

O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português*

0. Introdução; 1. O despertar da causa ecológica no Brasil;
2. O sentido oculto do *direito ao ambiente*;
3. Observações conclusivas

*O mistério das cousas, onde está ele?
Onde está ele que não aparece
Pelo menos a mostrar-nos que é mistério?
Que sabe o rio disso e que sabe a árvore?
E eu, que não sou mais do que eles, que sei disso?
Sempre que olho para as cousas e penso no que os homens pensam delas
Rio como um regato que soa fresco numa pedra.*

*Porque o único sentido oculto das cousas
É elas não terem sentido nenhum.
É mais estranho do que todas as estranhezas
E do que os sonhos de todos os poetas
E os pensamentos de todos os filósofos
Que as cousas sejam realmente o que parecem ser
E não haja nada que compreender*

*Sim, eis o que os meus sentidos apreenderam sozinhos:
As cousas não têm significação: têm existência
As cousas são o único sentido oculto das cousas*

Alberto Caeiro
O Guardador de rebanhos (XXXIX)

0. A degradação do meio natural em virtude da acção humana, potenciada pelo crescimento industrial verificado no último século, é por demais conhecida. No Brasil, país com uma riquíssima biodiversidade (das maiores do Mundo) e recursos naturais variados, essa destruição tem-se agudizado por força do concurso de causas múltiplas, na sua esmagadora maioria resultantes da ganância e incúria humanas¹. O Estado só despertou para a

* Este texto constitui uma adaptação da parte final de uma palestra proferida pela autora nas cidades de Porto Alegre, Fortaleza e Salvador, em Junho de 2004, a convite da Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF). Deixo aqui o meu agradecimento ao Prof. José de Barros Ribas Neto, pelo empenho revelado no agendamento das palestras e pelas diligências envidadas com vista à sua realização, bem como pelo carinho com que me recebeu em Brasília. Ao Vasco Guimarães, agradeço tudo o resto.

¹ Enunciando um vastíssimo conjunto de causas explicativas da situação de degradação ambiental no Brasil, H. BARREIRA CUSTÓDIO, **Meio ambiente e normas jurídicas protetionais**, in *Rivista*

necessidade de concertação de esforços no sentido da elaboração e implementação de uma política nacional do ambiente no início da década de 80 do século XX – com a aprovação da Lei 6.938, de 31 de Agosto de 1981, que introduziu o Plano Nacional de protecção do ambiente. Isto não significa que até então as preocupações ecológicas fossem nulas; mas confirma a sua abordagem meramente sectorial, muitas vezes no plano estritamente estadual (federativo).

A Constituição de 1988, no artigo 225, incorporou expressamente a missão de defesa e preservação do património ambiental natural na esfera de atribuições do Estado brasileiro, devendo observar-se, no plano da repartição de competências entre a União e as entidades federativas, o disposto nos artigos 21 a 24 da Constituição. Tal disposição, na qual se reconhece, de forma consensual, a fonte de inspiração no artigo 66º da Constituição Portuguesa de 1976, consagra, à semelhança deste dispositivo, um “direito ao ambiente”. A nossa ideia, ao colocar-nos sob a égide do “único poeta da Natureza” que foi Alberto Caeiro, é prescrutar o sentido da fórmula *direito ao ambiente* ínsita no artigo 225, tentando determinar o seu sentido essencial, em diálogo com a sua musa inspiradora. Para tanto, começaremos por fazer uma breve contextualização das normas contidas no “artigo ambiental” no panorama da evolução do tratamento das questões relacionadas com a protecção ambiental no Brasil (1.), para procedermos então mais em detalhe à dissecação do sentido da expressão “direito ao ambiente”, inscrita no corpo da disposição (2.). No final, esboçaremos algumas considerações de síntese (3.).

1. A Constituição de 1988 pode ter sido o impulso fundamental para dotar de coerência a actuação do Estado brasileiro no plano da política ambiental, mas não foi seguramente o primeiro passo dado nesse sentido². Descontada a aproximação à matéria realizada pela

Trimestrale di Diritto Pubblico (= RTDP), 1989/2, pp. 481 segs, 485 segs. Veja-se também EDIS MILARÉ, **A participação comunitária na tutela do ambiente**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 79 segs, 79.

² Uma síntese da situação anterior a 1988 pode ver-se em E. BOTELHO GUADALAZZI, **Direito Administrativo Ambiental**, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo* (=RFDUSP),

Constituição de 1967 (após a emenda nº 1, de 1969)³ — que apontava para uma noção cultural e muito restrita de meio ambiente, típica das Constituições de Weimar, de 1919, portuguesa, de 1933, e italiana, de 1947, circunscrita à protecção das paisagens naturais notáveis —, bem assim como pelos ordenamentos estaduais, o primeiro marco univocamente indicado pela doutrina é o da Lei 6.938, de 31 de Agosto de 1981⁴. Este diploma foi o pioneiro na abordagem transversal e integrada das questões ambientais, que até aí haviam merecido apenas referências sectoriais⁵. Pretendendo definir o quadro básico de acção da União e das entidades federativas no sentido de assegurar a criação e manutenção de estruturas de preservação e promoção da qualidade dos bens ambientais em atenção aos objectivos nela consignados, a Lei 6.938 instituiu, além disso, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) como órgão superior de coordenação deste, e constituiu ainda o cadastro técnico federal de actividades e instrumentos de defesa ambiental.

Sublinhe-se que a Lei 6.938 prevê, no artigo 2, a competência da União, das entidades federativas e dos municípios para, de forma coordenada, harmónica e integrada, contribuir, através da sua acção, no sentido: da racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar: o planeamento e a fiscalização do uso dos recursos ambientais; da protecção dos ecossistemas, com a protecção das áreas representativas; do controlo e zonamento das actividades potencialmente poluidoras; da recuperação das zonas degradadas; da concretização de critérios de responsabilização objectiva dos poluidores, em acção movida pelo Ministério Público. A educação ambiental é um pressuposto fundamental da política de preservação dos recursos naturais, cabendo às várias entidades promovê-la a todos os níveis de ensino e à comunidade em geral.

vol. 82, 1987, pp. 159 segs, e mais recentemente em J. AFONSO DA SILVA, **Direito Ambiental Constitucional**, 2ª ed., 1998, 15 segs. Para uma análise mais alongada, que remonta ao século XIX, J. PEREZ MAGALHÃES, **A evolução do Direito Ambiental no Brasil**, 2ª ed., 2002, pp. 13 segs.

³ H. BARREIRA CUSTÓDIO, **Meio ambiente...**, *cit.*, p. 491.

⁴ Cfr. ÉDIS MILARÉ, **Tutela jurisdicional do ambiente**, in *Revista do Advogado*, nº 37, Setembro 1992, pp. 5 segs, 10 segs.

⁵ Cfr. H. BARREIRA CUSTÓDIO, **Meio ambiente...**, *cit.*, pp. 495 segs.

Na sequência destas directrizes, a lei foi objecto de desenvolvimento através de um vasto conjunto de diplomas, de natureza legislativa e regulamentar, muitos aprovados no próprio ano da sua entrada em vigor⁶. Realce-se a atenção dedicada à criação, nos planos nacional, estadual e local, de áreas naturais protegidas, à definição da noção de impacto ambiental para efeitos de incorporação de um estudo de impacto ambiental em determinados procedimentos de licenciamento, ou aos critérios de revisão das condições de autorização do desenvolvimento de actividades efectiva ou potencialmente lesivas para o meio ambiente. Em Portugal, o legislador ordinário levou bem mais tempo a dar concretização à Lei 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente): a lei que regula o procedimento de avaliação de impacto ambiental, por exemplo, só surgiu em 1990 (DL 186/90, de 6 de Junho), e muito por força do impulso comunitário, traduzido na directiva do Conselho 85/337/CE, de 17 de Junho de 1985⁷.

O segundo passo marcante apontado pela doutrina é o da promulgação da Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985, na qual se disciplina o instituto da acção civil pública como via específica de protecção de interesses colectivos, legitimando a intervenção processual de associações de defesa ambiental (e de outros interesses de idêntica natureza, tais como o património cultural ou a qualidade do consumo) em nome da preservação dos bens ambientais. Além destas entidades, a lei permite a utilização deste instrumento de alargamento da legitimidade processual pelo Ministério Público, pela União, pelos estados, por estabelecimentos, empresas e fundações públicos (cfr. o artigo 5 da Lei 7.347). Assim, à preocupação de reconhecer o ambiente como um valor de interesse público e comunitário, no Brasil acompanhou-se este desígnio da criação de uma via de legitimação processual

⁶ H. BARREIRA CUSTÓDIO, *Meio ambiente...*, *cit.*, p. 491.

⁷ Esta directiva foi revogada pela directiva 97/11/CE, de 3 de Março de 1997. Na sequência desta, o DL 186/90 foi também substituído pelo DL 69/2000, de 3 de Maio, actual regime do procedimento de avaliação de impacto ambiental.

que permitisse um controlo efectivo das actividades potencial ou actualmente lesivas do ambiente⁸.

Ou seja, à tutela substantiva aditou-se uma forma de proporcionar a tutela adjectiva compatível com a natureza dos bens em jogo, caracterizados pela indivisibilidade das suas utilidades e inerente impossibilidade de apropriação individual. Sublinhe-se, no entanto, que, na prática, o principal responsável pela iniciativa processual no domínio da protecção ambiental tem sido o Ministério Público, a partir das Curadorias de Protecção Ambiental instaladas junto das comarcas estaduais⁹.

Por último, o terceiro elemento de consolidação do *Estado ambiental* brasileiro surgiu com a aprovação da Constituição de 1988, documento no qual, além de normas relativas à distribuição de atribuições e competências entre União, estados, distrito federal e municípios (artigos 21 a 24¹⁰)¹¹, o legislador constituinte inseriu (em capítulo aprovado por

⁸ Além das vias processuais normais, existe sempre e preferentemente — caso esteja em jogo a actuação, activa ou omissiva, de uma entidade pública — a figura do mandado de segurança, forma sumária e especialmente célere (que contempla a possibilidade de antecipação da tutela pela via da liminar) de tutela jurisdicional. No plano das relações entre particulares, as formas de tutela inibitória são, por razões óbvias, as que mais úteis resultados promovem no contexto da tutela de interesses relacionados com bens de grande fragilidade como os ambientais — cfr. L. GONÇALVES TESSLER, **Ação inibitória na protecção do direito ambiental**, in *Aspectos processuais do Direito Ambiental*, org. de J. R. Morato Leite e M. Buzaglio Dantas, São Paulo/Rio de Janeiro, 2003, pp. 124 segs, esp. 139 segs.

⁹ Uma análise das condições de aplicação da Lei 7.347, bem como da sua importância prática para a efectividade da tutela jurisdicional dos valores ambientais no Brasil pode ver-se em J. A. LEME MACHADO, **La mise en oeuvre de l'action civile publique environnementale au Brésil**, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2000/1, pp. 63 segs, *passim* (o diploma é reproduzido no final do artigo). Veja-se também, embora com um âmbito mais abrangente, A. PELLEGRINI GRINOVER, **A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania**, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 141 segs.

¹⁰ V., em especial, os artigos 23/VI, 24, §§2º e 3º (o primeiro, definindo a protecção do ambiente como uma atribuição comum das entidades federativas, e o segundo estabelecendo a regra da competência concorrente suplementar dos estados, atendendo às suas capacidades), e 20 (que atribui à União o domínio sobre um amplo conjunto de bens ambientais naturais). Sobre os princípios que norteiam a repartição de competências e a sua aplicação prática, FÁBIO FELDMANN e M. BARRETO CAMINO, **O direito ambiental: da teoria à prática**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 89 segs, 96 segs. Veja-se também, no domínio autárquico, J. AUGUSTO DELGADO, **Direito ambiental e competência municipal**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 151 segs, esp. 157 segs, e P. A. LEME MACHADO, **O município e o direito ambiental**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 189 segs.

unanimidade) um artigo que consagra a protecção do ambiente na sua dupla dimensão, subjectiva e objectiva: o artigo 225¹². Além disso, cumpre anotar a constitucionalização do mecanismo da acção popular para defesa de bens ambientais — “com a intenção de fazer de todo o cidadão um fiscal do bem comum”¹³ — no artigo 5/LXXIII¹⁴, a par da legitimação do Ministério Público, no mesmo âmbito, sob a figura da acção civil pública (artigo 129/III), e das associações ambientais, no âmbito do mandado de segurança colectivo (artigo 5/LXX).

O artigo 225 reflecte directamente a influência do artigo 66º da Constituição portuguesa¹⁵, embora denote melhorias sensíveis relativamente ao seu “modelo”. Anotemos as que constituem, em nossa opinião, as principais:

1.) No *caput*, observe-se a caracterização do ambiente como “um bem de uso comum do povo”, cuja qualidade é “essencial à sadia qualidade de vida”, e por isso deve ser preservado, por entidades públicas e privadas, para bem das “presentes e futuras gerações”;

2.) No §1º, anote-se o enfoque das tarefas cometidas às entidades federativas em torno de uma concepção restrita de ambiente (ressalvada a referência à vida e à qualidade de vida no inciso V), bem como a atribuição de sede constitucional à necessidade de realização de estudo prévio de impacto ambiental sempre que estiver em causa o licenciamento de “obra

¹¹ Uma listagem das disposições constitucionais que contemplam referências ao meio ambiente pode ver-se em H. BARREIRA CUSTÓDIO, **Meio ambiente...**, *cit.*, pp. 492 segs, e em J. AFONSO DA SILVA, **Direito Ambiental...**, *cit.*, pp. 26 segs..

¹² Vem sendo ventilada a hipótese de elaboração de um Código do Meio Ambiente (que teria subjacente a concepção restrita de ambiente — J. AFONSO DA SILVA, **Direito Ambiental...**, *cit.*, p. 21), propulsionado pela atenção constitucional ao valor da protecção ambiental, mas o projecto não teve, até agora, concretização — cfr. D. MOREIRA NETO, **Por um Código Nacional do Meio Ambiente**, in *Revista de Ciência Política*, 1989, pp. 98 segs. Duvidando da oportunidade do desígnio, invocando a falta de consolidação da legislação ambiental brasileira, FÁBIO FELDMANN e M. BARRETO CAMINO, **O direito...**, *cit.*, pp. 89 segs, 107.

¹³ ÉDIS MILARÉ, **Tutela jurisdicional...**, *cit.*, p. 13.

¹⁴ Sublinhe-se que a acção popular está consagrada no ordenamento brasileiro desde 1965 (Lei 4.717, de 19 de Junho), mas só a partir de 1988 passou a constar do elenco de direitos com assento constitucional e só desde essa data abrange a tutela ambiental — cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER, **A defesa...**, *cit.*, p. 143.

¹⁵ Chamando a atenção para a filiação do artigo 225 da Constituição brasileira nas conclusões do Relatório Bruntland (*Our common future*), de 1987, FÁBIO FELDMANN e M. BARRETO CAMINO, **O direito...**, *cit.*, pp. 89 segs, 94, 95.

ou actividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” (na sequência da previsão da Lei 6.938)¹⁶, e ainda a proibição de práticas de “provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”;

3.) No §3º, sublinhe-se a regra da sancionabilidade, penal e administrativa, das infracções ambientais¹⁷, independentemente de reparação dos danos causados¹⁸, quer por pessoas físicas, quer por pessoas colectivas¹⁹.

Assim, as vantagens do texto do artigo 225 da Constituição brasileira em face das normas inseridas no artigo 66º da Constituição portuguesa revelam-se, para nós, nos seguintes pontos:

1.) A qualificação do ambiente como “bem de uso comum”, aliado à sua caracterização como condição de desenvolvimento de uma vida sadia e da referência à necessidade da sua preservação nos planos intra e intergeracional²⁰, denotam a opção do legislador constituinte brasileiro por uma noção restrita de *ambiente*, que permite centrar a política ambiental, sem embargo da sua co-essencial transversalidade, na preservação e promoção da qualidade dos bens ambientais naturais²¹ (e levando, consequencialmente, a uma reinterpretação da

¹⁶ Sobre a figura do estudo de impacto ambiental (e também do relatório de impacto ambiental, que incorpora as conclusões do primeiro para efeitos de comunicação ao decisor e ao público), nomeadamente no contexto do procedimento de licenciamento industrial, v. A. HERMAN BENJAMIN, **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 25 segs.

¹⁷ Sobre a tipificação dos crimes ambientais no Brasil, FERNANDO FRAGOSO, **Os crimes contra o meio ambiente no Brasil**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 109 segs. Veja-se também R. ARIEL DOTTI, **Meio ambiente e proteção penal**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 195 segs, esp. 198 segs.

¹⁸ Sobre a questão do dano ecológico no ordenamento brasileiro, F. MARQUES SAMPAIO, **O dano ambiental e a responsabilidade**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 115 segs.

¹⁹ Num paralelo com o artigo 45/3 da Constituição espanhola de 1978.

²⁰ Chamamos a atenção para que a Constituição portuguesa só integrou a referência ao princípio da “solidariedade intergeracional” a partir da revisão constitucional de 1997, na alínea d), in *fine*, do nº 2 do artigo 66º.

²¹ Remetemos para os nossos trabalhos **O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente** (in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente (=RJUA)*, nºs 11/12, 1999, pp. 43 segs, max. 58 segs; *idem*, **Ambiente (Direito do)**, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º Suplemento, Lisboa, 2001, pp. 9 segs) as razões da nossa preferência pela concepção restrita. Sublinhe-se que esta opção não implica o

fórmula amplíssima — com ressonâncias no artigo 5º da nossa Lei de Bases do Ambiente — adoptada pelo artigo 3/I da Lei 6.938²²). Essa opção é confirmada pelos vários incisos do §1º, que apontam para o desenvolvimento da política de ambiente em torno de objetivos tais como “o património genético”²³, a integridade dos “espaços territoriais e dos seus componentes”, “a fauna, a flora”, assim como transparece através da especial relevância dada aos espaços integrantes da Amazônia, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Matogrossense e da zona costeira (no §2º do artigo 225);

2.) A imposição de reparação do dano causado ao ambiente não cede à tentação de o “repartir” de acordo com a ocorrência de lesão na esfera jurídica do sujeito, na linha do artigo 52º/3 da Constituição portuguesa. A circunscrição do conceito de ambiente aos bens ambientais naturais obvia à “personalização” do dano ambiental e contribui para a autonomização do dano ecológico. O dano ambiental é um dano público, inflingido a bens da comunidade, e não pode gerar, por isso, qualquer direito à indemnização a favor de um sujeito ou grupo de sujeitos. Repare-se que a Constituição portuguesa, na versão resultante da revisão constitucional de 1982, lançava as bases da distinção entre dano ecológico e dano individual, mas a revisão constitucional de 1989 confundiu os conceitos no nº 3 do artigo 52º²⁴;

reconhecimento de quaisquer direitos aos elementos da Natureza, mas visa tão só operacionalizar a noção de ambiente no contexto da actuação política do Estado, que deve promover a qualidade dos bens ambientais na perspectiva de assegurar as condições elementares da vida humana da comunidade que o suporta. Ou seja, a concepção restrita não é sinónimo de ecocentrismo puro, mas ainda é um reflexo de um antropocentrismo moderado.

²² Partindo da ampla fórmula legal, com ressonâncias *gianninianas*, mas restringindo o objecto do estudo do Direito Ambiental aos bens ambientais naturais, J. AFONSO DA SILVA, **Direito Ambiental...**, *cit.*, p. 3. Ver também, sobre a noção de ambiente constante do artigo 225, que entende ampla e *gianniniana*, B. FERREIRA FARIAS, **Noção de meio ambiente no Direito brasileiro**, in *Revista da Faculdade de Direito de Curitiba*, nº 27, 1989/2/93, pp. 81 segs, 89, 90.

²³ Sublinhe-se, como informa C. PACHECO FIORILLO (**Princípios do processo ambiental**, São Paulo, 2004, pp. 53 segs), que o património genético a que se reporta a Constituição no artigo 225 não é o património genético humano mas apenas o natural.

²⁴ A alusão à “lesão directa na esfera pessoal”, na redacção do preceito, a par da lesão ao meio ambiente, só se explica em função da duplicidade a que se presta a fórmula do *direito ao ambiente*, a qual, na esmagadora maioria dos casos, se reporta a direitos de personalidade.

3.) A importância do bem *ambiente* levou o legislador constituinte a inserir na norma constitucional a sancionabilidade, penal e administrativa, das condutas que o façam perigar, em qualquer dos seus componentes. Naturalmente que a fixação legal dos tipos penais e contraordenacionais deverá atender ao princípio da proporcionalidade, mas a relevância do bem para os membros da comunidade, por um lado, e a sedução dos interesses económicos — muitas vezes em rota de colisão com a preservação ambiental —, por outro lado, justifica a inserção desta determinação no texto constitucional, como forma de legitimação do legislador ordinário na sua tarefa de efectivação das normas de tutela ambiental.

O maior pecado do *caput* do artigo 225 da Lei Básica brasileira é a colagem à sedutora fórmula do “direito ao ambiente”, transitada do nº 1 do artigo 66º da Constituição portuguesa e muito divulgada, de resto, em instrumentos de Direito Internacional — v.g., Declaração de Estocolmo, de 1972, princípio 1; Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, de 1981, artigo 24; Protocolo adicional à Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1988; Declaração do Rio, de 1992, artigo 1. O legislador constituinte deveria ter-se quedado, em função da delimitação do objecto em torno dos bens ambientais naturais, e do “amparo” promovido pelas figuras da acção pública e da acção popular, pela definição da protecção do ambiente como uma tarefa do Estado — dimensão objectiva —, e por uma mais circunscrita vertente de subjectivização. Expliquemos porquê.

2. Existe uma insuficiência estrutural da fórmula do direito ao ambiente, que se traduz na impossibilidade de determinar o conteúdo de tal pretensão. Tal constatação, que não demove autores como VASCO PEREIRA DA SILVA²⁵ ou CUNHAL SENDIM²⁶ da qualificação do direito ao ambiente como um direito subjectivo — numa aproximação, quer à tese dos direitos subjectivos públicos (o primeiro), quer à perspectiva civilística (o

²⁵ V. PEREIRA DA SILVA, **Verde. Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente**, Coimbra, 2002, pp. 84 segs.

²⁶ J. CUNHAL SENDIM, **Responsabilidade civil por danos ecológicos**, Coimbra, 1998, pp. 106, 107.

segundo) —, já impressiona, em contrapartida, alguma outra doutrina, que se vale do recurso à ambígua figura do interesse difuso (JORGE MIRANDA²⁷) e à noção de “direito complexo” (JORGE MIRANDA, GOMES CANOTILHO²⁸).

Com efeito, a indeterminabilidade do conteúdo prestacional do alegado *direito ao ambiente* é facilmente comprovada se atendermos à indivisibilidade das utilidades dos bens naturais, à impossibilidade de determinação abstracta do *quantum* jurídico que integra o substracto vivencial essencial de cada ser humano. Construções como a do “mínimo existencial ecológico” (ou “ piso vital mínimo, na denominação adoptada por alguma doutrina brasileira²⁹), noção insusceptível de valência universal e apenas preenchível pela negativa, só fazem sentido em ordenamentos desprovidos de mecanismos de alargamento da legitimidade processual que veiculem a tutela de bens de fruição colectiva — e ainda assim de forma amputada, conformada à medida das necessidades do indivíduo que recorre à via judicial³⁰. Ou seja, para além da protecção imediata dos direitos de personalidade (ou outros, eventualmente) do autor da acção, este obtém uma tutela mediata dos bens ambientais cuja lesão lhe esteja a provocar dano individual. Todavia, no âmbito do Direito Constitucional português, a ampla cobertura que a Lei Fundamental confere a um vasto conjunto de direitos de personalidade (cuja epítome é o direito ao desenvolvimento da personalidade, inscrito no artigo 26/1), tal via, salvo o devido respeito pelos seus defensores, não faz sentido e tende mesmo a esvaziar de sentido a posição subjectiva que se encontra consagrada no n.º 1 do artigo 66.º.

²⁷ JORGE MIRANDA, **A Constituição e o Direito do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 353 segs, 362.

²⁸ Por último, J. J. GOMES CANOTILHO, **O direito ao ambiente como direito subjectivo**, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, pp. 177 segs, 187 segs.

²⁹ Cfr. C. PACHECO FIORILLO, **Princípios...**, *cit.*, pp. 36, 37.

³⁰ Cfr., entre outros, as posições dos autores alemães: C. SAILER, **Subjektives Recht und Umweltschutz**, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1976/14, pp. 521 segs, 531; O. SEEWALD, **Die Bedeutung der Gesundheit im Umweltrecht**, in *Natur+Recht*, 1988/4, pp. 161 segs., 166; I. VON MÜNCH, **A protecção do meio ambiente na Constituição**, in *RJUA*, 1994/1, pp. 41 segs, 49; M. BOTHE, **Le droit à la protection de l'environnement en droit constitutionnel allemand**, in *RJE*, 1994/4, pp. 313 segs, 315.

Por isso, alguma doutrina tem tentado preencher a fórmula constitucional do direito ao ambiente através do recurso à noção de interesse difuso, reportado a bens inapropriáveis pelos indivíduos e exclusivamente susceptíveis de fruição colectiva. Não se trataria verdadeiramente de um direito a uma prestação ambiental, mas tão somente de um interesse no aproveitamento individual de um bem de dimensão comunitária, cuja violação é susceptível de avaliação jurisdicional através do mecanismo de extensão da legitimidade processual encarnado na acção popular (bem como pela via da acção pública, uma vez que o ambiente é simultaneamente um bem comunitário e público). A expressão “direito” pretende traduzir a vertente procedimental e processual da tutela ambiental, configurando, em conformidade, um direito complexo, uma amálgama de situações jurídicas (direito de intervenção em procedimentos administrativos que envolvam a tomada de decisões potencialmente lesivas para o ambiente; direito à informação; direito de acesso à documentação administrativa; direito de acção judicial).

Se bem que apreciemos as boas intenções subjacentes a esta tentativa, elas não nos parecem capazes de conferir autonomia ao *direito ao ambiente*. Tal desiderato continuaria a constituir uma síntese de vários outros direitos, instrumentais, que a Constituição especificamente elenca (vide os n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 268.º, e os artigos 20.º e 52.º/3, todos da Constituição portuguesa). Ora, a ser assim, qual o sentido desta repetição?

Antes de avançarmos a nossa interpretação para a norma ínsita no artigo 66.º da Constituição portuguesa, na lógica de diálogo entre esta e a Constituição brasileira, nomeadamente ao nível do artigo 225, faremos uma análise sumária das posições que os autores do país irmão têm defendido a propósito desta disposição, e teceremos algumas considerações críticas.

Os autores brasileiros revelam opiniões muito diversificadas relativamente ao sentido do artigo 225, *caput*:

a.) uns qualificam-no simultaneamente como um direito subjectivo e um direito colectivo ou difuso, sem avançarem quaisquer critérios de determinação do conteúdo do primeiro³¹;

b.) outros, relevando a faceta de aproveitamento colectivo dos bens ambientais, apontam para a figura do interesse difuso, parecendo reconduzir a vertente subjectiva clássica ao direito à vida ou à saúde — ou seja, tendendo a automatizar a noção de interesse de fruição colectiva como âmago do conceito³²;

c.) autores há que descartam a dimensão subjectiva, apostando apenas na faceta de interesse difuso e propondo uma “descolagem” dos modelos tradicionais, incorrectamente centrados nas relações de vizinhança, realidades incapazes de suportar situações de tutela de bens eminentemente públicos³³. Nesta linha, detecta-se mesmo na doutrina quem considere que o ambiente é uma realidade que não admite a formação de nenhum direito, antes pelo contrário, na medida em que tal subjectivização se presta facilmente a abusos³⁴.

ROBERTO BARROSO intuiu correctamente as dificuldades de operacionalização da locução direito ao ambiente, dando mesmo a entender que a considera utópica³⁵. Nas palavras do Autor, “O importante no dispositivo transcrito [artigo 225, *caput*], no entanto, é

³¹ Neste sentido, FÁBIO FELDMANN e M. BARRETO CAMINO, **O direito...**, *cit.*, p. 97; E. JESUS PRUDENTE, **O meio ambiente no sistema constitucional brasileiro**, in *RFDUSP*, vols. 84/85, 1989/90, pp. 115 segs, 117.

³² É a posição de J. AFONSO DA SILVA, **Direito Ambiental...**, *cit.*, pp. 29, 26 e 54, que entende propiciar o “direito ao ambiente” uma tutela imediata — dos bens naturais —, e mediata — do direito à qualidade de vida, postura seguida de muito perto por C. PACHECO FIORILLO, **Princípios...**, *cit.*, pp. 33 segs.

³³ É o caso de WANDER BASTOS e NILO BAPTISTA (**Liberdade e proteção do meio ambiente**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp 47 segs), que expressam o desejo de que a protecção judicial do ambiente fique “livre dos atrofiamentos dos direitos subjectivos” (p. 59). Em sentido idêntico, C. SIQUEIRA CASTRO, **O direito ambiental e o novo humanismo ecológico**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 65 segs, 69.

³⁴ Assim, ALVES DE OLIVEIRA, **Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do meio ambiente**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 135 segs, quando afirma, depois de se acentuar a vertente do dever, que “... não há direito subjectivo que justifique a ocorrência de actos predatórios à natureza, à vida, que concernem a toda a humanidade” (p. 141).

³⁵ L. ROBERTO BARROSO, **A protecção do meio ambiente na Constituição brasileira**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 161 segs, 165

o reconhecimento do meio ambiente como um bem jurídico, em relação ao qual se confere a *todos* um direito. Não se trata, aqui, de direito subjectivo típico, divisível, particularizável ou desfrutável individualmente. Mas é um direito, pela vontade do constituinte e, como tal, enseja a exigibilidade de comportamentos positivos e negativos daquele a quem incumba o dever jurídico correspondente a tal direito (...). O carácter difuso de que ele se reveste repercute sobre a legitimação para exigí-lo e não sobre a exigibilidade em si”³⁶.

Como se conclui do passo citado, causa alguma estranheza a redacção do preceito constitucional, na medida em que formalmente se reconhece uma situação jurídica que não tem correspondência na realidade subjacente. O mesmo é dizer que o legislador constituinte, integrando no elenco de bens jurídicos de relevo constitucional os bens ambientais naturais e erigindo a preservação e promoção da sua integridade e capacidade regenerativa a tarefa a desenvolver primacialmente pelas entidades públicas, com o concurso dos privados, simultaneamente aquiesceu na possibilidade da sua refracção em prestações individuais susceptíveis de preencher o conteúdo do alegado direito — propósito de impossível realização, quer no plano físico, quer no plano jurídico. Conforme nota ROBERTO BARROSO, é co-essencial aos bens ambientais naturais uma dimensão ecológica que se desprende da sua encarnação física (quando exista), e que os torna insusceptíveis de apropriação individual³⁷. A qualificação da situação como direito pelo legislador constitucional é, na verdade, paradoxal e justifica a perplexidade do Autor.

A insistência na tónica do direito relativamente a uma realidade como o ambiente só se compreenderia caso o legislador não tivesse gizado meios de tutela objectiva capazes de veicular uma intervenção repartida pelos membros da comunidade, usuários dos bens ambientais naturais — circunscrevendo a tutela ambiental à sua forma mediata, pela via da defesa dos direitos de personalidade. Ora, não é isso que decorre da leitura do texto constitucional: como já se observou, a Lei Básica reconhece o direito de acção popular a todos os cidadãos que desejem, altruisticamente, reagir processualmente contra ofensa (ou

³⁶ L. ROBERTO BARROSO, *A protecção...*, *cit.*, p. 167.

³⁷ L. ROBERTO BARROSO, *A protecção...*, *cit.*, p. 168.

ameaças de ofensa) ao meio ambiente — artigo 5/LXXIII. E paralelamente, Ministério Público, associações ambientais e demais entidades incluídas na previsão da norma do artigo 5, *caput*, da Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985, vêem-lhes reconhecida legitimidade processual para intervir em acções com idêntica finalidade.

Deste diploma retira-se, aliás, um importante argumento no sentido da autonomização do interesse de fruição ambiental como um mero interesse de facto. Consta ele do artigo 13, norma que destina as quantias indemnizatórias obtidas a título de compensação pecuniária de danos ecológicos (cuja reconstituição natural, sendo possível, é sempre preferível³⁸) a um fundo, gerido por um Conselho federal ou do estado sob cuja jurisdição se encontra o bem ambiental natural lesado. Este fundo destina-se a promover a prevenção e reparação de danos ecológicos, contando a sua gestão com a participação do Ministério Público e de representantes da sociedade civil³⁹. Embora a lei de acção popular (Lei 4.717, de 19 de Junho de 1965) não preveja solução idêntica, parece dever aplicar-se analogicamente a solução da Lei 7.347⁴⁰, uma vez que o interesse em jogo é rigorosamente idêntico. Isto sob pena de abrir a porta a situações similares à que se vive em Portugal, por força da ausência de previsão legal do destino das indemnizações obtidas na sequência de acções movidas por

³⁸ A lei da acção civil pública é bem clara no sentido da preferência e possibilitação da reconstituição natural, na medida em que abre ao autor da acção a opção entre pedidos condenatórios em fazer e não fazer, além de condenação na entrega de coisa, sob a forma principal e satisfativa (no Brasil, o termo cautelar é mais utilizado para designar meios de tutela conservatória, tais como o embargo ou a suspensão da eficácia de actos). A compensação pecuniária só surge em última instância, caso o bem não possa ser reabilitado ou substituído por equivalente. Além desta via de ressarcimento, a doutrina aponta ainda outras hipóteses, tais como o termo de ajustamento de conduta (que é prévio à demanda judicial e constitui um compromisso de boa conduta para os potenciais poluidores, mas que, na prática acaba por se converter muitas vezes em título executivo de quantias pecuniárias), a compensação ecológica preestabelecida (imposta, por exemplo, na lei 9985/00, de 18 de Junho, que obriga os potenciais poluidores a implementar um sistema de conservação das unidades naturais envolventes da sua empresa como forma de prevenir danos futuros), e a técnica dos fundos autónomos de compensação ecológica (espécie de seguro colectivo). Para mais desenvolvimentos, v. por todos e por último, J. R. MORATO LEITE, **Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica**, in *Aspectos processuais do Direito Ambiental*, org. de J. R. Morato Leite e M. Buzaglio Dantas, São Paulo/Rio de Janeiro, 2003, pp. 104 segs.

³⁹ EDIS MILARÉ (**A participação...**, *cit.*, p.84) dá conta da existência deste fundo no estado de S. Paulo.

⁴⁰ Neste sentido se pronuncia expressamente J. R. MORATO LEITE, **Dano ambiental: do individual ao colectivo extrapatrimonial**, 2ª ed., São Paulo, 2003, pp. 164 e 169. Ver também, menos claramente, AGUIAR DIAS, **Responsabilidade civil no plano ecológico**, in *Revista Forense*, nº 317 (nº especial dedicado ao Direito Ambiental), 1992, pp. 3 segs, 7.

actores populares para tutela de bens ambientais naturais (cfr. o artigo 22º da Lei 83/95, de 31 de Agosto⁴¹), e que se traduzem na possibilidade (pelo menos teórica) de locupletamento indevido do actor popular com quantias resultantes da condenação de um infractor em pagamento de indemnização por dano ecológico, a pretexto da lesão de um alegado “direito ao ambiente”.

Por outras palavras, admitir a ressarcibilidade do dano ecológico a favor da comunidade significa traçar a linha divisória entre esta situação e aquela que se traduz num dano na esfera individual do sujeito, em virtude de lesão de uma posição jurídica individualizada. O legislador brasileiro teve esta percepção, facto que, aliado à concepção restrita de ambiente que decorre da leitura dos vários incisos do §1º do artigo 225 da Constituição, contribui decisivamente para afastar o *direito ao ambiente* dos direitos individuais, de personalidade ou de outra natureza — por força da desconexão entre o objecto ambiente e o objecto de tais direitos. E se assim é, então a conclusão é cristalina: o direito ao ambiente não tem conteúdo enquanto pretensão subjectiva.

Que resta, desta feita, do direito ao ambiente? Qual o seu sentido oculto? Ou teremos que concluir, com o poeta, que o seu único sentido é não ter sentido nenhum?

A nossa opinião é a de que a protecção constitucional do ambiente se desdobra em duas facetas: objectiva — enquanto tarefa do Estado e demais entidades, públicas e privadas, num esforço de cooperação que vai desde a promoção e assimilação dos valores de educação ambiental à adopção de condutas que efectivamente traduzam uma atitude de preservação activa dos bens ambientais naturais; e subjectiva — enquanto dever de cada pessoa, física e jurídica, de proteger a qualidade dos bens ambientais, numa lógica

⁴¹ A solução legal portuguesa, que dispõe que o valor da indemnização, no caso de interesses difusos, será fixado “globalmente” — sem indicação concreta do destino das quantias — aproxima-se de uma hipótese que a jurisprudência brasileira tem vindo a admitir que se traduz na indemnização da colectividade directamente lesada em virtude da ofensa ecológica por danos morais, cujo ressarcimento pecuniário é também afecto ao fundo comum (cfr. J. R. MORATO LEITE, **Dano ecológico...**, *cit.*, pp. 269 segs). Descontado o antropocentrismo desta hipótese, ela é ainda aceitável na medida em que o dano é considerado colectivo e a sua reparação pecuniária reverte a favor da colectividade.

solidária, intra e intergeracional. A impossibilidade de determinação da prestação que se verifica do lado activo não se reflecte no lado “passivo” (as aspas visam chamar a atenção para o facto de o dever não implicar necessariamente uma posição passiva, uma vez que se pode traduzir em comportamentos positivos, de *facere*), cabendo ao legislador definir, a propósito de cada situação, os deveres concretos que a cada pessoa incumbem no âmbito da responsabilidade repartida da protecção do ambiente.

Não deve surpreender, portanto, a insistência de alguns autores no sentido da caracterização de deveres específicos de defesa do ambiente em razão da actividade desenvolvida (*maxime*, de carácter industrial)⁴², nem tão-pouco a referenciação de deveres fundamentais ecológicos em geral⁴³. Com efeito, escreve GOMES CANOTILHO, “depois de uma certa euforia em torno do *individualismo dos direitos fundamentais* que, no nosso campo temático, se traduzia na insistência em prol da densificação de um direito fundamental ao ambiente, fala-se hoje de um *comunitarismo ambiental* ou de uma *comunidade com responsabilidade ambiental* assente na participação activa do cidadão na defesa e protecção do ambiente. Daqui até à insinuação de deveres fundamentais ecológicos vai um passo. Parece indiscutível que a tarefa “defesa e protecção do ambiente”, “defesa e protecção do planeta terra”, “defesa e protecção das gerações futuras”, não pode nem deve ser apenas uma tarefa do Estado ou das entidades públicas. Em documentos recentes (“Agenda 21”, “V Programa Comunitário de Acção Ambiental”) fala-se claramente de

⁴² Reportamo-nos à obra de BERNARD-FRANK MACERA, **El deber industrial de respetar el ambiente**, *cit.*. A construção deste Autor, ainda que assentando numa concepção restrita de ambiente semelhante àquela que propomos (v. pp. 90, 91), reduz o tratamento do âmbito subjectivo do dever fundamental de defesa do ambiente aos empresários industriais (cfr. pp. 42 segs, *max.* 50).

⁴³ M. FÜHR, **Ökologische Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension**, *in N+R*, 1998/1, pp. 6 segs; THORSTEN SCHMIDT, **Grundpflichten**, Baden-Baden, 1999, p. 262 (o Autor considera que não é possível retirar da *Grundgesetz*, nomeadamente do artigo 20A, o fundamento da existência de um dever fundamental de defesa do ambiente a cargo dos cidadãos, mas apenas a consagração de uma tarefa do Estado. No entanto, no caso de algumas constituições dos *Länder*, a integração do dever de protecção dos bens ambientais no catálogo de deveres fundamentais dos cidadãos afigura-se incontestável).

responsabilidade comum (“*shared responsibility*”) e de *dever de cooperação* dos grupos e dos cidadãos na defesa do ambiente (cfr. Constituição Portuguesa, artigo 66º)”⁴⁴.

Do que se depreende que o sentido oculto do “direito ao ambiente” se traduz, afinal, na consagração envergonhada — motivada pelo estigma que a figura do dever fundamental sofreu no pós-guerra⁴⁵ — de um dever de preservação dos bens ambientais naturais, cujo conteúdo há-de ser determinado, em concreto, pelo legislador ordinário, a propósito e de acordo com as necessidades de cada situação individual específica.

3. À semelhança do poeta (Camões, agora), o legislador também se apresenta, por vezes, como um fingidor. No caso da configuração da vertente subjectiva da protecção ambiental, o fingimento resulta directamente da adesão a uma fórmula intensamente simbólica e pedagogicamente interessante, importada de maneira acrítica do Direito Internacional, cuja operatividade real, todavia, é nula. O *direito ao ambiente*, com a sua “irrenunciável dimensão utópica”⁴⁶, concretiza a parcela de sonho que qualquer Constituição alberga. Na verdade, o enfoque deve ser conferido à ideia de dever que, quer a Constituição portuguesa, quer a Constituição brasileira, acolhem.

Esta rotação acentua a vertente de responsabilização global pela tarefa de preservação dos bens ambientais naturais, contraria os egoísmos que acompanham a noção de “direito subjectivo”, insufla de sentido o objectivo da educação ambiental e demanda uma atenção redobrada das entidades que têm a seu cargo a fiscalização das condutas potencialmente lesivas do ambiente. Por melhor que seja a teia normativa envolvente da realidade ambiental, a tensão que se verifica entre o objectivo da sua preservação e as metas de desenvolvimento económico, nos mais diversos domínios, implicam uma vigilância

⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, **Estado Constitucional e democracia sustentada**, in *Cadernos do CEDOUA*, 2001/2, pp. 9 segs, 13.

⁴⁵ Sobre os deveres fundamentais, veja-se A. CASALTA NABAIS, **O dever fundamental de pagar impostos**, Coimbra, 1998, pp. 139 a 187.

⁴⁶ A. PÉREZ LUÑO, **Estado constitucional y derechos de la tercera generación**, in *Anuario de filosofía del derecho*, vol. XIV, 1997, pp. 545 segs, 546.

reforçada da parte das autoridades e da comunidade, bem assim como — em contrapartida — convidam ao reconhecimento por parte do Estado (traduzido na concessão de incentivos fiscais e subvenções várias) das atitudes “ecologicamente amigas”.

O Brasil tem uma cobertura normativa, no plano ambiental, de grande qualidade, quer no plano substantivo, quer no plano adjectivo. No entanto, as dificuldades de implementação são directamente proporcionais a este patamar. Os autores denunciam a degradação crescente dos recursos naturais do país, resultado da falta de sensibilização da população em geral e dos grandes empresários das indústrias pesadas, em particular, e da ausência de sancionamento eficaz das condutas prevaricadoras⁴⁷. Urge pôr fim a este *fado tropical* e compatibilizar o plano legislativo com o plano material, *cumprindo o ideal* da Lei Básica no sentido da valorização efectiva de bens que são de uso comum do povo brasileiro e da comunidade universal.

Brasília, Junho de 2004

Carla Amado Gomes
*Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa*

⁴⁷ H. BARREIRA CUSTÓDIO, *Meio ambiente...*, *cit.*, pp. 508 segs.