. 134.297/SP. Estado de São Paulo *versus* Paulo Ferreira Ramos e cônjuge. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 13 de junho de 1995. Publicado no Diário de

Justiça da União de 22 de setembro de 1995. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: : <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 de fevereiro de 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reforma agrária – Imóvel rural situado no Pantanal mato-grossense – Desapropriação-sanção (CF, ART. 184) – Possibilidade – Falta de notificação pessoal e prévia do proprietário rural quanto à realização da vistoria (Lei nº 8.629/93, art. 2º, § 2º) – Ofensa ao postulado do due process of law (CF, art. 5º, LIV) – Nulidade radical da declaração expropriatória – Mandado de segurança deferido. MS n. 22.164 – SP. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira *versus* Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 30 de outubro de 1995. Publicado no Diário de Justiça da União de 17 de novembro de 1995. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. C.F., art. 5º, LXX, “b”. RE n. 181.436-1 – SP. Sindicato da Indústria de Artigos e Equipamentos Odontológicos, Médicos e Hospitalares do Estado de São Paulo *versus* União Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão de 28 de junho de 1996. Publicado no Diário de Justiça da União de 04 de outubro de 1996. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Costume – Manifestação cultural – Estímulo – Razoabilidade – Preservação da fauna – Animais – Crueldade. RE n. 153.531-8 – SC. APANDE – Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros *versus* Estado de Santa Catarina. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 3 de junho de 1997. Publicado no Diário de Justiça da União de 13 de março de 1998. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucional – Meio ambiente – Animais: proteção – Crueldade – “Brigas de galos”. ADIn n. 1.856-6 – RJ. Procurador-geral da República *versus* Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão de 3 de setembro de 1998. Publicado no Diário de Justiça da União de 22 de setembro de 2000. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental – Mandado de segurança – Proteção ao meio ambiente – Entidade de direito privado – Ausência de direito próprio – Assistência litisconsorcial passiva – Impossibilidade. MS (AgRg) n. 23.800 – MS. Instituto Sócio Ambiental *versus* Adelaide Acácia Leite Vieira e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 24 de agosto de 2001 e no Informativo do STF n. 238. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de novembro de 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Vara especializada – Meio ambiente – Galos combatentes. Mandado de segurança coletivo – Classe II – 10 – n. 7 – Capital. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Juiz de direito do juizado volante ambiental e da vara especializada do meio ambiente. Relator: Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho. Acórdão de 02 de outubro de 1997. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br>. Acesso em: 16 de abril de 2000.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Recurso de Apelação Cível n. 24.593 – Classe 19 – CAPITAL. Sociedade Avícola Nova Geração *versus* Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Desembargador Rubens de Oliveira Santos Filho. Acórdão de 08 de outubro de 2001. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**. Publicação oficial pendente.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR n. 449850/94 - RS. Relator: Juiz Carlos Sobrinho. Publicado no Diário de Justiça da União de 13 de março de 1996. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2001.

BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELLA, Marcelo Dias; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. (Orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 11-32.

\_\_\_\_\_. Processo, ação civil pública e defesa do meio ambiente: Os direitos difusos em busca de uma concepção não-individualista de tutela e ampla legitimidade. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 153-170.

BROOKS, Richard. O direito do ambiente nos EUA. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Direito do Ambiente**. Oeiras: INA, 1994. p. 287-350.

CALERA, Nicolás López. **Hay derechos colectivos?** Ariel: Barcelona, 2000.

CAMERON, James; WADE-GERY, Will; ABOUCHAR, Juli. Precautionary Principle and Future Generations. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998. p. 93-113.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVII, p. 129-203, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; CASTRO, Marcus Faro de (Orgs.). **A Sociedade democrática no final do século**. Brasília: Paralelo 15, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Número Especial. Estudos em homenagem ao prof. Doutor A. Ferrer Correia, III, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 461-500, 1991.

\_\_\_\_\_. Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais. **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 1-69, 1993.

\_\_\_\_\_. Discurso moral ou discurso constitucional, reserva de lei ou reserva de governo? **Boletim da Faculdade de Direito**, vol. LXIX, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 699-717, 1993.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão as normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. **Dizer a norma nas questões de trabalho.** Texto de conferência no Brasil, Porto Alegre, maio de 1994.

\_\_\_\_\_. As palavras e os homens. Reflexões sobre a declaração conjunta luso-chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXX, p. 107-131, 1994.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade por danos ambientais – Aproximação juspublicística. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Direito do ambiente.** Oeiras: INA, 1994, p. 397-407.

\_\_\_\_\_. **Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental).** Coimbra: Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. Direito do ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas. **Revista de Direito do Ambiente e de Ordenamento do Território**, n. 1, Coimbra: APD, p. 97-99, set. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n. 16, p. 11-38, out./dez. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, vol. 128, n. 3.858, p. 268, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito público do ambiente (Direito constitucional e direito administrativo).** Curso de pós-graduação promovido pelo CEDOUA e a Faculdade de Direito de Coimbra no ano de 1995/1996.

\_\_\_\_\_. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: RT, a. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo: privatismo, associacionismo e publicismo no Direito do ambiente ou o rio da minha terra e as incertezas do direito público.** Disponível em: [http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT\\_D\\_9212\\_1\\_0001.htm](http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9212_1_0001.htm). Acesso em: 05 de fevereiro de 2001.

\_\_\_\_\_. Constituição e “Tempo Ambiental”. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra: Almedina, ano II, n. 4, p. 9-14, 1999.

\_\_\_\_\_. **Estado de direito.** Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 98, p. 83-89.

\_\_\_\_\_. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Consulex, ano IV, n. 45, vol. I, p. 36-43, set. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLA, Vicente Bellver. **Ecologia: de los razones a los derechos**. Granada: Ecorama, 1994.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. Ciência para uma vida sustentável. Trad. de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Mandado de injunção. Um ensaio reconstrutivo. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXVII, p. 83-93, jul./dez. 1997.

CERNICHIARO, Luis Vicente. O processo das formigas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Consulex, ano I, n. 12, p. , dezembro de 1997.

CHAVES, Adriana. Goiás reconhece mais mil vítimas do céσιο. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 de dezembro de 2001, p. C 3.

CHINELATO E ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu. Bioética e dano pré-natal. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 297-328, 2. sem. 1999.

\_\_\_\_\_. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Luis Fernando. In dubio pro natura. Interpretação do direito ambiental. **Álter Ágora**. Revista do Curso de Direito da UFSC, ano III, n. 4, Florianópolis, p. 45-53, jun. 96.

\_\_\_\_\_. **Saudade do futuro**. Transmodernidade, direito, utopia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

COLAÇO ANTUNES, Luis Felipe. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades electivas da responsabilidade civil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVII, p. 1-28, 1991.

\_\_\_\_\_. Mito e realidade da transparência administrativa. **Boletim da Faculdade de Direito**. Número Especial. Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. II, p. 1-55, 1993.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Comunicação da comissão relativa ao princípio da precaução**. COM (2000) 1 final. Bruxelas: 2 de fevereiro de 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Temis: Colombia, 1999.

CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhman**. Mexico: Iberoamericana,

1996.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso El Amparo**. (Voto disidente del Juez Antonio Cançado Trindade, Corte I.D.H., Reparaciones (artículo 63.1, Convención americana sobre Derechos Humanos)), Sentencia de 14 de septiembre de 1996.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**, Sentencia de 31 de agosto de 2001. 119 p.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

CRANOR, Carl. F.; EASTMOND, David A. Scientific ignorance and reliable patterns of evidence in toxic tort causation: is there a need for liability reform? **Law and contemporary problems**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. 64, n. 4, p. 5-47, 2001.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 2, n. 5, p. 5-41, jan./mar. 1997.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 2, n. 7, p. 54-86, jul./set. 1997.

D'AMATO, Anthony. Do we owe a duty to future generations to present in the global environment? In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). **An Environmental Law Anthology**. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. Estado y derecho a finales del siglo. **Crítica Jurídica**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, n. 17, p. 91-100, 2000.

DENNINGER, Erhard. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 14, p. 359-377, 1993.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. Função ambiental da propriedade. **Revista de direitos difusos**, São Paulo: Esplanada-Adcoas/IBAP, n. 3, p. 265-272, out. 2000.

\_\_\_\_\_. **Privatização e serviços públicos**. As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DENTI, Vitorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo** (Orgs.). São Paulo: RT, 1988. p. 15-23.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DIAS, Genebaldo Freire. **Elementos de ecologia urbana e sua estrutura ecossistêmica**. Brasília: IBAMA, 1997.

DÍAZ, Julio Alberto. **Responsabilidade coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **Seqüência**. Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, ano XXI, n. 41, p. 33-66, dez. 2000.

DOUMA, Wybe Th. The precautionary principle. **Iceland Legal Journal**, Úlfljótur, vol. 49, ns. 3/4, p. 417-30, 1996. Disponível em: <http://www.eel.nl/index5.htm>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2002.

DRIER, Ralf. **Derecho y Justicia**. Trad. de: Oswaldo Quijano. Colombia: Temis, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGEL, Christoph. **The Constitutional Court – applying the proportionality principle – as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes**. Bonn: Max-Plank-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, 2001.

ENTERRIA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1996.

ESSENFELDER, Renato. Vila de SP tem água contaminada, diz laudo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 de junho de 2002, Caderno Cotidiano, p. C 1.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Restrição de direitos fundamentais. **Seqüência**. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, ano XXI, n. 41, p. 67-82, dez. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. **Revista do Ministério Público**, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 16, n. 62, p. 29-50, jan./mar. 95.

FERRI, Luigi. Tutela giuridica del nascituro. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, p. 34-47, marzo 1980.

FERRONI, Marcelo. Homem se equipara a desastres naturais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 de abril de 2000, Caderno 1, p. 16.

FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). **An Environmental Law Anthology**. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARRIDO PEÑA, Francisco. De como la ecología política redefine conceptos centrales de la ontología jurídica tradicional: libertad y propiedad. In: VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 213-224.

GIUNTA, Fausto. Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni? **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano: Giuffrè, anno XL, fase. 4, p. 1097-1123, ott./dic. 1997.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Trad. de: Ana Maria André. Lisboa: Piaget, 1996.

GORE, Al. **A Terra em balanço**. Ecologia e o espírito humano. Trad. de: Elenice Mazilli, Janice M. Louzada, Lúcia Faria Silva, Yara Nagelschmidt. São Paulo: Augustus, 1993.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, ano 23, n. 93, p. 41-45, jan/mar 1990.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GREVE, Michael S. *Friends of the Earth* foes of federalism. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. XII, n. 1, p. 167-182, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista de Direito da UFPE**, n. 1, p. 255-269, 1991.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: \_\_\_\_\_. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

\_\_\_\_\_. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação**

**Legislativa**, Brasília: Imprensa Nacional, a. 35. n. 137, p.13-21, jan./mar. 1998.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

HÄBERLE, Peter. Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. In: PINA, Antonio López (Director). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991. p. 261-277.

\_\_\_\_\_. Que significa efectividad práctica de los derechos fundamentales? In: PINA, Antonio López (Director). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991. p. 329-341.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como história, actualiad y futuro del Estado constitucional. Trad. de: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Traducción e introducción de: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Imprensa Nacional, a. 30, n. 118, p. 237-282, abr./jun. 1993.

\_\_\_\_\_. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 22, São Paulo: RT, p. 27-35, 1996.

\_\_\_\_\_. **Persona, mundo y responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Colombia: Temis, 1999.

\_\_\_\_\_. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción de: Patricia S. Ziffer. 1. reimpressão. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2001.

HAYEK, Friedrich A. A pretensão de conhecimento. **Humanidades**, Brasília: EdUnB, vol. II, n. 5, p. 47-54, out./dez. 1983.

HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Trad. de: Jorge Leal Ferreira. 4. ed. Brasília: EdunB, 1999.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. de: Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. La interpretación constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. de: Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 35-57.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Novos rumos da satisfação reparatoria. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 17, p. 163-180, 2. sem. 1999.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. de: Manuel Cancio y Bernardo Fejoó Sanchez. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 1996.

\_\_\_\_\_. **El concepto jurídico penal de acción**. Trad. de: Manuel Cancio Meliá. 1. reimpression. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

\_\_\_\_\_. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. de: André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente**. Trad. de: Teresa Manso Porto. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 88, v. 759, p. 24-40, jan. 1999.

JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira (Org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

KAUFMANN, Artur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Trad. de: Luis Vilar Borda. 2. ed. Colombia: Temis, 1998.

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Trad. de: Claudia López Díaz. 1. reimpression. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

KUHLMANN, Walter. Making the Law more ecocentric: responding to Leopold and conservation biology. **Duke Environmental Law & Policy Forum**. Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 133-165, 1996.

KRENT, Harold J. *Laidlaw*: redressing the law of redressability. **Duke Environmental Law & Policy Forum**. Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. XII, n. 1, p. 85-117, 2001.

LADEUR, Karl-Heinz. **Can Habermas' discursive ethics support a theory of the Constitution?** Towards a critique of the attempt to replace the unity of substantive universal reason by a procedural rationality of argumentation. Translated by: Iain Fraser. Florence: European University Institute, 1999.

\_\_\_\_\_. **The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law.** From the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships. Florence: European University Institute, 1999.

LEOPOLD, Aldo. The Land Ethic. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). **An Environmental Law Anthology.** Ohio: Anderson Publishing, 1996.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura.** Racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável. Trad. de: Jorge Esteves da Silva. Blumenau: FURB, 2000.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia ambiental.** Trad. de: Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Trad. de: Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.

LEIS, Hector Ricardo. **O labirinto: ensaios sobre ambientalismo e globalização.** Blumenau: FURB; São Paulo: Gaia, 1996.

\_\_\_\_\_. **A modernidade insustentável.** Petrópolis: Vozes, 1999.

LEITE, José Rubens Morato. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso. (Orgs.). **O novo em direito ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 51-70.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Inovações em direito ambiental.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

\_\_\_\_\_. Estado de direito do ambiente: Uma difícil tarefa. In: \_\_\_\_\_. **Inovações em direito ambiental.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 13-40.

\_\_\_\_\_. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** São Paulo: RT, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Seqüência.** Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, ano XXI, n. 41, p. 113-136, dez. 2000.

LEITE, José Rubens Morato. Dano moral ou extrapatrimonial ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/85 – 15 anos.** São Paulo: RT, 2001. p. 417-451.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental,** São Paulo: RT, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Agrário**, Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, ano 17, n. 16, p. 107-121, 2. semestre de 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini. **A vida como uma invenção**. Texto de conferência, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2002.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LOUREIRO, João Carlos. Les Principes de la Bioconstitution du Type “Étati Constitutionnel Européen”. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXV, p. 433-474, 1999.

LOVELOCK, James. **The evolving Gaia Theory**. Paper, Tokyo, United Nations University. Disponível em: <http://www.un.org>. Acesso em: 21 de setembro de 2001.

MACDONALD, R St J. Future Generations: Searching for a System of Protection. In: AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). **Future generations & international law**. London: Earthscan, 1998.

MALHOTRA, Ajai. A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law. In: AGIUS, Emmanuel; BUSUTTIL, Salvino (Ed.). **Future generations & international law**. London: Earthscan, 1998. p. 39-49.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela judicial do meio ambiente: reconhecimento de legitimação para agir aos entes naturais? **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 13, n. 52, p. 58-70, out./dez. 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutelas diferenciadas e realidade social. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Lições alternativas de direito processual**. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 132-143.

\_\_\_\_\_. Tutela inibitória. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Consulex, ano IV, vol I, n. 41, p. 40-43, 31 de maio de 2000.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: RT, 2000.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 197-313.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la pena y teoria dei delito en el Estado social y democratico de Derecho**. 2. ed. Bosch: Barcelona, 1982.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol. 706, p. 7-29, ago. 1994.

\_\_\_\_\_. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira (Orgs.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 99-125.

\_\_\_\_\_. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: RT, ano 4, n. 15, p. 61-80, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 61-70.

\_\_\_\_\_. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos. **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. XVI/XVII/XVIII, n. 4/5/6, p. 11-15, jan./dez. 1997/1998/1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 210, p. 11-23, out./dez. 1997.

MORENO, José Luis Serrano. **Ecologia y derecho: principios de derecho ambiental y ecologia jurídica**. Granada: Comares, 1992.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento de la complejidad**. Barcelona: Gedisa, 1993.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Trad. de: Paulo Neves. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MORIN, Edgar. **O método. A natureza da natureza**. Trad. de: Maria Gabriela de Bragança. 3. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

\_\_\_\_\_. **El metodo. La vida de la vida**. Trad. de: Ana Sánchez. Madrid: Cátedra, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. de: Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf). Acesso em: 14 de abril de 2002.

NAGY, Boldizsar. **Speaking Without a Voice**. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998. p. 51-63.

NETO, Menelick de Carvalho. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado democrático de direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, n. 68, p. 77-91, jan./jun. 1999.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. Globalização e direitos humanos. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadro de et al. **Direitos humanos e direitos dos cidadãos**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001. p. 63-101.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em debate**, Ijuí: Editora UNIJUÍ, ano V, n. 5, p. 7-36, jan./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 19, p. 403-420, 1996.

\_\_\_\_\_. Luhman, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política, São Paulo: CEDEC, n. 37, p. 93-105, 1997.

NICKEL, James W. Intergenerational equity, future generations, and sustainable development. In: BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Orgs.). **Congresso internacional de direito ambiental**. 5 Years after Rio. São Paulo: IMESP, 1997. p. 73-81.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. **O princípio de precaução no direito ambiental**. Florianópolis, 2001. 121 p. Monografia (Curso de Graduação em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina.

\_\_\_\_\_. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org./Ed.). **Anais do 6º congresso internacional de direito Ambiental, 03 a 06 de junho de 2002**. 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 285-310.

NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 87, vol. 747, p. 11-34, jan. 1998.

\_\_\_\_\_. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 88, vol. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NORTON, Bryan. Change, constancy and creativity: the new ecology and some old problems. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 49-70, 1996.

OST, François. **A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Trad. de: Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997.

\_\_\_\_\_. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993.

OST, François; HOECKE, Mark van. Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras. **Doxa**. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 22, p. 607-630, 1999.

OST, François. **Un héritage sans testament**. Patrimoine et générations futures. Conférence prononcée à l'UNESCO le 18 septembre 1998, dans le cadre des *Dialogues du XXI<sup>e</sup> siècle*. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. **Écologie et droits de l'homme**. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. **Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme**. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. **The philosophical foundation of environmental law: an excursion beyond Descartes**. Law, technology and the environment: a challenge to the great dichotomies in western rationality. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. **Deployer le temps**. Les conditions de possibilité du temps social. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002.

\_\_\_\_\_. **Mémoire et pardon, promesse et remise en question**. La déclinaison éthique des temps juridiques. Disponível em: <http://www.legaltheory.net>. Acesso em: 20 de abril de 2002.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARDO, José Esteves. **Técnica, riesgo y Derecho**. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1998.

PAUL, Wolf. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito ambiental. In: JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177-189.

PECES-BARBA, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987.

PERCIVAL, Robert V.; GOGGER, Joanna B. Escaping the common law's shadow: standing in the light of *Laidlaw*. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. XII, n. 1, p. 119-154, 2001.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PHELAN, Diarmuid Rossa. Right to life of the unborn v. promotion of trade in services: the European Court of Justice and the normative shaping of the European Union. **The Modern Law Review**, vol. 55, n. 5, p. 670-732, sep. 1992.

PINA, Antonio López (Director). **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas, 1991.

Poluição causa males cardíacos em bebês. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 de dezembro de 2001, Caderno 1. Disponível em: <http://www.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2912200103.htm>. Acesso em: 31 de dezembro de 2001.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. São Paulo: RT, 1987.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

PROFETA, Timothy H. Managing without a balance: environmental regulation in light of ecological advances. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 71-103, 1996.

PUREZA, José Manuel. **O estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas**. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. de: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). **Lições alternativas de direito processual**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ROZICKI, Cristiane. **Aspectos da liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 1998.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Instrumentos Internacionais de proteção dos direitos humanos**. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento sustentável**. Brasília: IBAMA, 1996.

\_\_\_\_\_. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SAND, Inger-Johanne. **Drawing upon the future: socio-legal theories, risk and the application of specialised knowledge**. Paper, Constitutionalism and transnational governance (Workshop), Florence, Friday, European University Institute, 30 november 2001.

SANDS, Philippe (Ed.). **Greening international law**. London: Earthscan, 1993.

\_\_\_\_\_. **Protecting Future Generations: Precedents and Practicalities**. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998. p. 83-91.

SANTOS, Cláudia Maria; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo de Oliveira; ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **Introdução ao direito do ambiente**. Universidade aberta: Lisboa, 1998.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-120.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 08 de março de 2002.

SCHEERER, Sebastian. Prólogo. A tardia modernidade entre a hipertrofia e a minimização (do sistema penal). In: QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 11-17.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad. de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SERRANO, José Luis. Concepto, formación y autonomía del Derecho Ambiental. In: VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 33-50.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Trad. de: Serafim Ferreira. Lisboa: Piaget, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. A queda do *Angelus Novus*: para além da equação moderna entre raízes e opções. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 45, p. 5-34, maio 1996.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

\_\_\_\_\_. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? **Revista Crítica de Ciência Sociais**, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 54, p. 197-215, jun. 1999.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2. ed. vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

STONE, Christopher. Defending the global commons. In: SANDS, Philippe (Ed.). **Greening international law**. London: Earthscan, 1993. p. 34-49.

\_\_\_\_\_. Should trees have standing? – Toward legal rights to natural objects. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). **An Environmental Law Anthology**. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

\_\_\_\_\_. Safeguarding future generations. In: AGIUS, Emmanuel; BUSSUTIL, Salvino (Ed.). **Future generations and international law**. London: Earthscan, 1998. p. 65-79.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização)**. Coimbra: Almedina, 1995.

TARLOCK, A. Dan. Environmental Law: ethics or science? **Duke Environmental Law & Policy Forum**, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 193-222, 1996.

TARZIA, Giusepe. Legitimazione e Partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili com rilevanza collettiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988. p. 51-79.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEUBNER, Gunther. Law as an autopoietic system. **Complexity Study Group Meeting**, n. 3, London School of Economics and Political Science, jun. 1997. Disponível em: <http://bprc.warwick.ac.uk/lse3g3.html#sec1>. Acesso em: 20 de outubro de 2001.

\_\_\_\_\_. **Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors?** Paper, Constitutionalism and transnational governance (Workshop). Florence, European University Institute, Friday, 30 november 2001.

TICKNER, Joel; RAFFENSPERGER, Carolyn; MYERS, Nancy. **The precautionary principle in action** – a handbook. Disponível em <http://www.mindfully.org/Precaution/Precaution-In-Action-Handbook.htm>. Acesso em: 23 de dezembro de 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNGER, Nancy Mangabeira. **O encantamento do humano**. Ecologia e espiritualidade. São Paulo: Loyola, 1991.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations**. Disponível em: [http://www.unesco.org/human\\_rights/hrcontent.htm](http://www.unesco.org/human_rights/hrcontent.htm). Acesso em: 29 de julho de 2001.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 83, p. 9-28, en./marzo 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Direitos econômicos, sociais e culturais. Proteção jurisdicional dos interesses difusos e coletivos na população infanto-juvenil. **Seqüência**. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 40, p. 108-119, jul. 2000.

VIEIRA, Paulo Freire. Apresentação. In: LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Trad. de: Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p. 9-15.

\_\_\_\_\_. Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza. Oportunidades e riscos da inovação biotecnológica. VARELLA, Marcelo; BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso (Orgs.). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 225-266.

VIOLA, Eduardo; OLIVIERI, Alejandro. Globalização, sustentabilidade e governabilidade democrática no Brasil. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; CASTRO, Marcos Faro de (Orgs.). *A sociedade democrática no final do século*. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 179-251.

VIVEIROS, Mariana. Justiça deixa maiores poluidores impunes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 de outubro de 2001, p. C 1.

WAINER, Ann Helen. *Olhar ecológico por meio do judaísmo*. Rio de Janeiro: Imago, 1989.

WALKER, Neil. *The idea of constitutional pluralism*. Florence: European University Institute, 2002.

WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002. p. 13-16.

WEISS, Edith Brown (Ed.). *Environmental change and international law – New Challenges and Dimensions*. Tokyo: United Nations University Press, 1992. Disponível em: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee00htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. Global environmental change and international law: the introductory framework. In: \_\_\_\_\_ *Environmental change and international law – New Challenges and Dimensions*. Tokyo: United Nations University Press, 1992. Disponível em: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee00htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change. In: \_\_\_\_\_ *Environmental change and international law – New Challenges and Dimensions*. Tokyo: United Nations University Press, 1992. Disponível em: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee00htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. Our rights and obligations to future generations for the environment. In: FISCHMAN, Robert L.; LIPELES, Maxine I.; SQUILLACE, Mark S. (Ed.). *An Environmental Law Anthology*. Ohio: Anderson Publishing, 1996.

\_\_\_\_\_. Medio Ambiente: Derechos y Obligaciones. *Fuentes*, Barcelona: UNESCO, n. 107, p. 8-9, dic. 1998.

\_\_\_\_\_. O direito da biodiversidade no interesse das gerações presentes e futuras. *Revista CEJ*, n. 8, maio/agosto. 1999.

WIENER, Johnatan Baert. Beyond the balance of nature. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Durham, North Carolina: Duke University School of Law, vol. VII, n. 1, p. 1-24, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. Os “novos” direitos: seus mecanismos jurídicos de proteção. *Boletim da Associação Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 5, n. 25, p. 6, jul./set. 2001.