

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS FORMAL E MATERIALMENTE CONSIDERADOS: DO LIBERALISMO AO ESTADO PROTETOR DO AMBIENTE

André Pinto de Sousa Oliveira²¹⁰

RESUMO: Os impactos ambientais proporcionados ou intensificados pela ação antrópica contribuíram para com a inserção da ecologia no pensamento e sentimento jurídicos coletivos. Nesta seara, observou-se, no desenrolar dos últimos decênios, a constitucionalização de inúmeras prerrogativas em matéria ambiental, indubitavelmente relevantes à tutela dos patrimônios naturais e paisagísticos. Objetivou-se, assim, uma análise do processo de soerguimento e consolidação do Estado protetor do ambiente nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, ladeada pela teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais..

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; Estado Protetor do Ambiente; direito e dever ambiental.

ABSTRACT: The environmental impacts proportionated or intensified by the human action had contributed to the insertion of the ecological thematic in the collective thought and legal feeling. According to all these aspects, throughout the last decades, the environmental prerogatives have been increased and introduced on constitutional basis of Democratic States, doubtlessly important to the guardianship of ecological and landscape patrimonies. An analysis of the emergence and consolidation process of the Environmental Protective State in the Brazilian and Portuguese legal systems took place, oriented by fundamental rights indivisibility theory.

KEY WORDS: fundamental rights; Environmental Protective State; environmental right.

1. Os direitos fundamentais formal e materialmente considerados:

²¹⁰ Graduado em Direito pela UFMG.

a natureza das magnas situações jurídicas de vantagem

Os direitos fundamentais²¹¹ consistem em superiores prerrogativas individuais ou coletivas, constitucionalmente, sobretudo, assentadas e amparadas, em face de agentes públicos e privados. Todavia, “no todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional y, a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental”.²¹²

Nestes aspectos, reputam-se de patente essencialidade não somente as prerrogativas consagradas na Constituição formal, conjunto de regras e princípios superiores do Estado, como também direitos resultantes de postulados jusnaturalistas e do pensamento e sentimento jurídicos coletivos. Logo, a “[...] Constitución puede estar formulada por escrito en un documento, o bien puede estar [materialmente] cristalizada en las costumbres y en las convicciones de un pueblo”.²¹³ Conforme ensinamentos de Jorge Miranda,

admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor

²¹¹ Diversos doutrinadores, nacionais e estrangeiros, demonstram certa e justificada preferência pela locução “direitos fundamentais”, muito embora recorrente o emprego de diversas expressões designativas de direitos políticos, libertários, sociais e econômicos, conjuntamente considerados. Conferir, por todos, Jorge Miranda, para quem os termos “direitos subjetivos públicos, civis e humanos” padecem de restrições (MIRANDA, 2000; 4 t.; p.51-77). Notáveis, ademais, os ensinamentos de José Afonso da Silva nesta matéria (DA SILVA, 2001; p.181).

²¹² SCHMITT (1927; p.188 e 189).

²¹³ LOEWENSTEIN (1976; p.89).

importância ou desprezíveis para um qualquer regime político [...]. De qualquer forma, quando, porém, tal concepção, tal ideia ou tal sentimento [de Direito] se traduza numa Constituição material pouco favorável [...] o que está em causa não é o elenco dos direitos fundamentais em si, [mas sim] a deficiência dessa Constituição material em confronto com outras, o carácter do regime político correspondente, a situação de opressão ou alienação em que vivia certo povo.²¹⁴

A essencialidade de ditos direitos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, assenta-se no próprio carácter instrumental, isto é, na efetividade do bem-estar e do inato princípio da dignidade humana, aliado à matriz constitucional adquirida.²¹⁵

2. Do liberalismo à consolidação do Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais são concebidos sob perspectiva histórica, haja vista a evolução dos paradigmas de Estado e a conseqüente incorporação e re-interpretação de novas e pré-

²¹⁴ MIRANDA (2000; 4 t.; p.9). Segundo o eminente professor lusitano, “não excluimos [...] o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito. Mas esse apelo não basta [...] [pois] quer no século XIX quer, sobretudo, no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar [...], todos, na natureza e na dignidade da pessoa.” (MIRANDA, 2000; 4 t.; p.10). Citam-se, exemplificativamente, os direitos de antena (art. 40 da Constituição Portuguesa), de ação popular (art. 52, n°3) e os direitos das comissões de trabalhadores (art. 54, n°5), os quais extrapolam parâmetros jusnaturalistas ou “valores éticos superiores”. Como assevera Arthur Kaufmann, “[...] não existe uma resposta satisfatória, enquanto se insistir na alternativa: ou direito natural ou positivismo, *tertium non datur*.” (KAUFMANN, 1997; p.49).

²¹⁵ Coube a Imanuel Kant, no âmbito do paradigma liberal de Estado, a supra-valorização da dignidade da pessoa humana, princípio basilar e norteador das instituições públicas. Segundo Kant, o homem deve ser considerado, necessária e irremediavelmente, um fim em si mesmo.

existentes prerrogativas constitucionais, respectivamente. “A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção [...], acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos”.²¹⁶ Segundo Vasco Pereira da Silva,

[...] a sua dimensão histórica mostra como a realização da dignidade da pessoa humana, em cada momento histórico e em cada sociedade, coloca novos desafios e exige novas respostas ao Direito, obrigando à sua transformação e ao alargamento dos direitos fundamentais.²¹⁷

Nestes aspectos, a existência de ordens constitucionais abertas e contingentes torna-se sustentáculo da democracia moderna, pois “a dogmática jurídica [...] só é admissível hoje como ciência do direito se não for exatamente dogmática, há que ser fundamentada, aberta e se saber limitada pela permanente possibilidade de refutação de suas premissas e afirmações”.²¹⁸ Logo, as aquisições de novas prerrogativas de cunho constitucional “[...] não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções de direitos fundamentais”.²¹⁹

Atualmente, as Magnas Cartas dos Estados Democráticos de Direito não mais se restringem à organização do poder e à garantia de liberdades públicas, tal como constatado sob os cânones do paradigma liberal. Direitos sociais e econômicos constam, hoje, na Lei Maior, e no Estado repousa a necessária postura ativa face à

²¹⁶ MIRANDA (2000; 4 t.; p.27).

²¹⁷ SILVA (2002; p.85). A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/1988) e da República Portuguesa (art. 1º, Constituição/1976).

²¹⁸ CARVALHO NETTO (2003; p. 152).

²¹⁹ CARVALHO NETTO, (2003; p. 154).

sociedade politicamente organizada e, sobretudo, constitucionalmente amparada. Nesta seara, as *gerações de direitos fundamentais* não se substituem, pelo contrário, observa-se o fenômeno aglutinador e somatório de todas as prerrogativas individuais e coletivas. Consoante ensinamentos de Magalhães, com finalidade didática, podemos dividir os direitos fundamentais da pessoa humana em quatro grupos: os direitos individuais; os direitos políticos; os direitos sociais e os direitos econômicos. Na história do Estado constitucional, temos que os direitos individuais relativos à vida, à segurança individual, à propriedade privada e à liberdade são os que primeiro são declarados em uma Constituição quando da afirmação do *Estado constitucional liberal*[...] (grifo nosso).²²⁰

É notável, neste âmbito, consoante a lógica liberalista, a garantia e o enaltecimento do minimalismo público²²¹, vale dizer, a defesa do processo de abstenção do Estado, fundamento necessário à efetividade dos supracitados direitos individuais, de natureza, *a priori*, negativa. Logo, no liberalismo, resposta paradigmática à

²²⁰ MAGALHÃES (2002; 2 t.; p.23).

²²¹ Em contraposição às recorrentes ingerências e usurpações de liberdades individuais observadas no decurso do Antigo Regime. No Estado Liberal, liberdade e poder são, *a priori*, incompatíveis e antitéticos. No entanto, lides e ofensas diversas a interesses alheios justificam a interveniência protetiva estatal e a conseqüente tutela de prerrogativas libertárias. Logo, o “[...] fim do Estado [Liberal] é apenas a ‘segurança’, entendida como a ‘certeza da liberdade no âmbito da lei’” (BOBBIO, 1994; p.25). “Después del destierro de los Estuardos y de haber llevado a cabo el *Bill of Rights*, funda Locke la teoría liberal del Estado, al cual asigna como único fin la protección de la propiedad que comprende dentro de sí la vida y la libertad. Esta doctrina considera como una excepción la limitación del individuo por la regla de derecho y por coacción jurídica, y en cambio piensa que lo común ha de ser para el individuo la libertad de movimiento. La doctrina de Locke [...] ha contribuido de un modo intenso en el continente a la resistencia que se ha venido oponiendo a la ilimitada extensión de la actividad del gobierno (JELLINEK, 1970; p.184).

autocracia monárquica constatada no Antigo Regime, a liberdade “[...] cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo”.²²² O constitucionalismo e a separação de funções²²³ tornaram-se, assim, essenciais e necessários instrumentos aptos à restrição do poder estatal e, conseqüentemente, à tutela de direitos ditos individuais. Como assevera Dalmo de Abreu Dallari,

o Estado Liberal [...] trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se a idéia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*.²²⁴

No decorrer do século XIX, observou-se, contudo, a progressiva crise do supramencionado modelo. A omissão estatal proporcionou, inegavelmente, o sensível acréscimo de

²²² BONAVIDES (2007; p.60).

²²³ “Un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento [...]. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado” (LOEWENSTEIN, 1976; p.55).

²²⁴ DALLARI (1995; p.235). O *laissez-faire*, “[...] forjado nas fornalhas do inconformismo burguês, apresentou-se como verdadeiro paradigma na evolução do constitucionalismo moderno” (WANDERLEY JÚNIOR, 2000; p. 13). Conforme ensinamentos de Norberto Bobbio, “[...] a história do Estado liberal coincide, de um lado, com o fim dos Estados confessionais e com a formação do Estado neutro ou agnóstico [...], o qual assinala o nascimento e o desenvolvimento da sociedade mercantil burguesa” (BOBBIO, 1994; p.22).

desigualdades sociais e o soerguimento, em diversos países europeus, de inúmeros movimentos revolucionários de base proletária. A ampla autonomia privada em sede contratual, isto é, o livre poder, voluntário, em contratar e em estabelecer o conteúdo jurídico de vínculos obrigacionais, com lastro na inexistência de normas públicas, cogentes, protetivas de interesses subjetivos ou coletivos, justifica, por sua vez, a desproporcionalidade de prestações e a existência de nefastas ofensas a ideais de justiça, equidade e democracia social constatadas no liberalismo. Nos mesmos aspectos, a desregulamentação econômica produziu, em detrimento da livre-iniciativa e concorrência, ampla concentração empresarial e, deste modo, o poder econômico privado de parques conglomerados industriais.²²⁵ De fato, “[...] a crise do Ocidente é, principalmente, a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo, e caduca, perante os novos rumos [...] [da] evolução social”.²²⁶ Assim, “a sustentação da liberdade como apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação *concreta* entre o capitalista, detentor dos meios de produção, e o operário que lhe prestava trabalho. Esta relação degenerou em exploração”.²²⁷

À ausência de sustentabilidade liberal, somaram-se os perniciosos efeitos de inúmeros conflitos bélicos travados e a Grande Depressão (anos 30). A ampla crise econômica

²²⁵ “É preciso salientar que a existência de poderes econômicos privados e de uma ordem por eles imposta se coloca em contraposição com os princípios defendidos pelo sistema jurídico liberal, infringindo a concepção ideológica e as bases econômicas por ele preconizadas. Por isso surge a necessidade de o Estado atuar, principalmente para defender aqueles princípios e preservar a sua realização” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007; p.15).

²²⁶ BONAVIDES (2007; p.60). O “Estado abstencionista não pode nem deve existir na atualidade de grande parte do mundo moderno, que pede, não tanto como o *Leviatã* de Hobbes, um pouco do sacrifício das clássicas liberdades humanas a bem coletivo” (v.BONAVIDES, 2008; p.140).

²²⁷ LEOPOLDINO DA FONSECA (2007; p.109).

proporcionou pressões inflacionárias, desemprego e, portanto, o agravamento das desigualdades e desafios arcados pelas populações marginalizadas.²²⁸ Na Itália, por exemplo, a ascensão política de partidos socialistas fora vertiginosa – 2 milhões de filiados, em 1920, e o conseqüente domínio da Confederação Geral dos Trabalhadores. Consoante lições do célebre professor Paulo Bonavides,

a burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. [...] Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno.²²⁹

O embate proporcionado entre capital e trabalho, vale dizer, o conflito de classes, neste momento, possibilitou a conquista do sufrágio universal masculino.²³⁰ Por conseguinte, a extensão de direitos políticos à classe operária, inicialmente apartada do voto dito censitário, permitiu o alcance proletário do poder e o início da

²²⁸ Na literatura, o Romantismo burguês, lírico e utópico, cede espaço à corrente realista, com lastro na ampla denúncia social (v., dentre tantos, Castro Alves, Eça de Queiroz e Machado de Assis).

²²⁹ BONAVIDES (2007; p.42).

²³⁰ Não obstante a necessária observância de requisitos etários e escolares mínimos, posteriormente e em parte afastados. “Em geral, excluídas as restrições de riqueza ou capacidade, estamos já em presença do sufrágio universal, que, todavia, [...] comporta limitações”: v.g. a faixa etária, ou seja, a “[...] capacidade de discernimento, maturidade e tirocínio indispensáveis a uma intervenção esclarecida nos negócios públicos”; e o mínimo grau instrutivo, porquanto a exclusão de analfabetos fundamenta-se na inabilidade em “[...] emitir voto, formular juízo ou tomar decisões” (BONAVIDES, 2009; p.251-253).

transformação social almejada. Nesta seara, inúmeras leis trabalhistas, econômicas²³¹ e previdenciárias surgem, embrionariamente, em diversos sistemas jurídicos nacionais.

Haja vista a constante e crescente insatisfação popular, instaurou-se o intitulado ESTADO SOCIAL, o qual, decerto, apresenta múltiplas e variadas facetas, democráticas ou totalitárias, não obstante a comum previsão de direitos sociais e econômicos.²³² Estas generosas prerrogativas, *eminente* positivas e

²³¹ O Sherman Antitrust Act (1890) é promulgado, nos Estados Unidos, haja vista a perspectiva de dano aos consumidores e à organização do mercado, proporcionada pela ampla e incontestada concentração econômica. “The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions. But even were that premise open to question, the policy unequivocally laid down by the Act is competition” (Northern Pacific Railway v. United States, 1956, 356 U.S. *in* LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007; p.20).

²³² Citam-se, dentre outros, o direito à saúde, à educação, à cultura, à previdência e assistência sociais e o direito ao trabalho. A Magna Carta mexicana de 1917 representou a primeira manifestação constitucional de direitos sociais e econômicos, seguida pela Constituição de Weimar (1919) e pelas Cartas espanhola (1931) e portuguesa (1933). No Brasil, a Constituição de 1934 fora a primeira a conter título referente à ordem econômico-social. Segundo Jorge Miranda, “no século XIX encontram-se textos constitucionais precusores da atribuição destes direitos: a Constituição francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23) e, de certa maneira, mais modestamente, a nossa Constituição de 1822 [Magna Carta Portuguesa] (arts. 237, 238 e 240). E até a Constituição francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21)” (MIRANDA, 2000; 4 t; p.23). Hegel, Saint-Simon, Thomas Morus e Tocqueville, ao prescreverem, em seus respectivos momentos históricos, a necessária materialidade do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, tornaram-se inegáveis antecedentes doutrinários do Estado Social.

coletivistas, prevêm e prescrevem a postura ativa e interventiva do poder público necessária à sua efetividade. Na conjuntura, verifica-se a existência de Estados intervencionistas, tutores e assistenciais, postos “[...] acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde e à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa”.²³³ Observou-se, deste modo, o vertiginoso crescimento de atribuições, encargos e competências estatais, inúmeros, no entanto, erigidos pelo desesperado e “onipotente fetichismo político do homem moderno” – “a cada necessidade, um novo serviço público; para cada problema, uma lei ou um código”; “o homem supervalorizou o Estado, divinizou-o, acreditou-o possuidor de atributos, possibilidades e poderes ilimitados”, de tal forma a exigir-lhe solução a variados males.²³⁴ Onerosas e burocráticas organizações políticas foram, inevitavelmente, criadas e direcionadas à regulamentação do vínculo existente dentre capital e trabalho.

O individualismo e a autonomia privada quedam-se restritos, dada, por exemplo, a aplicabilidade da ordem pública e dos bons costumes no rol de princípios público-contratuais conflitantes. Fala-se, destarte, em dirigismo contratual, ou seja, “[...] a intervenção do Estado na economia do contrato”.²³⁵ Na doutrina burguesa, “lo que se llama igualdad ha de entenderse en el sentido de igualdad ante la ley o de igualdad de derechos legales. No es una igualdad de hecho

²³³ CARVALHO NETTO (1996; p.139).

²³⁴ Entretanto, “[...] para resolver os problemas que lhe impõem e cumprir a formidável tarefa que lhe exigem, o Estado dispõe de um poder muito exíguo: a capacidade dos homens que governam. E estes, por muito capazes que sejam, são homens, com poucas virtudes, inúmeros vícios e irremediáveis limitações da criatura humana” (AZAMBUJA, 1994; p.131-133 e 146).

²³⁵ PEREIRA (2006; p.25). “Dentro nesta concepção, o Código consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva e disciplina a redução de cláusula penal excessiva” (PEREIRA, 2006; p.13 e 25).

en las condiciones materiales de la vida”.²³⁶ Nestes termos, “com a intervenção posterior do Estado, e a respectiva legislação especial, limita-se a autonomia da vontade e visa-se estabelecer outro tipo de igualdade, a *material*, esta referente à possibilidade de acesso a todos os bens e às oportunidades da vida econômico-social”.²³⁷

Os Estados Totalitários consistiram em uma das diversas respostas institucionais ao paradigma liberal. Alicerçados na hipervalorização do poder público, em detrimento da obediente pessoa humana, as doutrinas fascistas e o comunismo soviético, anti-democráticos, anti-liberais e uni-partidários, asseguraram ampla ingerência estatal na esfera privada e proporcionaram a redução dos espaços libertários e a usurpação de direitos individuais. Totalitárias “[...] porque preconizam a absorção total e absoluta do homem em uma classe, no Estado ou em uma raça. Nada fora dessas entidades, tudo nelas, para elas e por elas”.²³⁸ “Su intención es modelar la vida privada, la alma, el espíritu y las costumbres de los destinatarios del poder de acuerdo con una ideología dominante [...]”.²³⁹ Verificada a submissão e a dissolução dos particulares no Estado despótico, este, diversamente da lógica kantiana, torna-se *fimem si mesmo*.²⁴⁰

²³⁶ HAURIOU (1927; p.113).

²³⁷ AMARAL (2003; p.359).

²³⁸ AZAMBUJA (1994; p.148).

²³⁹ LOEWENSTEIN (1976; p.78).

²⁴⁰ “Mas contra esta turbación del Derecho y el desvalimiento, que de él se sigue, del individuo frente al poder del Estado, se levanta precisamente la doctrina que asigna al Estado, como fin exclusivo, el Derecho” (JELLINEK, 1970; p.183). “Em suma, a teoria do Estado kantiano é a expressão jurídica do *liberalismo*, que lhe atribuiu, conforme observa judiciosamente Jellinek, a função capital e única de ‘garantir a coexistência dos homens na sociedade’”, vale dizer, o livre-arbítrio, a ordem e segurança jurídicas. Logo, “[...] a teleologia jurídica do Estado, na sua formulação absoluta feita por Kant, será sempre inequívoca aspiração da humanidade culta e progressiva, a coroar-se *naturalmente* no dia em que, tendo o Estado conduzido por suas mãos o ente humano a melhor destino social e econômico, ajudando-o, nas sociedades primárias e desamparadas, a

No fascismo ítalo-germânico, direitos econômicos e sociais foram formal e materialmente adquiridos, mediante interesses políticos vários, a saber, exemplificativamente, a tendência repressiva a movimentos populares e o conseqüente controle da ameaça comunista. Na Itália, o Estado totalitário incentivara as indústrias siderúrgica, elétrica, naval, aeronáutica e automobilística, mediante créditos e incentivos fiscais; a agricultura fora mecanizada e inúmeras obras públicas conferiram empregos e renda a diversos trabalhadores. A avançada legislação trabalhista, por sua vez, garantira férias remuneradas, jornada máxima semanal e previdência social. Na Alemanha, muito embora proibidos greves e sindicatos, vastos programas econômicos foram criados – o desemprego recuara a 1 milhão de trabalhadores, em 1936, após alcançar 6 milhões de alemães (1933).

O Estado Socialista, por sua vez, baseou-se na assunção de postulados marxistas em prol de uma sociedade justa e igualitária. Conforme ensinamentos de Carl Schmitt,

los derechos fundamentales de un Estado de Derecho liberal-burgués son, según la concepción bolchevista, solo medios del dominio capitalista de la propiedad privada; en la proclamación de 1918, [...] queda abolida la propiedad privada sobre el suelo, riqueza minera y aguas, fábricas y bancos; queda solemnemente proclamada la lucha contra el imperialismo de las potencias capitalistas, la solidaridad de todos los trabajadores y explotados de la tierra, la libertad de los pueblos explotados de Asia y de las Colonias. Para garantizar a los

levantar-se das condições rudimentares de servidão material, logre aquela ordem justa, de reformação moral do homem, fadada a conciliar a independência política e ética do indivíduo com sua independência econômica”. Nesta conjuntura, segundo Paulo Bonavides, “[...] a filosofia kantiana do direito será mera ilusão utópica ou quando muito lição de moral” (BONAVIDES, 2008; p.139 e 140). O *Estado Social*, através da normativa jurídica, é um dos *meios* necessários pelos quais o homem aperfeiçoa-se física, ética e intelectualmente. O *telos* é, sobretudo, impreterível elemento à compreensão da tipologia estatal.

trabajadores una verdadera libertad de conciencia, quedará separada la Iglesia del Estado y la Escuela de la Iglesia. [...] La libertad de prensa, la libertad de asociación y reunión, vale sólo para la clase trabajadora y los campesinos.²⁴¹

O totalitarismo soviético, contudo, propiciou, nos mesmos aspectos do fascismo ítalo-germânico, notável perseguição a situações jurídicas de cunho libertário e subjetivo, concomitantemente ao acolhimento de amplos programas de interferência estatal no domínio coletivo.²⁴² No *lato* significado, logo, “[...] uma sociedade liberal-liberalista é inevitavelmente não-igualitária, assim como uma sociedade igualitária é inevitavelmente não-liberal”.²⁴³ Todavia, a publicização dos meios produtivos e, destarte, o término das lutas e classes sociais, conduziria, em diverso sentido das doutrinas nazi-fascistas, à ruína e queda do Estado, considerado, desta forma, efêmero ou transitório.

Considerado, por muitos, a mais célebre construção teórica de todos os tempos, o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) alia a defesa de direitos subjetivos à eficácia de posições sócio-econômicas de vantagem, em ambiente democrático e faticamente

²⁴¹ SCHMITT (1927; p.186).

²⁴² O socialismo científico não era, decerto, no todo incompatível para com a democracia. Nesta conjuntura, “[...] o processo de democratização produziria inevitavelmente, ou pelo menos favoreceria, o advento de uma sociedade socialista, fundada na transformação do instituto propriedade e na coletivização dos meios de produção; em segundo lugar, apenas o advento da sociedade socialista reforçaria e alargaria a participação política e, portanto, tornaria possível a plena realização da democracia, entre cujas promessas [...] [encontrava-se] a distribuição igualitária (ou ao menos mais igualitária) do poder econômico e do poder político.” O socialismo permitiria, pois, a participação pública em decisões econômicas – novel espaço à soberania popular, incontestemente sustentáculo democrático – e equânime distribuição de bens e riquezas, isto é, efetiva e substancial participação política, haja vista a força do capital nos processos políticos decisórios (BOBBIO, 1994; p.81 e 83).

²⁴³ BOBBIO (1994; p.39).

igualitário. Para tanto, regras e princípios jurídicos mostram-se imperiosos à consecução de objetivos institucionais. O paradigma em comento mostrou-se, de fato, adequado às pretensões dominantes, anti-proletárias, porquanto “remove para idade mais remota o perigo da queda e desintegração do sistema capitalista, sua extinção ou superação, do mesmo passo que elimina da mudança social o recurso à violência revolucionária”.²⁴⁴ A hipertrofia do poder público, no entanto, constatável na ingerência legislativa em domínios privados, é contraposta pelo eminente professor Paulo Otero, pois o intervencionismo estatal reconduz à *excessiva* redução dos espaços libertários e à emergência de sociedades semi-abertas e para-totalitárias.²⁴⁵

A crise do *Welfare State*, a seu tempo, volve à ausência de sustentabilidade financeira no cumprimento de direitos sócio-econômicos, que, indubitavelmente, conclamam amplos e extensos investimentos estatais. A rígida política fiscal, sustentáculo orçamentário das finanças públicas, mostrou-se, entretanto, incompatível para com o hodierno sistema global de mercado, amparado em ampla tecnologia e em redução de custos. As crises petrolíferas dos anos 70, por sua vez, impulsionaram o saneamento de dispêndios administrativos e a conseqüente decadência da concepção burocrático-paternalista de Estado.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, fundado em incontestes soberania popular, consiste no atual paradigma jurídico-constitucional de inúmeras nações ocidentais²⁴⁶, muito embora, decerto, países escandinavos permaneçam atrelados a vastas diretrizes social-democratas. Em síntese, há normas referentes a

²⁴⁴ BONAVIDES (2007; p.190).

²⁴⁵ OTERO (2001; p.165).

²⁴⁶ « art. 2º: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático [...] » (Constituição da República Portuguesa, 1976); « art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] » (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

direitos individuais, políticos, econômicos e sociais, não obstante o reducionismo do papel estatal na garantia de prerrogativas positivas. Manifestam-se, hoje, diversos fenômenos neoliberais, *v.g.*, a privatização de empresas estatais e a instituição de concessões, permissões e parcerias público-privadas em serviços públicos. Conforme Gomes Canotilho,

a *liberalização* e a *privatização* dos serviços econômicos de interesse geral não significa, de resto, a despedida do Estado e a inexistência de regras públicas. Pelo contrário, os *sistemas ou redes de infraestruturas* indispensáveis à gestão dos serviços de interesse econômico geral são sistemas próximos do estado e de outras entidades reguladoras (por exemplo, a Comunidade Europeia) assentes em forma mistas de estruturas regulativas, nas quais a *autoregulação privada* e a *intervenção pública regulativa* se combinam e ganham eficácia.
247

Uma resposta institucional ao totalitarismo social-fascista, o Estado Democrático de Direito enaltece garantias políticas e libertárias, conjuntamente a prestações sociais e à garantia do acesso à Justiça. Como assevera Dalmo de Abreu Dallari,

a liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades [...]. A concepção individualista da sociedade [...] deu margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, pois cada um vivia isolado na sua liberdade, procurando obter o máximo proveito para si.
248

As hodiernas Constituições, ademais, no âmbito do verificado progresso técnico-científico, prevêm e abarcam novéis prerrogativas metaindividuais ou difusas, *v.g.* o direito ambiental, a inviolabilidade do patrimônio genético e matérias outras nos

²⁴⁷ CANOTILHO (2003; p.352).

²⁴⁸ DALLARI (1995; p.259).

campos da informática e biotecnologia.

Consoante ensinamentos de Vasco Pereira da Silva, as dimensões negativa e positiva de inúmeras prerrogativas constitucionais são relativas, pois

[...] do ponto de vista dogmático, todos os direitos fundamentais possuem uma vertente negativa, que impede a existência de agressões estaduais no domínio constitucionalmente protegido, ao mesmo tempo que possuem uma vertente positiva, que obriga à colaboração dos poderes públicos para a sua realização [...] [e] aquilo que pode apresentar variações, em cada um deles, é apenas o peso relativamente maior ou menor das respectivas vertentes positiva e negativa.²⁴⁹

Logo, “[...] mesmo os direitos fundamentais ‘clássicos’, ou de primeira geração, não dependem apenas de uma mera abstenção estadual, como até aí se dizia, antes implicam também a colaboração do Estado para a sua realização”.²⁵⁰ A supracitada prática re-interpretativa dos direitos subjetivos decorre, sobremaneira, da crise paradigmática liberal e, conseqüentemente, da inserção de componentes sociais, direcionados à emergência de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, Constituição da República Federativa do Brasil/1988; art. 1º da Constituição da República Portuguesa/1976). A liberdade, por exemplo, não é plenamente assegurada se inexistente o acesso ao ensino, ou seja, à educação, pressuposto necessário ao desenvolvimento e à fática conquista da cidadania.

3. O soerguimento do Estado de Bem-Estar Ambiental

No decorrer do século XX, as nefastas manifestações de impactos ambientais proporcionados ou intensificados pela ação

²⁴⁹ SILVA (2002; p.89 e 91).

²⁵⁰ SILVA (2002; p.87).

antrópica propiciaram a crescente e sólida mobilização mundial. A crise petrolífera dos anos 70, por exemplo, resultante do conflito árabe-israelense do *Yom Kippur* (1973), demonstrou, decerto, a extenuação de recursos naturais não-renováveis, concomitantemente à decadência do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Os movimentos *hippie*, pacifista²⁵¹ e estudantil, o ecomalthusianismo e a proliferação de Partidos Verdes em diversos países evidenciaram a inserção da temática ambiental nas discussões sociais e em agendas políticas governamentais.

A magna previsão do direito a um ambiente de vida sadio e equilibrado é resultado da supracitada cultura popular, aliada à ocorrência de inúmeras conferências internacionais nesta matéria.²⁵² Assim, a Constituição é, irrefutavelmente, "expressão da organização social, seja como expressão das idéias duradouras na comunidade política, seja como ordenamento resultante das instituições, das forças e dos fins políticos"²⁵³ e direcionada está à mudança social. Entre os anos 50 e 70, eram parcas e escassas as disposições eco-constitucionais. Hoje, no entanto, a consagração constitucional do direito ao ambiente é notoriamente difusa:

²⁵¹ Como assevera José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, "no final da década de 50, a preocupação com a degradação do ambiente já era uma das notas características das demonstrações antibombas nucleares na Inglaterra. [...] O movimento pacifista e pelos direitos civis nos Estados Unidos, sobretudo ao longo da Guerra do Vietnã, já passa a indicar que a preocupação com o meio ambiente não mais se restringe aos cientistas, mas começa a ganhar dimensões de um movimento de massas" (BARACHO JÚNIOR, 1999; p.174).

²⁵² Citam-se, por exemplo, a 1ª Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo (1972), na qual, oportunamente, prolatou-se a Declaração de Estocolmo; e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro (1992), donde foram assinadas a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção- Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assim como o estabelecimento da Agenda 21.

²⁵³ MIRANDA (2000; 2 t.; p.53).

a Constituição Portuguesa de 1976 é das primeiras a positivizar constitucionalmente o ambiente como *direito fundamental*. Logo a seguir é a Espanha que *expressis verbis* consagra na Constituição de 1978 o direito de todos a ‘disfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, bem como o dever de o conservar’ (art. 45).²⁵⁴

Na doutrina portuguesa, destaca-se, ainda, a dupla vertente das questões ambientais, porque

[...] tanto existem *direitos subjectivos* das pessoas relativamente *ao meio-ambiente*, no quadro de relações que têm como sujeitos passivos entidades públicas e privadas, como a *tutela objectiva* de bens ambientais [*direito do ambiente*, conforme Gomes Canotilho]. E uma coisa são os direitos das pessoas, nas relações jurídicas (públicas ou privadas) de ambiente, outra coisa é a consideração das realidades ambientais como bens jurídicos, que implica a existência de deveres objectivos (de atuação e abstenção) tanto de autoridades legislativas, administrativas e judiciais, como de privados (grifo nosso).²⁵⁵

As dimensões objetiva e subjetiva do meio ambiente, entretanto, encaixam-se e completam-se à preservação dos componentes ecológico-paisagísticos, *ultima ratio* do Estado de Bem-Estar Ambiental.

A Constituição da República Portuguesa (1976), no seu artigo 66, nº1, postula: “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.” Na mesma linha, a Magna Carta brasileira (1988) dispõe, *in verbis*: “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” (artigo 225,

²⁵⁴ CANOTILHO (2005; p.49).

²⁵⁵ SILVA (2002; p.26-27).

caput). Hodiernamente, o meio artificial ou urbano insere-se na supracitada tutela constitucional, pois

é importante destacar que, quando da época da Constituição Federal, pensava-se em meio ambiente apenas em relação a questões de meio ambiente natural, temas unicamente vinculados à flora e à fauna. É evidente que, [hoje], a atuação do direito ambiental é muito maior e muito mais efetiva [...].
256

Nesta seara, os planos diretores (artigo 182, Constituição da República Federativa do Brasil), mediante o adequado ordenamento do território, afiguram-se imperiosos à política desenvolvimentista urbana, vale dizer, à função sócio-ambiental de cidades e ao bem-estar de seus habitantes.

Os supramencionados dispositivos constitucionais propiciam, aos sujeitos de direito, não somente o gozo de situações jurídicas de vantagem²⁵⁷ em face de agentes públicos e privados, como também o necessário cumprimento de *deveres* em matéria ambiental. Nestes aspectos, as instituições estatais e a sociedade civil sujeitam-se a normas de conduta tendentes à proteção e preservação ecológicas, fontes de bem-estar para as presentes e futuras gerações. Deste modo,

²⁵⁶ FIORILLO (2003; p.141).

²⁵⁷ O direito ao ambiente é juridicamente tutelável mediante a ação popular e a ação civil pública. « art 52, n° 3: É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a *preservação do ambiente* e do património cultural; » (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa) « art 5º, LXXIII: qualquer cidadão é parte legítima para propor *ação popular* que vise a anular ato lesivo [...] ao *meio ambiente* e ao património histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. » (grifo nosso) (Constituição da República Federativa do Brasil). Conferir, ainda, a lei brasileira 7.347/85, referente à ação civil pública.

não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos”.²⁵⁸

O direito ao ambiente insere-se na terceira geração dos ditos direitos fundamentais, a despeito da oposição e crítica de determinadas correntes doutrinárias. Há quem esboce a preferência pelo termo “interesse difuso”, muito embora, segundo Magalhães, seja aconselhável a locução “direito fundamental difuso”, porquanto o ambiente de vida ecologicamente equilibrado deixou o plano de simples e mero interesse, haja vista a instituição de uma verdadeira cultura jurídico-ambiental.²⁵⁹

Ademais, se considerarmos o ambiente um dado bem jurídico público ou coletivo (*res omniium*), inapropriável²⁶⁰, vastos são os posicionamentos doutrinários negativos do direito sobre ele existente. No entanto, a *fruição individual* do meio ambiente gera concretas relações jurídicas as quais encerram direitos e deveres *subjetivos* em matéria ambiental²⁶¹, pelo que, a despeito da

²⁵⁸ LEME MACHADO (2007; p.58).

²⁵⁹ MAGALHÃES (2002; 1 t.; p.319).

²⁶⁰ “Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de *todos* os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente.” (grifo nosso) (LEME MACHADO, 2007; p.57). Nestes aspectos, prescreve a Magna Carta brasileira: “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.*” (grifo nosso) (art. 225, Constituição da República Federativa do Brasil). Conferir, também, FIORILLO (2003; p.146).

²⁶¹ SILVA (2002; p.95). “Quando a Constituição do Estado protege um interesse coletivo, o faz em função tanto do interesse da coletividade, quanto da perspectiva dos interesses do indivíduo: ‘Mediante qué figuras jurídicas se tutela el *interés social de carácter individual* en el cuadro de la normativa constitucional típica de las democracias pluralistas? Ante todo, los derechos subjetivos especialmente los derechos públicos subjetivos, no

pretensa indeterminabilidade dos titulares de direitos difusos, é *determinável* o sujeito da prerrogativa em questão.

Conforme ensinamentos, em diverso sentido, do célebre professor Paulo Otero,

[...] verifica-se, hoje, o culminar de um progressivo alargamento da noção de ‘fundamentalidade’ dos direitos: ao lado dos direitos inerentes à pessoa humana – estes, indiscutivelmente, dotados na sua essência de uma ‘fundamentalidade’ natural, enquanto expressão do indivíduo como pessoa física e como membro da sociedade –, começaram a surgir direitos ‘fundamentais’ de certas categorias particulares de indivíduos (*v.g.*, direitos dos trabalhadores, direitos dos estudantes), ampliando-se a titularidade de ‘direitos fundamentais’ às pessoas colectivas e, dentro destas últimas, às próprias entidades públicas. [...] Tudo se encontra compreendido na mesma categoria, não obstante as visíveis diferenças de natureza [...] ²⁶² e essencialidade.

O eminente professor luso reputa verificada, logo, a crescente e incontestada debilitação conceitual de direitos ditos fundamentais, pois a ilimitada extensão do instituto a interesses difusos ou coletivos (*v.g.*, direito ao ambiente) – desprovidos de um suporte subjetivo individualizável –, a incumbências ou tarefas estatais, a expectativas jurídicas e a simples direitos subjetivos

[...] mostra-se passível de gerar uma concorrência limitativa, [...] diversas colisões ou conflitos, relativamente a verdadeiros direitos fundamentais já existentes, que, por esta via, terão espaço de

que es por causalidad que son llamados fundamentales; además, los derechos-deberes, en Itália, también los intereses legítimos y, actualmente, hay quien teoriza la inclusión entre estas figuras de la controvertida categoría de los intereses difusos. Encualquier caso, no se discute que la protección de los intereses sociales de carácter individual se realice esencialmente a través de la figura jurídica del *Derecho Público subjetivo*” (grifo nosso) (BARACHO, 1984; p.149-150).

²⁶² OTERO (2001; p.154 e 155).

operatividade restrito [...], isto num processo de progressiva debilitação ou corrosão. [...] Em boa verdade, conclua-se, a debilitação da 'fundamentalidade' dos direitos fundamentais acabará sempre por esvaziar o próprio conceito em causa: direito fundamental é tudo e não será nada.
263

4. A teoria da indivisibilidade dos Direitos Fundamentais: a conexão existente entre as normas de cunho ambiental e as demais situações jurídicas de vantagem

Segundo Magalhães, os direitos fundamentais, a despeito da preconizada segmentação paradigmática, encontram-se interligados e associados. “A teoria da indivisibilidade afirma justamente a condição dos direitos sociais e econômicos como pressupostos de exercício das liberdades políticas e individuais”.²⁶⁴ O direito ambiental, assim, associa-se e converge para com prerrogativas de natureza individual, social e econômica.

Hoje, as Constituições de inúmeros Estados Democráticos prescrevem não apenas o direito à vida, mas, também, o *direito à sadia qualidade de vida* (art. 5º, *caput* e art. 225, *caput* da Constituição Federal brasileira; art. 24 e art. 9º, 'd', da Constituição da República Portuguesa)²⁶⁵, o qual, por sua vez, pressupõe, indubitavelmente, a materialização do direito à saúde. Tais faculdades estão, de fato, associadas à existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto o uso e gozo de componentes naturais preservados ou restaurados é fundamental

²⁶³ OTERO (2001; p.155 e 156). “Derechos fundamentales en sentido proprio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual [...] pero no las exigencias sociales”, assevera Carl Schmitt (SCHMITT, 1927; p.190).

²⁶⁴ MAGALHÃES (2002; 2 t.; p. 30-31).

²⁶⁵ Conferir, dentre outros, MORAES (2005; p.30) e MILARÉ (2005; p.158-159).

para a satisfação das necessidades, do lazer, da saúde e do bem-estar humanos.²⁶⁶

« art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. » (Constituição da República Federativa do Brasil).

« art. 64, nº2: O direito à protecção da saúde é realizado: b) pela criação de condições económicas, sociais, culturais e *ambientais* [...] e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo [...] » (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa).

A emergência do paradigma social de Estado propiciou o arrefecimento da lógica individualista e a afirmação de valores trans-subjetivos. O direito à propriedade, nestes aspectos, quedou-se reinterpretado pela hodierna dogmática jurídica e sujeito, consequentemente, à devida e novel *função social* que o limita e orienta²⁶⁷, haja vista a necessária tutela de direitos difusos. Como

²⁶⁶ Consoante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual 1997*. Capítulo VIII. OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero 1998). Ademais, o direito à vida contempla “[...] no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentença: 17 de Junho, 2005. par.161).

²⁶⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil contém inúmeras referências à função social da propriedade: art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 173, §1º, I; art. 182, §2º; art. 184, *caput*; art. 185, parágrafo único e art. 186. Segundo Maria Elizabeth Moreira Fernandez, “[...] a Constituição da República Portuguesa não acolhe de forma expressa e inequívoca a

assevera Francisco Amaral,

na época moderna, consagrada pelo liberalismo e definida pelo Código de Napoleão (art. 544), a propriedade consagrou-se como um direito unitário, absoluto, perpétuo, exclusivo e ilimitado. [...] A função social da propriedade e o abuso de direito são construções teóricas, decorrentes da passagem do Estado de Direito, ou liberal [...], para o Estado Social.²⁶⁸

O Estado protetor do ambiente inseriu a função socioambiental da propriedade privada no ordenamento jurídico pátrio. Nesta seara, o proprietário assume obrigações jurídicas negativas e condutas ou comportamentos positivos correlatos a direitos em matéria ambiental. Há, pois, a equíprimordialidade existente entre a autonomia privada e a ordem pública. Desta forma, “[...] o uso da propriedade pode e deve ser judicialmente controlado, impondo-se-lhe restrições necessárias à salvaguarda dos bens maiores da coletividade, de modo a conjurar, por comandos prontos e eficazes do Poder Judiciário, qualquer ameaça

submissão da propriedade privada ao desempenho de uma função social ou de uma função ecológica e nem sequer autoriza o legislador ordinário, pelo menos de modo explícito, a produzir leis que promovendo o desempenho daquelas funções, reduzam ou restrinjam as competências ou as faculdades inerentes ao direito fundamental em apreço. Todavia, [...] estas circunstâncias não transformam, *a contrario*, o direito de propriedade privada num direito [...] de natureza absoluta e ilimitada.”, e não negam, nos mesmos aspectos, o desempenho da supracitada função pela prerrogativa fundamental em causa (FERNANDEZ, 2001; p.204).

Consoante célebres lições de Fernandez, a função social da propriedade privada decorre da concorrência deste direito para com outros interesses de igual valia, v.g., o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, “[...] a propriedade não é um valor absoluto e terá de se subordinar ao interesse colectivo traduzido no ambiente” (MIRANDA, 2003; p.278).

²⁶⁸ AMARAL (2003; p.145-147). “A localização dos direitos fundamentais nas constituições dos Estados de democracia pluralista é constante. Procura-se hoje a conciliação equilibrada dos interesses individuais, com os de carácter coletivo ou geral” (BARACHO, 1984; p.149).

ou lesão à qualidade de vida”.²⁶⁹ “A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* a produzir proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser *necessária* [...] [e], finalmente, *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental”.²⁷⁰ O artigo 1228, §1º, do Código Civil brasileiro prescreve, *in verbis*:

« art. 1228, §1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas » (Código Civil brasileiro, 2002).

Igualmente, dispõe a Constituição Federal:

« art. 182, §2º: A propriedade urbana cumpre sua função social quanto atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. » « art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II – *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis* e preservação do meio ambiente. » (Constituição da República Federativa do Brasil).

Da mesma forma, o Poder Constituinte brasileiro estabeleceu, ademais, a necessária educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 225, §1º, VI, CF/1988) e o veto a propagandas de produtos, práticas e serviços potencialmente nocivos ao meio ambiente (art. 220, §3º, II, CF/1988). O direito à educação e o exercício da comunicação social tornam-se, portanto, balizados pela

²⁶⁹ MILARÉ (2005; p.169).

²⁷⁰ HESSE (1998; p.256).

necessária proteção dos recursos naturais.²⁷¹ A Magna Carta lusa prescreve, neste âmbito:

« art. 66, n°2: Para assegurar o direito ao ambiente, [...] incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: g) promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; » (Constituição da República Portuguesa, 1976).

A ordem econômica e financeira também é norteadada pela “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (art. 170, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil).²⁷²

A supracitada teoria da indivisibilidade mostrou-se imperiosa à efetiva tutela dos componentes ambientais naturais, visto que, em princípio, “[...] el derecho trató de enfrentar los problemas ambientales propios del mundo moderno mediante la aplicación de las herramientas que proporcionaban las ramas tradicionales del derecho.”²⁷³ Nos Estados Unidos, *v.g.*, a jurisprudência civilista referente à propriedade fora, *a priori*, aplicada à solução de controvérsias relativas às poluições sonora, aquática e atmosférica.

²⁷¹ A Constituição da República Portuguesa não restringe a comunicação social em observância de *direitos econômicos, sociais e culturais*, grupo do qual o direito a um ambiente de vida ecologicamente equilibrado faz parte. A Magna Carta lusa dispõe, *in verbis*: « art. 39, n°1: Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: d) o respeito pelos *direitos, liberdades e garantias* pessoais; » (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa).

²⁷² « art. 90: Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objectivo promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, *a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português* » (grifo nosso) (Constituição da República Portuguesa).

²⁷³ GONZÁLEZ (2005; v.1; p.91).

No entanto, “en un segundo momento, los gobiernos elaboraron leyes específicamente para abatir los problemas de contaminación y para conservar, restaurar y asegurar el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales”.²⁷⁴

Hoje, não obstante a debilidade jurisprudencial em questões ecológicas, a tutela de direitos subjetivos vários, em demandas civis, é reflexa e indiretamente favorável a direitos ambientais. Nesta conjuntura, “[...] as regras do direito de vizinhança possuem outro dado positivo inegável, pois abrem as portas do judiciário a indivíduos para, diretamente, lidarem com questões atinentes à função social da propriedade [...] e, ademais, proporciona o exercício da cidadania ambiental de forma indireta”.²⁷⁵ Conforme ensinamentos de Astrid Puentes Riaño, “[...] mientras se desarrollan en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) elementos y parámetros de exigibilidad directa, los derechos ambientales pueden protegerse a través de la vinculación con otros derechos cuya exigibilidad sí lo es”. Assim, exemplificativamente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos “[...] reconoció a la comunidad indígena Maya en Belice el derecho al ambiente sano en conexión con el derecho a la vida y a la preservación de la salud y el bienestar, afectados por la autorización de explotación de recursos naturales en su territorio”.²⁷⁶

5. Considerações Finais

Haja vista a indubitável perspectiva histórica dos direitos fundamentais, consubstanciada no progresso paradigmático estatal, o pensamento e os sentimentos jurídicos coletivos contribuirão,

²⁷⁴ GONZÁLEZ (2005; v.1; p.92).

²⁷⁵ Entretanto, “[...] este acesso judicial é limitado, pois só pode exercer este direito à demanda o proprietário ou o possuidor e não todos os indivíduos”. Cf. artigos 1277 e 1280, Código Civil brasileiro (2002). (LEITE, 2003; p.144 e 145).

²⁷⁶ RIAÑO (2006; v.1; p.33).

decerto, para com a inserção da temática ecológica nas legislações e nas agendas políticas governamentais. Isto posto, a dignidade humana, hoje, pressupõe direitos e o necessário cumprimento de deveres em matéria ambiental, interligados, de fato, a prerrogativas subjetivas outras e alçados a inúmeras Constituições de Estados ditos protetores do ambiente.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 32.ed. São Paulo: Globo, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Ciência Política*. 16.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Teoria do Estado*. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas. In *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. v.63. Brasília: Jul./Dez. 1996.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual 1997*. Capítulo VIII. OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentença: 17 de Junho, 2005.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Studia Iuridica 57. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. In *Direito ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Jarbas Soares Júnior; Fernando Galvão (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONZÁLEZ, Jose Juan. Del comando y control al del derecho reflexivo para la protección del ambiente en México. In: *Paisagem, Natureza e Direito*. 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005. v.1.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. 2.ed. Madrid: Reus, 1927.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Lei de Proteção da Concorrência*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2.ed. ampl. Barcelona: Ariel, 1976.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. t. 1 e 2.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.53. 2 t.

_____. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t.

_____. Entrevista a *Forum Ambiente*. In: *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária – do Estado totalitário à*

sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: Principia, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* v.3. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIAÑO, Astrid Puentes. Particularidades de casos ambientales para la justiciabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos. In: *Direitos Humanos e Meio Ambiente.* 10º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. v.1

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución.* Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

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

WANDERLEY JÚNIOR, Bruno. *Consórcio internacional de meio ambiente: por políticas latino-americanas para a Amazônia.* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.