

## 2 ONDE, COM QUEM E COMO VIVEMOS

O galo é uma ave que os homens podem tomar como verdadeiro exemplo. Porque o galo é de tal natureza que, quando quer cantar, primeiro se empluma e bate as asas três vezes, e em seguida canta. Esse galo dá exemplo a todos os homens do mundo, assim tanto aos religiosos quanto aos seculares. Posto que todo aquele que queira falar deve pensar e imaginar antes de fazê-lo, as palavras que queria pronunciar e mostrar se são palavras de proveito e de razão (MACHADO, S. et al, 1999, p. 19, tradução nossa).

### 2.1 CONCEITO DE AMBIENTE

Pode-se afirmar que, na civilização ocidental, a preocupação com a proteção do ambiente tem assumido marcadamente um desenvolvimento como sociedade, enquanto comportamento cultural e uma crescente evolução que ocorre nem sempre na mesma proporção em que os recursos tecnológicos, científicos e seu entendimento avançam. Priour sustenta que a noção de ambiente assemelha-se a um camaleão, haja vista ser uma palavra que em um primeiro momento exprime fortes paixões, esperanças e incompreensões e, ainda, conforme o contexto no qual é utilizada será entendida, simplesmente, como uma palavra da moda, um luxo dos países ricos, um mito (PRIEUR, 2004, p. 1). Esse estudo vai enfrentar essa noção camaleão, proposta por Priour, pois a partir de um tema de contestação nas passeatas *hippies* ocorridas intensa e pontualmente em determinados cantos do mundo nos anos 70,

hodiernamente a proteção da fauna e da flora é motivo de uma mobilização global, envolvendo desde ativistas até governos, em face da necessidade da preservação da biodiversidade e dos efeitos que ela provoca em toda a biota.

Contudo, nesse sempre foi assim, e Zsögön (2004) adverte que a preocupação não se desenvolveu de forma global e nem mesmo no mesmo ritmo em todos os povos e em todos os períodos históricos e, nem mesmo poderia ter sido assim. Cada povo se desenvolve de acordo com a sua cultura, sua memória, sua geografia, seus recursos naturais ou mesmo a falta deles. Dessa forma, seria efetivamente impossível o desenvolvimento de uma consciência ambiental homogênea globalizada, essa consciência pela necessária proteção e preservação do ambiente foi se desenvolvendo paralelamente ao desenvolvimento das civilizações e ao conseqüente desaparecimento dos recursos ambientais.

Não é exagero nos tempos em que se vive e nos tempos que estão por vir, lembrar e realçar a importância da questão ambiental e dessa conscientização da proteção dos recursos naturais (GOMES, 1999)<sup>1</sup>. As conseqüências da exploração descontrolada do meio ambiente é oriunda de uma falta de consciência ecológica e de uma tendência destrutiva do homem em relação ao meio em que vive que se traduz em conseqüências negativas, produzindo danos incalculáveis e irreversíveis (extinção de espécies e de recursos ambientais), com reflexos econômicos,

---

<sup>1</sup> A referida autora portuguesa aponta para o paradoxo da relação homem/natureza, pois somente a partir de uma tomada global de consciência ecológica é que será possível refrear a destruição do planeta. Fato que é incontestável, contudo, mister registrar que se não se revisitar o modo de exploração econômica, de desenvolvimento e de consumo, talvez o a tomada de consciência chegue tarde demais. Aqui se recolhe a lição de Gomes (1999, p. 43): “[...] enaltecer uma realidade que ganha contornos crescentemente preocupantes para a Humanidade, trata-se, ao fim e ao cabo, de convocar as consciências ecológicas para a necessidade de contrariar a tendência destrutiva da acção humana sobre o ambiente”.

refletindo a importância da questão ambiental e da conscientização da proteção dos recursos naturais (TEIXEIRA, 2006).<sup>2</sup> Uma inquestionável consagração do emergir de uma consciência ambiental veio a ocorrer em meados do século XX (ARAGÃO, 1997)<sup>3</sup>, como um despertar de um movimento ambientalista moderno. Contudo essa mesma consciência, de uma forma ou de outra, já se mostrava presente desde a pré-história, quando seres humanos acumulavam informações acerca de diferentes curas para diferentes doenças com as drogas que tinham à disposição na época (GREEK e GREEK, 2000 apud BRÜGGER, 2004). Esses estudos, aliados, aos posicionamentos de Greek & Greek (2000, p.100), sobre o uso de antigas técnicas, como, autópsias, epidemiologia, observações clínicas, sem, com isso, desenvolver nenhum experimento com animais permitem tanto perceber a capacidade humana de superar a si mesma, se estiver voltada a um paradigma orientador sistêmico ou holístico, de uma outra ordem, que não a instrumental ou econômica e, ainda, quanto estão atreladas a forças técnicas. São ordens

---

<sup>2</sup> Teixeira adverte que foi essa situação de imprevisibilidade das catástrofes ecológicas, já alertadas por Prieur em sua obra (PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 2004), que se elevou um grito de alerta para os limites de crescimento, haja vista o desenvolvimento desenfreado estar levando a um esgotamento dos recursos naturais. Teixeira sustenta que essas circunstâncias "criaram na consciência dos legisladores a necessidade de impor limites e de criar a obrigação de poupar os recursos para as gerações futuras". No caso da pesquisa em tela, sempre há como se questionar a legitimidade e a efetividade da legislação ambiental. A título exemplificativo pode-se destacar a situação dos zoológicos no Brasil (Lei n.º 7.173/83), norma caracteristicamente antropocêntrica que se preocupa muito mais com o zelo pelo animal humano do que pelo animal não-humano, possuindo pouca ou nenhuma consciência ecológica.

<sup>3</sup> A autora coimbrã esclarece e, aqui se recolhe a sua lição, que "A verdadeira percepção das características, perfeitamente terrenas, dos bens ambientais verificou-se apenas a partir de meados do século XX. Foi precisamente nesta altura, quando a sobre-exploração dos recursos ambientais se começou a fazer sentir como uma ameaça séria para a Economia, para o Homem e para a própria Natureza, que se tornou evidente a necessidade de adoptar medidas públicas dirigidas ao controlo da degradação ao ambiente e, particularmente, ao controlo da poluição".

tecnológicas, simplistas, reducionistas e orientadoras das ações por mais complexas que pareçam suas engrenagens.

No que concerne ao movimento protecionista ambiental moderno, é indelével a marca da ameaça econômica nesse momento de descobertas. É como se houvesse o estabelecimento de uma relação pendular desequilibrada entre ambiente e desenvolvimento econômico e exploração dos recursos naturais, principalmente no que se refere à indústria. Ao ocorrer uma exploração excessiva dos recursos naturais a ponto de existir uma ameaça de extinção de boa parte deles, a vertente econômica da comunidade<sup>4</sup> passa a se preocupar com o futuro do planeta, o que, em suposição poderia ser o mesmo que se preocupar com o futuro da economia, sem prever as bases econômicas, necessárias ao mundo de hoje para a sobrevivência com qualidade, de uma nação globalizada e independente.

Fato que não surpreende haja vista que, muitos dos problemas e das situações de risco<sup>5</sup> ambiental, hoje

---

<sup>4</sup> A simples observação das atuais "*merchandizing*" dos grandes bancos multinacionais que atuam no país volta-se para destacar ações de ecologia social, ecologia ambiental e de desenvolvimento sustentável, além das já defendidas atividades de ecologia cultural em cada região específica.

<sup>5</sup> Giddens (1991, p. 42-43) preocupado em delimitar o conceito de risco estabelece a diferença entre risco e perigo, afirmando que em que pese estarem intimamente relacionados não são a mesma coisa: "a diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados. Qualquer um que assume um 'risco calculado' está consciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode por em jogo. Mas é certamente possível assumir ações ou estar sujeito a situações que são inerentemente arriscadas sem que os indivíduos envolvidos estejam conscientes do quanto estão se arriscando. Em outras palavras, eles estão inconscientes do perigo que correm". Com relação à temática ambiental cumpre observar a ponderação de Giddens no que tange a individualidade e a coletividade e o risco, segundo o autor: "o risco não é apenas uma questão de ação individual. Existem 'ambientes de risco' que afetam coletivamente grandes massas de indivíduos - em certas instancias, potencialmente todos sobre a Terra, como no caso de risco de desastre

vinculada à proteção da natureza, se originaram justo do desenvolvimento das civilizações e até, paradoxalmente, essencialmente sob o ponto de vista econômico (GIDDENS, 1991). Desenvolvimento esse que, em regra, vem ocorrendo de forma descontrolada e pouco se importando com as conseqüências que restam à natureza e ao ambiente em que se vive.<sup>6</sup> E é nesse sentido que a sociedade capitalista e o seu modelo de exploração econômica atuam e se organizam em torno de práticas e comportamentos, no que concerne à exploração dos recursos naturais (LEITE e AYALA, 2002).<sup>7</sup>

Consoante já anunciado, efetivamente, a sociedade capitalista possui um comportamento muito mais agressivo que qualquer outra forma de proposta de Estado, portanto, seu sucesso pode ser um fator relevante para explicar a capacidade desse sistema na transformação no ambiente. Contudo, afirmar isso não significa dizer que no socialismo não existe poluição, ou mesmo, que na sociedade não industrializada não se fizesse presente o dano ambiental. Goldblatt (1996) sustenta, justamente, essa discussão, pois afinal houve sociedades capitalistas que não foram industriais e sociedades industrializadas que não são capitalistas. Tem-se que ter em mente que toda a poluição de um mundo moderno, que antes era inexistente, portanto tão diferente das sociedades primitivas, que Giddens (1991) denominou de 'ambiente criado', se desenvolve, de uma forma ou de outra.

---

ecológico ou guerra nuclear [...]”.

<sup>6</sup> E é sempre relevante salientar de que ambiente estamos nos referindo e de que civilização desenvolvida os autores, como os referidos, apontam como justamente vínculo preocupação com o ambiente, pois, é notório que muitas populações antigas primaram pela proteção do meio em sua cultura como forma de manter sua própria história.

<sup>7</sup> Em obra de referência sobre a temática, Leite e Ayala (2002, p. 103) afirmam que: “A sociedade capitalista e o modelo de exploração capitalista dos recursos naturais economicamente apreciáveis se organizam em torno das práticas e comportamentos potencialmente produtores de situações de risco. Esse modelo de organização econômica, política e social submete e expõe o ambiente, progressiva e constantemente, ao risco”.

Nesse sentido, é possível acreditar que por razões distintas, ambas as ideologias, ou seja, tanto o capitalismo quanto o socialismo de Estado tenham provocado efeitos semelhantes no meio ambiente (GOLDBLATT, 1996). Essas razões diferentes devem se dar pelas naturezas peculiares da sua organização econômica e política, e não em virtude da tecnologia industrial que lhes é comum e muito menos em face de sua preocupação com um futuro, seja melhor ou não.

Portanto, o desafio da humanidade é tentar conciliar o desenvolvimento econômico e social com a proteção e a preservação ambiental, com o intuito de não inviabilizar a qualidade de vida das futuras gerações, nem mesmo das presentes gerações, assim como o exercício do direito de propriedade sobre os bens ambientais (TEIXEIRA, 2006). É por derradeiro, e em decorrência dos recursos naturais que o ser humano desenvolve todas as suas atividades, econômicas ou não.

A necessidade de estabelecer um balanço equilibrado entre desenvolvimento social e ambiental no que tange a qualidade de vida das presentes e das futuras gerações faz nascer no horizonte próximo, para alguns no horizonte do presente (MOLINARO, 2008)<sup>8</sup>, o Estado Socioambiental e Democrático de Direito. Nesse Estado, um princípio nuclear tem sede no direito fundamental à vida e a manutenção das bases que a sustentam, ou seja, um ambiente equilibrado e saudável que vai acabar por concretizar, na plenitude, a dignidade da pessoa humana e, numa visão mais ampla, a dignidade da vida.

No entanto, a realidade planetária, repleta de desigualdades (sociais e econômicas), em razão da degradação ambiental em escala descomunal (ou será

---

<sup>8</sup> Na doutrina nacional ver, para além dos já anunciados, MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 e FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e a proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

em escala mundial?), a construção de um Estado do Ambiente, em sua perspectiva, inerentemente social<sup>9</sup>, se coloca como uma utopia realista, haja vista ser de cunho notório que os recursos ambientais são finitos e não é nenhuma novidade que se a produção continuar no nível que se encontra e a sociedade permanecer caracterizada como uma sociedade de consumo, não será suficiente nem para essa nem para as próximas gerações (LEITE e AYALA, 2002).<sup>10</sup>

Essa utopia, da construção de um Estado Socioambiental, está cada vez mais próxima de tornar-se uma realidade. Há de se remodelar a estrutura do Estado, em face da necessidade de se reconfigurar a forma de desenvolvimento socioeconômico, a fim de incluir e fazer integrar o bem ambiental, efetivamente, como elemento indissociável desse novo modelo estatal. Um Estado Socioambiental e Democrático de Direito é decorrente da unidade de sua Constituição, assim como qualquer Estado Democrático de Direito. Contudo, esse Estado em especial é um Estado Ambiental e, portando, calcado em princípios ambientais. O Estado Socioambiental está fundado numa tríade de princípios: o princípio da precaução, o princípio da responsabilidade e o princípio da cooperação (MOLINARO, 2007).

Crê-se que, na construção desse Estado Socioambiental e Democrático de Direito se poderia incluir, para além da tríade prevista por Molinaro (2007), o princípio da prevenção, haja vista se estar, também,

---

<sup>9</sup>O que poderia ser entendido, quase que como uma tautologia, no mínimo, uma redundância, embora, se possam encontrar ambientes que estejam a serviço do econômico e da tecnologia e ideologia instrumental, estejam os mesmos amparados numa perspectiva capitalística ou socialista (DELEUZE & GUATTARI, 1996).

<sup>10</sup> Leite e Ayala (2002, p. 20) por derradeiro, nesse sentido, afirmam, que: "Em horizonte de início de milênio na reconfiguração das políticas de um mundo marcado por desigualdades sociais, empobrecimento das maiorias e degradação ambiental, em escala planetária, a construção de um Estado do ambiente parece ser uma utopia realista, porque se sabe que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e o consumo existentes".

discutindo uma sociedade que se submete a situações de riscos conhecidos<sup>11</sup>, compondo aqui uma relação com outras racionalidades que não meramente instrumentais ou econômicas (BRÜGGER, 2004).

O que se considera, portanto, conforme pesquisa de Goldblatt (1996) é a teoria do uso, ou seja, obrigatoriamente tem-se que identificar o que os seres humanos necessitam dos seus ambientes. E essa é uma das atitudes que irá permitir compreender as razões por que as sociedades transformam o mundo natural, quais são os aspectos transformados desse meio ambiente e de que maneira são os mesmos transformados. E, a partir dessa pré-compreensão, como melhor protegê-lo.

Contudo, há de se elucidar a qual ambiente se está referindo. Durante milhares de anos, a intervenção do homem na natureza foi relativamente reduzida devido às limitadas técnicas de exploração utilizadas na produção dos bens de consumo, seja nas manufaturas, na agricultura ou na pecuária. Com o início da era industrial, essa realidade alterou-se, e, ao final do século passado, os perigos que afetam o meio ambiente atingiram um nível dramático: são técnicas que, para melhorar a vida e para impedir a vida, variam desde uma queimada (para preparar a terra e para destruí-la) até a liberação de gases poluentes na atmosfera, destruindo a camada que protege a possibilidade de manutenção de vida.

A degradação ambiental tem sua origem na própria ação do homem, que pode ser entendida como uma atividade eminentemente modificadora do ambiente, tendo em vista a alteração de processos naturais, de características físicas, químicas e/ou biológicas que, de alguma forma, interferem nos usos preexistentes de um determinado meio ambiente. Pode-se afirmar que o homem é o maior poluidor e o maior responsável pelo esgotamento das próprias bases

---

<sup>11</sup> No sentido de conhecer os danos provenientes de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores.



naturais da manutenção da vida, por intermédio de suas ações modificadoras do meio, como as obras da construção civil (com o uso dos recursos minerais)<sup>12</sup>, as atividades agrícolas<sup>13</sup> e de mineração<sup>14</sup>, que ocupam e transformam o solo através do uso, entre outras. Por vezes, o deixar de fazer alguma coisa em prol da proteção do ambiente provoca justamente a degradação do objeto a ser protegido, o que indica que até as omissões podem ser consideradas como modificadoras do meio ambiente.

Não obstante, esta visão, aos poucos, vem sendo modificada pela participação efetiva na proteção, promoção e preservação do meio ambiente. Governos, organizações não-governamentais, escolas, dentre outros tantos entes, têm-se manifestado na luta pela preservação da vida, incluindo (mas não só) a vida humana. Esta busca é global, haja vista o meio ambiente ser um dos poucos temas a despertar o interesse de todas as nações, "independentemente do regime político ou sistema econômico" (PASSOS DE FREITAS, 1998, p.

---

<sup>12</sup> O problema do esgotamento dos recursos naturais causados pela construção civil pode ter a aparência de uma situação ambiental não moderna ou contemporânea, contudo basta um contato, mesmo que superficial, com a realidade das cidades e dos foros ambientais para se verificar a gravidade das situações das pedreiras, tanto em matéria natural (escavação dos morros), quanto em matéria laboral (trabalhadores sem carteira assinada e sem perceber nenhum direito trabalhista), constituindo um problema de grave ordem socioambiental. A título ilustrativo pode-se apontar a situação de Nortelândia no interior do Mato Grosso, onde todos os quebradores de pedra que trabalhavam em situações análogas às de escravos somente receberam as suas primeiras carteiras de trabalho depois da realização de um Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério Público do Trabalho (TAVES, [2008]). O mesmo ocorre com a questão da areia para a construção, que muitas vezes é retirada de áreas de preservação permanente.

<sup>13</sup> Na grande categoria denominada atividades agrícolas podem-se incluir todas as alterações que envolvem plantações e, nesse sentido, está-se lidando com o plantio de organismos geneticamente modificados, o plantio de florestas de pinos, as monoculturas destinadas aos biocombustíveis e assim por diante.

<sup>14</sup> As atividades de mineração têm afetado sobremaneira as áreas de preservação ambiental a ponto de abalar o equilíbrio ecológico das unidades e despertar a necessidade de uma nova forma de gestão.

12), devido à consciência de que as conseqüências dos danos ambientais ultrapassam fronteiras, países ou regiões: “daí a preocupação geral no trato da matéria que, em última análise, significa zelar pela própria sobrevivência do homem” (PASSOS DE FREITAS, 1998, p. 12). Dessa forma, o dever de zelar pela manutenção de um meio ambiente saudável supera conceitos fechados de soberania e suplica por uma interpretação supranacional no concernente à proteção ambiental<sup>15</sup>.

Passa-se a se desenvolver uma crise de paradigma, resultado da alteração do estado de consciência ecológica (OST, 1995). Uma crise do vínculo e do limite entre o homem e a natureza: “Crise do vínculo: já não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza; crise do limite: já não conseguimos discernir o que deles nos distingue” (OST, 1995, p. 9). Essa crise é uma das chaves para a solução do conflito, ou de pelo menos, um ou alguns dos conflitos que aqui se iniciou a demonstrar. Tem-se de definir qual é a relação entre o homem e a natureza, qual o papel que se tem em relação com o ambiente. O que distingue e o que aproxima animais humanos de animais não-humanos, da flora, e o que há de vínculo, qual o limite com a natureza, com o meio ambiente, enfim.

A única maneira de fazer justiça ao homem e à natureza é, assumindo esse novo paradigma<sup>16</sup> (a partir desse despertar de consciência ecológica) afirmar ao mesmo tempo aquilo que os aproxima e aquilo que os afasta. Afinal, o homem é um ser vivo produzido pela natureza, no decorrer da evolução, à qual, hoje, assegura a sua sobrevivência e ela, a natureza é

---

<sup>15</sup> Embora aqui a preocupação seja prioritariamente com a proteção jurídico-constitucional.

<sup>16</sup> Essa é uma das premissas dessa pesquisa. Considerando que não se busca uma luta por uma igualdade massificadora, mas uma igualdade de interesses, afirmando simultaneamente, suas semelhanças e suas diferenças (OST, 1995), o diferente e a singularidade entre os animais humanos e animais não-humanos na ótica dos direitos e deveres fundamentais (DELEUZE, 2000).

diferente do homem, é diferente ao homem e mesmo assim possuem um vínculo sem que se possam reduzir um ao outro (OST, 1995, p. 12).

Neste inspirado trecho, Ost, aproxima homem e natureza ao mesmo tempo em que os vincula, demonstrando que a quebra de paradigma, é necessária para que se possa ter uma efetiva proteção ambiental:

Afirmar simultaneamente a sua semelhança e a sua diferença. Se o homem é um ser vivo, ele tem também – o que é um privilégio exclusivo – a capacidade de liberdade e é gerador de sentidos, sujeito de uma história, autor e destinatário de regras. Se a natureza, no decorrer da sua evolução, produziu a espécie humana à qual assegura diariamente as condições de sobrevivência, ela é também, para o homem, completamente diferente, absolutamente estranha. Homem e natureza têm um vínculo, sem que, no entanto, se possam reduzir um ao outro (OST, 1995, p.12).

Mas que ambiente é esse que se quer ver protegido? Qual o conceito adotar? Qual a linha a seguir? A legislação brasileira adotou um conceito de ambiente quando, em 31 de agosto de 1981, foi editada a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). No inciso I, do artigo 3º da Lei da PNMA tem-se que:

meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a **vida em todas as suas formas**. (BRASIL, LEI N.º 6.938/81, grifo nosso).

A partir do conceito supracitado, diversas considerações podem ser suscitadas, destaca-se, nitidamente, um conceito antropocêntrico moderado, haja vista não reduzir a conceituação à “vida humana” e sim “a vida em todas as suas formas” (LEITE, J., 2000). Tal posicionamento propicia o reconhecimento da proteção (no que se refere a direitos e deveres fundamentais) a todos os seres vivos, incluindo, naturalmente, todos os animais não-humanos. Contudo, outra consideração pode ser promovida, qual seja: em que pese à realização dessa leitura seja favorável a tese sustentada nesta pesquisa (por entender-se que o Direito deve debruçar-se sobre todas as formas de vida e não apenas a vida humana), adotar o conceito legal da PNMA como conceito de ambiente seria incoerente. Tem-se que o ambiente é muito mais do que o ambiente natural, ambiente esse, descrito pela legislação federal referida.

Partindo-se do acordo conceitual a respeito de ambiente, há que advertir que este vai além de uma análise ampla e unificada, pois a vida pode se desenvolver em diversos espaços e de diversas maneiras. Alicerçados nesse entendimento adota-se a classificação do ambiente em quatro diferentes categorias, quais sejam: o ambiente natural, o ambiente cultural, o ambiente artificial e o ambiente do trabalho (MACHADO, P., 2009). É com base nessa classificação que esse estudo pretende lançar as bases, tanto conceituais de seu próprio entendimento de ambiente, assim como de extensão da proteção no campo do espaço jurídico, da mesma forma que traçar as fronteiras da vida em si mesma.

Tradicionalmente e, talvez, equivocadamente, se esteja acostumado a associar a questão da proteção ambiental unicamente à proteção do ambiente natural, todavia, proteger o ambiente vai muito além dessa categorização. Pode-se definir o ambiente, como ambiente natural, como sendo o conjunto de compostos bióticos e abióticos que dão suporte à vida, como a água,

o solo, o ar atmosférico e, em certa medida, a vida em si mesma (do ponto de vista da proteção da vida não-humana), quando se reúne a fauna e a flora. É coerente, ainda, resumir como sendo o equilíbrio entre os seres e o meio em que vivem (e, nessa medida, estão inseridos os animais humanos). A Constituição Federal brasileira, por exemplo, no § 1º do artigo 225, reza pela proteção do ambiente natural ao disciplinar pelo manejo ecológico das espécies e ecossistemas.<sup>17</sup>

Contudo, a proteção cultural também é proteção do ambiente<sup>18</sup> e se faz presente na carta fundamental brasileira. A proteção do ambiente cultural tem como fulcro a preservação da história do povo, a preservação da memória. Isso só se faz possível através do cuidado com o patrimônio histórico, paisagístico, artístico, arqueológico e turístico.<sup>19</sup>

O ambiente artificial já é uma categoria de proteção que desperta a atenção dos incautos, haja vista poucos associarem a relevância da questão do espaço urbano construído artificialmente como uma questão

---

<sup>17</sup> Cfe. Art. 225. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20/09/2007.

<sup>18</sup> Sobre o tema a obra de MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob a perspectiva do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Nessa seara, importantes iniciativas do Ministério Público tem sido efetivadas junto aos órgãos públicos e às secretarias municipais e estaduais para que um trabalho permanente e educativo se desenvolva junto à crianças, adolescentes e adultos na formação de uma cultura ecológica, assim como na ação direta via Termo de Ajustamento de Conduta.

<sup>19</sup> Cfe. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20/09/2007.

ambiental da mais alta importância. Nessa categoria, se está referindo ao conjunto de edificações, públicas e privadas, e estabelecendo as conexões necessárias ao urbanismo<sup>20</sup>. A Constituição de 1988, para além de se preocupar em estabelecer os dispositivos pertinentes à proteção desse bem<sup>21</sup> no Capítulo do ambiente, no artigo 225, disciplinou, ainda, a matéria protetiva no artigo 182<sup>22</sup>.

Outra, mas não menos importante forma de analisar a proteção do ambiente é sob a ótica do labor. A Constituição aborda a temática a partir do art. 200, VIII<sup>23</sup>. O ambiente do trabalho é o local onde se passa a maior parte da vida adulta e sob a sua égide que se submete à saúde e à qualidade de vida. É o local onde o animal humano desempenha a sua atividade de labor, independentemente da contraprestação, ou seja, remunerada ou não. Esse ambiente também deve ser monitorado pelas autoridades ambientais, uma vez que a ele também se aplicam às normas de proteção do ambiente. A intenção é a manutenção do equilíbrio, baseado na salubridade do meio, para a saúde física e psíquica do trabalhador.<sup>24</sup> Assim, em que pese essa tese

---

<sup>20</sup> Cfe. CF/88: Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Cumpre salientar que, atualmente o artigo 182 da CF/88 está regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.527 de 10/07/2001).

<sup>21</sup> Além dos dispositivos referidos nos corpo do texto, cumpre salientar que a Carta Fundamental também atribuiu competência à União, no artigo 21, para: "XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;".

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20/09/2007.

<sup>23</sup> Cfe. CF/88: Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20/09/2007.

<sup>24</sup> Sirvinskas (2008, p. 26-27) na linha de proteção do ambiente laboral, o

abordar somente o aspecto do ambiente sob o seu viés natural, não é possível olvidar as demais categorias.

Para além da abordagem legal, a jurisprudência compreende o conceito de meio ambiente da seguinte forma, como se pode depreender, a título exemplificativo, da decisão de Lugon ([2009]):

meio ambiente tutelado pelo Estado constitucional ecológico não é um conceito apenas naturalista, envolve o ambiente em sentido amplo [...] (econômicas, sociais e culturais) que influenciam direta ou indiretamente na qualidade da vida humana. O meio ambiente é um dos bens jurídicos mais [...] preciosos para o ser humano, [...], tendo em vista que a vida nunca esteve tão ameaçada (inundações, extinção da camada de ozônio, falta de água potável e energia, chuva ácida) pelo risco da falta de bens indispensáveis. [...]. Possui, também, status de direito fundamental à medida que constitui a principal forma de concretização da dignidade da pessoa humana, sua existência e qualidade de vida. O Estado constitucional ecológico impõe uma redefinição do conteúdo dos direitos de feição individualista, os quais devem estar também a serviço de toda a coletividade. (BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região), Processo 2008.04.00.034672-9, Agravo de Instrumento/SC).

O Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 22164-0/SP, o Ministro Relator Celso de Mello pontua a questão ambiental como sendo:

---

autor salienta que o direito ambiental não se preocupa somente “com a poluição emitida pelas indústrias, mas também com a exposição direta dos trabalhadores aos agentes agressivos”.

[...] um princípio da solidariedade – o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 22164-0, MS/SP).

Nesse sentido, acolhem-se alguns conceitos básicos para servir de guia nessa caminhada. O primeiro dos conceitos de ambiente vem caracterizado pelo pensamento que defende que o ambiente deve ser entendido em sua plenitude e a partir de um ponto de vista humanista (SOUZA FILHO, 2005). Dessa forma, a partir dessa leitura, o ambiente compreende a natureza e as modificações que o homem vem nela introduzindo. Assim, ambiente pode ser traduzido como uma união da:

[...] terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras-de-arte e os elementos subjetivos e evocativos como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. (SOUZA FILHO, 2005, p. 10)

Silva Jr (2004) reforça a idéia trazida por Souza Filho, asseverando que o conceito de ambiente deve ser globalizante e explica:

O conceito de meio ambiente deverá ser abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos compreendendo,



portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico (SILVA, J., 2004, p. 27).

Consoante já anunciado, e em razão disso se fez à opção por conceitos-mestre, o ambiente não pode ser compreendido numa visão limitada ou somente através de uma de suas vertentes. O ambiente não pode estar restrito ao homem, mas alcança a todas as formas de vida. O meio ocupa-se dos elementos abióticos que sustentam a vida, preocupa-se com os elementos imateriais que representam a vida, uma vez que o ambiente engloba a vida humana e de todos os seres vivos, engloba o meio em que a vida acontece e engloba a história da vida.

Seguindo Molinaro, que define ambiente como "um lugar de encontro" (MOLINARO, 2007, p. 22), adota-se o conceito de que ambiente é o local onde a vida acontece e é, ao mesmo tempo, o lugar que propicia esse acontecimento, ou seja, o homem está e é ambiente.

Em face do que se apresentou a título de conceituação de meio ambiente, pode-se depreender que ambiente é um verbete complexo que compreende a vertente ecológica e engendra pelo caminho de uma vertente humana e econômica. A combinação desses fatores é uma busca constante de uma qualidade de vida digna para todas as formas de vida, nos moldes da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) implementada pela Lei n.º 6.938, de 1981<sup>25</sup>.

A proposta, aqui encabeçada, diz respeito a um olhar diferenciado do todo ambiental, com a pretensão de alçar a outro nível de importância, ou ao menos de

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938org.htm>. Acesso em: 20/09/2007.

reflexão, quanto às partes que compõem o meio ambiente. Do todo ambiental descrito como sendo parte de um conteúdo do meio ambiente, ou seja, o ambiente natural, o ambiente cultural, o ambiente artificial e o ambiente laboral vão ocupar as linhas desta pesquisa apenas uma parte do todo, apenas uma parte do ambiente natural. O objeto desse estudo está na proteção dos animais não-humanos, parte da categoria do meio ambiente natural.

## **2.2 Entendendo a relação humano e não-humano: as correntes da ética ambiental**

Mobilizado por um conceito amplo de ambiente, que engloba das partes ao todo e, principalmente, uma visão do todo que é composta e indissociada de todas as suas partes, é necessário que se reflita a respeito dos modos de interação entre as partes que compõe o todo. Dessa feita, para entender-se a relação existente entre animais humanos e não-humanos e a relação de ambos com o ambiente é imperioso que se visite as correntes da ética ambiental. É possível analisar as correntes da ética ambiental, a partir das tradicionais subdivisões entre o antropocentrismo radical (representados pelos especistas<sup>26</sup>) e o antropocentrismo moderado; e, as correntes sensocêntrica, biocêntrica e ecocêntrica (NACONECY, 2003, p. 6-7).

---

<sup>26</sup> Especismo é a discriminação sistemática justificada pela pertença a uma determinada espécie. Singer (1990, p. 6) define especismo como sendo um preconceito ou uma atitude de tendência em favor dos interesses de membros da própria espécie contra os membros das espécies distintas.

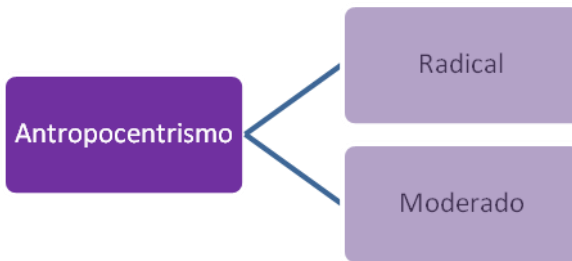


Fig. n.º 1 – O antropocentrismo

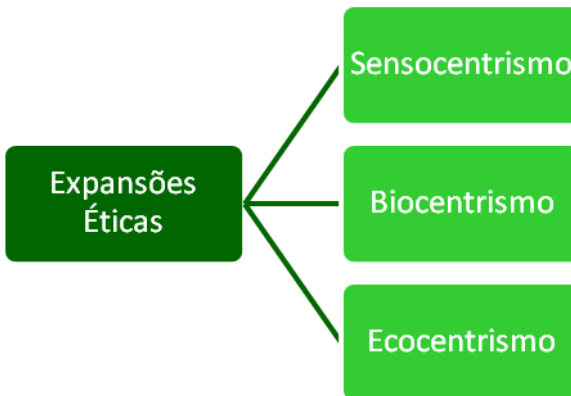


Fig. n.º 2 – Expansões éticas

Os antropocentristas radicais assumem o entendimento de uma ordem natural para uma pressuposta opressão do outro, julgada por quem não está de acordo com essa perspectiva. O antropocentrismo radical está calcado na visão de que os animais humanos pertencem a uma categoria especial, pois parte do pressuposto de que a vida humana possui um valor singular, ao passo que as vidas “não-humanas, ou seus estados, têm (pouco ou) nenhum valor moral, sendo considerados (pouco ou) nada mais que bens,

propriedades ou recursos para a humanidade” (NACONECY, 2003, p. 29).

As razões que embasam o antropocentrismo radical geralmente se apóiam na argumentação na falta ou na suposta ausência de racionalidade, de autonomia ou mesmo de moralidade dos demais animais. Esses critérios eram válidos até bem pouco tempo para mulheres, negros, escravos, judeus, africanos, indígenas americanos e, logicamente, para as “bestas”<sup>27</sup>. Ainda o são, no mínimo, enfrentadas como válidas para os animais não-humanos, sem entrar em consideração aos não-cidadãos, não dignos a que Agamben (2004) traz em relação às exclusões da sociedade moderna de hoje, na chamada vida nua, muito contribuindo como embasamento a esse estudo.

De outra banda, no antropocentrismo moderado, há uma defesa do ambiente, mas com um determinado valor instrumental ou utilitário a ser levado em consideração. Por essa via do antropocentrismo, se infere que o interesse pelo bem-estar humano não precisa “obstruir um interesse pelo bem-estar de não-humanos, e pode até promovê-lo” (NACONECY, 2003, p. 31). Independentemente disso, o antropocentrismo moderado admite que somente os animais humanos sejam moralmente relevantes, mas que fazem parte de um todo e que esse todo, nessa medida, deve ser protegido. Naconecy (2003) alerta que para os defensores do antropocentrismo moderado é razoável preocupar-se com o ambiente porque é desejável viver em um ambiente saudável, desfrutar do prazer de ver outros animais e belas paisagens e, mais, proteger outros seres que possam ter utilidades para as gerações futuras. Por

---

<sup>27</sup> Bosselmann (2006), abordando a Constituição alemã, infere que a introdução da expressão “bases naturais da vida”, ao invés de “vida humana”, marcou, com a inclusão do art. 20a um passo imensurável para ir além do antropocentrismo puro. Conforme, relata o autor, com a inclusão da expressão “e os animais” no art. 20a o direito constitucional alemão reconhece como objetivo do Estado os direitos dos animais, em certa medida.

outro lado, Naconecy (2003), enfatiza a defesa das entidades naturais por razões morais indiretas, como agentes morais e, nesse caso, há uma representação, tutela, ação processual, de direito do animal não-humano junto ao Sistema jurídico, como um domínio reflexivo do humano.

Cumprе ressaltar, ainda, que outra denominação para o antropocentrismo moderado como uma vertente de antropocentrismo, é o 'antropocentrismo alargado'. Embora assuma que essa perspectiva 'antropocêntrica alargada', de uma proteção jurídica do ambiente no Brasil, está fundada numa tutela não centrada na dimensão economicocêntrica.

Cumprе salientar que, tanto o antropocentrismo radical quanto o moderado (e mesmo o moderado), assumem argumentos auto-referentes ao humano, pressupondo o animal humano como absoluto no universo, com um lógica utilitarista, admitindo uma natureza subserviente e submissa, uma terra paciente e com (in)capacidade de reação.

O passar dos anos e o gigantesco aumento das tragédias naturais provocadas pela mão humana despertaram uma reação mundial voltada à preservação do meio natural. Reações dessa ordem se apresentam mediante uma alteração de consciência da humanidade referentemente à saúde ambiental. Essa conscientização sobre o estado do meio ambiente do planeta não deixou de registrar conseqüências no ordenamento jurídico, culminando, então, no desenvolvimento do direito à proteção ambiental.

É ainda contribuindo com correntes filosóficas vinculadas ao ambiente, como se anunciou supracitado, que resta referenciar como registro do ponto de vista do entendimento do sentido de ambiente: o expansionismo ético: subdivididas em éticas sensocêntrica, biocêntrica e ecocêntrica (NACONECY, 2003).

O sensocentrismo (a ética centrada nos animais), também denominado de *pathocentrismo*<sup>28</sup>, reafirma a consideração de valor aos animais não-humanos. Assim, todos, também, os animais não-humanos com estados de consciência subjetivos, ou seja, aqueles que são capazes de experienciar sofrimento, sentir dor ou bem-estar, sendo seres sencientes, devem ser considerados. Geralmente, estão incluídos nesse grupo de consideração todos os vertebrados (mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes), seres sencientes dotados de sistema nervoso sofisticado o suficiente para possibilitar a experiência dolorosa. Novamente são pautados os princípios de igualdade de consideração de interesses, de Singer e de valor inerente dos sujeitos de uma vida, de Regan (NACONECY, 2003).

Uma segunda vertente, voltada aos seres vivos, conforme essa subdivisão é o biocentrismo, que continua privilegiando a posse da senciência como condição suficiente, embora vá mais além. O biocentrismo sustenta que todos os seres vivos são moralmente consideráveis, merecedores de respeito e fins em si mesmos e, desse modo, tem-se obrigações morais com eles. O biocentrismo, enquanto corrente ética engloba para além dos animais humanos e não-humanos, as plantas, os organismos unicelulares e, em uma leitura aberta, até mesmo os vírus e bactérias. Naconecy (2003) atenta para o fato de que as éticas centradas na vida consideram que o valor intrínseco é igual para todos os seres vivos, o que é chamado de igualitarismo biocêntrico.

Finalmente, a terceira vertente, o ecocentrismo, geralmente associada ao holismo, é considerada o passo

---

<sup>28</sup> Vale ressaltar que, segundo Caspar e Geissen (2008) a inserção, na Constituição alemã, de um dispositivo em prol da proteção dos animais, representa o animo de proteção patocêntrica (ética) dos animais. Os autores referem, ainda, que o termo 'animais' não se refere meramente aos animais vertebrados, mas trata-se de um termo inclusivo, englobando todas as espécies de animais, reconhecendo que o animal é um ser vivo singular em sua auto-referencialidade.

seguinte na expansão ética do círculo da considerabilidade moral. A corrente ética denominada ecocentrismo, abrangem o ecossistema como um todo em uma outra perspectiva, associando propriedades sistêmicas, auto-regulação, harmonia, diversidade das partes, estabilidade e integridade. Os ecocentristas defendem que compõem o conjunto da ética de consideração, a totalidade dos ecossistemas terrestres. Os ecocentristas defendem que esse está ancorado nas ciências naturais e na interação entre as entidades vivas e não-vivas (NACONECY, 2003).

Por sua vez, essas problemáticas ensejam debates ainda em aberto, embora levantem uma série de outras dimensões a serem incluídas, ou, pelo menos, refletidas, quando do registro do entendimento de ambiente para fins desse estudo na dimensão da dignidade dos animais não-humanos. Uma reflexão merecedora de antecipação pode referir-se a uma das críticas que permeia o especismo, especialmente, o biocentrismo, é a possibilidade de, nele, estarem incluídos os vírus como objetos de proteção e de valor intrínseco. Certamente o possuem, mas do ponto de vista moral, de igualdade de consideração de interesses entre um indivíduo e um conglomerado indústrias farmacêuticas na testagem de um vírus?

Distinguindo o pensamento econômico dos movimentos ecológicos e da própria ecologia em si mesma como uma posição conceitual, Bourg (1996, p.192) vem demarcar que, mesmo na vertente ecológica a ideologia econômica, tem uma base comum, pois, tanto, liberalismo e marxismo identificaram o indivíduo como produtor e partilharam da idéia de uma de uma sociedade fundada no ciclo econômico individual ou coletivo, e, além disso, souberam “acolher uma herança dupla: o legado de cristianismo e o da ciência moderna”.

Do cristianismo, reteve as duas conseqüências [...] que decorrem das ligações tecidas no seu seio pelo

indivíduo e por Deus. Em primeiro lugar, a afirmação de um laço pessoal entre cada indivíduo e o seu Criador [...]. Em segundo lugar, a afirmação, a afirmação de uma superioridade do homem sobre a natureza, cada homem sendo criado "à imagem e semelhança" de um Deus estranho e exterior à natureza. O legado da ciência moderna, galileiana e depois newtoniana, à ideologia econômica não é menos importante. [...] tornou o homem estranho à natureza [...] se estende em direção ao futuro e ao progresso. [...] Ora, o quadro de pensamento que acabamos de descrever, no seio do qual se desenvolveram, ao longo de vários séculos os grandes movimentos do pensamento [...] entrou agora em crise. [...] Já não podemos, [...] considerar os nossos recursos naturais como "sobreabundantes" ou "inesgotáveis".

Bourg (1996, p.194) apresenta uma série de três possibilidades para rejeitar o predomínio da ideologia econômica, sem colocar nas mesmas a sempre sedutora idéia de incluir o indivíduo com o produtor como única alternativa viável para a saída da crise.

Segundo Bourg (1996), uma delas, a mais radical, seria a de enfrentar em si mesmo, como humanidade, que se é a origem dos valores, valor supremo. Elimina-se, assim com o sistema biocêntrico e se reconhece a cada espécie o direito igual à existência, ou seja, igualdade de consideração de interesses. Nessa proposta a natureza tem um valor em si mesmo que pode ir de uma condição de ser livre até se constituir em sujeito de direito, como parte do princípio fundamental do sistema jurídico biosférico de todas as espécies à existência. Nesse último caso, chega-se, de acordo com Bourg (1996), a um igualitarismo biocêntrico holista e, sobre



essa polêmica não há ainda uma posição definida, necessitando-se de maiores debates e pesquisas acerca do tema pela complexidade que envolve a temática. Entendida como uma concepção holista essa ecologia radical reintegra o homem no seio da natureza e nega o antropocentrismo, tendo Ferry como um de seus defensores.

Uma segunda proposta apresentada por Bourg (1996) desconstrói princípios econômicos, mas mantém os humanísticos. Tem Jonas como seu representante e não acolhe, da mesma maneira, o humanismo das democracias liberais, donde se traçam limites de sua viabilidade democrática. Há nessa alternativa, como se deduz, uma rejeição menos enfática dos pressupostos econômicos, assim como não há instituições de direitos da natureza, embora existam deveres para com a natureza, pressupostos e obrigação para com o futuro da humanidade e a integridade biológica da espécie, afirma Hans Jonas, não sendo, entretanto, partidário, como já se afirmou, "da instituição de direitos da natureza, uma vez que a natureza não é um sujeito de direitos" (BOURG, 1996. p.202).

Por derradeiro, a terceira possibilidade apresentada por Bourg (1996), representada por Gorz e fortemente criticada por Habermas, busca preservar as capacidade de auto-geração e extensão de poder tecnoburocrático que, no quadro na da lógica de mercado, se impõe ao indivíduo, a partir do exterior, provocando a defesa interna via uma cultura do cotidiano. A defesa do que cada um pode fazer e compreender de si mesmo, sem que o tivesse aprendido num ensino formal e institucional. Uma ecologia que pode ser nem a dos naturalistas nem a dos cientistas. Intuitiva. Um acréscimo de autonomia e segurança existenciais. Seria, desse modo, conveniente, segundo Bourg, "associar o que é ecologicamente necessário àquilo que é social e normativamente desejável e pensar", assim sobre as liberdades democráticas como

diz Gorz (1988). Seria o equivalente as experiências comunitárias que prefeituras desenvolvem, às vezes sob denominações de governança local, de geração de renda ou outra e que buscam promover processos de desenvolvimento sustentável.

### **2.3 A proteção jurídica do ambiente: um panorama do direito brasileiro**

O Brasil é, hodiernamente, um dos países detentores de uma das maiores listas de biodiversidade no mundo e, em decorrência desse fato, detém uma grande responsabilidade de preservar e proteger “muitas das espécies, ecossistemas naturais e processos biológicos que tornam nosso planeta habitável” (CAVALCANTI apud LEWINSHON e PRADO, 2004, p. 5)<sup>29</sup>.

Vive-se em um período de intensos contrastes no desenvolvimento econômico-político-social da humanidade. Ao mesmo tempo em que a sociedade mundial deslumbrava-se com as habilidades da civilização para as grandiosas descobertas técnico-científicas distancia-se, cada vez mais, da intimidade com o planeta que a abriga e envolve (MEDEIROS, 2004). Essa falta de intimidade provoca um sentimento e um comportamento, mesmo que inconsciente, de irresponsabilidade do homem (animal humano) para com a proteção do ambiente em sua mais ampla acepção (GONÇALVES, 2004)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Conforme o entendimento de Roberto B. Cavalcanti, professor do Departamento de Zoologia da Universidade de Brasília e Diretor Presidente do Conservation International do Brasil, no prefácio da Obra de LEWINSHON & PRADO (2004, p. 5).

<sup>30</sup> Compreendendo o ambiente na sua acepção natural, artificial, cultural e do trabalho. Nesse sentido, corroboramos o pensar de Gonçalves (2004, p.7) ao afirmar que “parece não haver campo do agir humano com o qual os ecologistas não se envolvam: preocupam-nos questões que vão desde a extinção de espécies como as baleias e os micos-leões, a explosão demográfica, a corrida armamentista, a urbanização desenfreada, a

Esse fato pode ser comprovado diante das inúmeras questões ambientais globais emergentes, tais como o desaparecimento de espécies vegetais e animais, o encolhimento de florestas, o aquecimento da temperatura do planeta, a erosão dos solos, a produção avassaladora de lixo, a poluição e a escassez da água, a extinção da própria espécie humana, em sua face econômica perversa. O mundo “apesar de notáveis esforços retóricos, continua acentuando suas características e relações reais: continua sendo financeiramente total, economicamente global, politicamente tribal e ecologicamente letal” (CAUBET, 1999, p. 58). A assertiva se confirma facilmente ao se verificar que a política econômica mundial é globalizada e está em crise, esgotando os recursos naturais dos países em eterno desenvolvimento e colocando em risco a sobrevivência de todas as espécies, fazendo valer, cada vez mais um dos princípios basilares do direito ambiental, o princípio da precaução.<sup>31</sup> Nessa oportunidade, se defende que no mundo inteiro está aumentando o interesse em uma idéia simples para a regulação do risco: “em caso de dúvida, siga o princípio da precaução” (SUNSTEIN, 2005, p. 13). Nesse caso,

---

contaminação dos alimentos, a devastação das florestas, o efeito estufa, as técnicas centralizadoras até as injunções do poder político que nos oprime e explora”.

<sup>31</sup> Nessa perspectiva, Sunstein (2000, p. xiii) adverte os riscos a que todas as nações, globalmente, estão submetidas, reforçando que a situação ambiental e econômica não podem ser tratadas isoladamente: “em todo o mundo, as nações estão tratando de reduzir riscos, melhorar a segurança e prolongar a vida. A redução dos riscos, por certo, tem-se convertido em um objetivo principal dos governos atuais. o que se deve fazer em face do aquecimento global? Como as nações deveriam lidar com os riscos derivados do terrorismo, incluídos os riscos associados às armas químicas e a segurança em aviões? Os governos deveriam regular, ou proibir, a modificação genética dos alimentos? Deve-se eliminar o arsênico da água corrente? Qual a relação entre a política de energia e a proteção do ambiente? O governo deveria exigir que os automóveis cumprissem com as prescrições em matéria de economia de combustível? Poderiam esses requisitos tornar menos seguros os veículos? Questões desse tipo preocupam as instituições públicas não só em nível nacional como também em internacional” (tradução nossa).

devem-se evitar ações que poderão criar risco de dano e deve-se ser cauteloso até que a segurança seja estabelecida (SUNSTEIN, 2005).<sup>32</sup> Assim,

Apesar de os recursos naturais disponíveis terem uma utilidade praticamente vital para os agentes econômicos, e apesar de serem cada vez mais escassos, eles estão sujeitos a uma tal intensidade de exploração pelo Homem que, em muitos casos, os faz aproximarem-se a passos largos da extinção. Esta situação absurda reflecte alguma 'miopia' dos agentes econômicos, que, incapazes de ver ao longe, não se apercebem de que, tomando decisões económicas com base em dados de curto prazo, estão a 'cavar a sua própria sepultura' alheios às consequências futuras que, a médio ou longo prazo, decorrerão das suas decisões de hoje. (ARAGÃO, 1997, p. 24).

Tem-se estabelecido uma posição de análise de custo-benefício como uma ferramenta de política pública para se gerenciar os riscos socioambientais. Sunstein (2005) sustenta que a análise de custo-benefício freqüentemente é incitada como uma alternativa à aplicação do princípio da precaução. Os agentes econômicos, assiduamente, argumentam que em vez de "cegamente" tomar medidas precaução deveriam registrar a regulação dos custos e dos benefícios e depois escolher a ação que maximizasse o benefício socioambiental. Essa abordagem, geralmente, justifica as bases de uma economia de eficiência que pouco ou nada liga para a proteção dos recursos ambientais, pois na

---

<sup>32</sup> Sunstein (2005, p. 13) resumiu sustenta que a cautela pode ser apreendida em uma frase: "better safe than sorry" e, realmente, não há como pode discordar.

realidade pouco se preocupam com o que é social ou o que é ambiental.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a raça humana necessita dos ecossistemas naturais equilibrados para a sua própria sobrevivência, estabelece uma relação parasitária e depredatória com o meio que a circunda. Tomando-se como referência a experiência brasileira, a Mata Atlântica e o Cerrado já fazem parte do rol dos vinte e cinco biomas de alta biodiversidade mais ameaçados no mundo (MITTMERMEIR et al, 1999). Animais (não-humanos) característicos do nosso referencial cultural, como é o caso do tatu, um verdadeiro exemplo da fauna genuinamente brasileira, está, por exemplo, a um passo do desaparecimento (DEUTSCH e PUGLIA, 1990)<sup>33</sup>.

Susin alerta para o fato de

O sucesso da tecnologia como domínio e funcionalização da natureza em favor do ser humano empreendedor se exacerbou a tal ponto que hoje sofremos a ameaça do aprendiz de feiticeiro: não sabemos bem como parar uma vassoura que continua a trazer água, a tal ponto que estamos ameaçados de um novo dilúvio! (2003, p. 12)

Essa realidade impactante trazida por Aragão (1997), Sunstein (2005) e por Susin (2003) enseja um questionamento profundo acerca do rumo e da forma como a humanidade tem direcionado sua relação com o meio que o circunda e o envolve. Em nossa cultura, nos acostumamos a apreender a natureza como uma máquina provedora de onde se retirou toda a nossa produtividade por meio de técnicas cada vez mais

---

<sup>33</sup> Os autores ressaltam que apesar da existência de lei protetiva coibindo a caça ou mesmo a captura, "este primo da preguiça e do tamanduá" está a beira da extinção.

avanzadas (BRÜGGER, 2004). Contudo, essa época, esse período histórico está sendo marcado por uma transformação na técnica e no comportamento humano, que exigirá uma nova ética, uma ética de responsabilidade (JONAS, 2004, 2006).

Afirma Brügger, ainda, a respeito dessa necessária responsabilidade para o que é e com o que é natural

Essa enorme pressão sobre a natureza não acontece somente para dela retirar o que é necessário para a nossa sobrevivência. Hoje, mais do que nunca, a grande pressão é o resultado de ações que visam a satisfazer os desejos hedonistas de uma minoria. E para tanto, existe uma parte animal (tanto humana, quanto não-humana) dessa natureza que também é explorada de forma brutal (2004, p. 10).

Trata-se, portanto, de uma sociedade circunscrita a uma imensa crise ambiental. A degradação do ambiente coloca em destaque que essas não estão confinadas em termos de espaço ao âmbito de seu impacto, nem estão confinadas em termos sociais a determinadas comunidades. A degradação ambiental, na modernidade, é potencialmente global no âmbito de seu alcance. Um conjunto de riscos ecológicos que podem ser descritos como catastróficos, em potência (ALBUQUERQUE, 2006).<sup>34</sup> Os perigos ecológicos seriam os acidentes nucleares em grande escala, os efeitos

---

<sup>34</sup> A esse respeito vale trazer a ponderação de Albuquerque (2006, p. 99) acerca do risco e da catástrofe: É preciso ter em consideração que o cenário de risco é muito mais amplo que o cenário de catástrofe. O Estado não pode agir somente em situações emergenciais e localizadas, como vem acontecendo. O cenário de risco é dinâmico, afinal o risco de hoje não é o risco de amanhã. Não ha como trabalhar apenas ameaças e vulnerabilidades já constatadas, o cenário de risco exige um processo de projeções que so poderá ser alcançado através de um planejamento estruturado.

tóxicos progressivos, a liberação de químicos<sup>35</sup> em escala continental ou, ainda, pela alteração e manipulação do material genético da flora e da fauna do planeta (BECK, 1998).

Diante do fato evidente e notório da degradação ambiental provocada pela institucionalização da sociedade de risco em razão da existência de um “conhecimento completo sobre os efeitos de determinada técnica e, em razão do potencial lesivo já diagnosticado, o comando normativo toma o rumo de evitar danos já conhecidos” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 81) faz-se necessário destacar o alerta de Gomes (2000) para o fato de que, diante da iminência de uma ação humana que, comprovadamente, lesará, de forma grave e irreversível, o bem ambiental, a intervenção do Estado se faz necessária, em face da aplicação do princípio da prevenção.

Tal crise decorrente da constatação de que “as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestão econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida” (LEITE e AYALA, 2003, p. 182). Nesse sentido, o papel da ciência jurídica, atualmente, atinge patamares mais elevados, pois a complexidade da sociedade moderna exige a regulamentação de novas situações, antes inexistentes no mundo jurídico, como requisito cogente ao ordenamento social. Nesse contexto, podem-se citar as relações do homem com o ambiente, cujos fatos obrigam o reconhecimento de novos bens e posições jurídicas.

Nessa pesquisa opta-se por delimitar a abordagem no que diz com a necessidade de proteção do meio circundante, analisando e discutindo a proteção e a preservação do animal não-humano. Os animais não-

---

<sup>35</sup> A esse respeito merece destaque a fala de Albuquerque (2006, p. 63): “a poluição por poluentes orgânicos persistentes (POPs) é denominada ‘poluição invisível’, o que caracteriza bem a natureza dos perigos causados pela sociedade pós-industrial às comunidades humanas, que não são capazes de identificar os riscos que se fazem presentes no seu cotidiano de vida sem dados e estudos científicos específicos”.

humanos, hoje, são utilizados para os mais variados fins humanos, dentre eles, pesquisa científica, como sujeitos de testes, alimentos, companhia, transporte, esporte. Sem se levar em consideração os animais silvestres que, por exemplo, somente nos Estados Unidos, no ano de 2004, havia mais de 60 milhões de cachorros com proprietários, no que tange os animais domésticos de estimação e o Brasil é o segundo colocado no mundo em número de animais de estimação (segundo estimativas do IBOPE, cerca de 59% dos domicílios brasileiros têm algum animal de estimação, sendo que em 44% deles há pelo menos um cachorro e em 16% pelo menos um gato)<sup>36</sup>. Bilhões de animais são mortos anualmente para alimentação humana e animal e outros tantos, de cifra tão surpreendente quanto, são exterminados em pesquisas científicas. A questão essencial é: será que é preciso que os animais não-humanos pareçam humanos (se reconheçam e sejam reconhecidos) para serem protegidos ou mesmo serem titulares de suas próprias vidas?

Pensar a proteção do ambiente e a evolução jurídica dessa proteção ocorrida no Brasil desde a Constituição de 1891, representa um pensar sobre a história de cada época e dos interesses político-econômico-jurídicos que se apresentavam e se apresentam em cada período histórico (GONÇALVES, 2004)<sup>37</sup>. Significa tentar entender o mundo sob a perspectiva de quem viveu cada período histórico e o que cada modificação legislativa e jurisprudencial efetivada

---

<sup>36</sup> A fonte é da Anfal Pet (Associação Nacional dos Fabricantes de Alimentos para Animais de Companhia) e do IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística). Notícia disponibilizada no site eletrônico: <http://animalivre.uol.com.br/home/>. Acesso em: 12/04/2007.

<sup>37</sup> Esse olhar se apresenta por um prisma, essencialmente, jurídico-cultural quando direcionamos a questão para a proteção dos animais não-humanos. Gonçalves (2004, p.9) assevera, nesse sentido, que o movimento ecológico é um movimento de "caráter político-cultural, demonstrando que cada povo/cultura, constrói o seu conceito de natureza ao mesmo tempo em que institui as suas relações sociais".



na proteção do ambiente representava para a sociedade de então e vice-versa.

No concernente à proteção do ambiente, vários temas e questões latentes na sociedade podem e devem ser debatidas, contudo, uma delas toca em cada um em maior profundidade: o dever de proteção dos animais, ou seja, a temática que norteia a trajetória dessa pesquisa é o cruzamento entre o dever fundamental de proteção aos animais não-humanos e o direito à tutela jurídica dos animais não-humanos como sendo interesses juridicamente tuteláveis. Caracteriza-se como sendo, em um modo de entender, o momento em que o animal humano deverá chamar para si a responsabilidade de cuidado e respeito para com as demais formas de vida, essencialmente no que tange o animal não-humano, reconhecendo nessas outras formas de vida uma titularidade subjetiva de direitos fundamentais e o direito à aplicação do princípio da dignidade por ser vivo.<sup>38</sup>

O olhar a que se submete essa revisão é uma forma de ver pelos olhos daqueles que participaram da história ao longo dos tempos constitucionais brasileiros. Acredita-se que ao refletir acerca da evolução da proteção ambiental na legislação brasileira, no que concerne à proteção da fauna, se está em condições de conhecer um pouco mais do modo de ser, viver e entender os diversos mundos das pessoas que fizeram cada um desses períodos históricos.

Da mesma forma, ao dialogar com cada uma dessas manifestações e perspectivas no modo de olhar e de viver a questão, se está também trazendo nossas problematizações acerca desse e de outros temas conexos. Não há como se apartar o homem de sua obra. Cada período histórico se faz mostrar pela forma como os homens de seu tempo interagem. Existe um pouco de cada um e de todos na totalidade dos momentos de uma sociedade, essencialmente quando se refere à legislação e mais enfaticamente a legislação ambiental, uma vez

---

<sup>38</sup> Temática que se abordará mais adiante na pesquisa.

que os ordenamentos legais dizem como certos posicionamentos se instituíram como hegemônicos em determinados momentos da história da humanidade, mesmo sem serem homogêneos, do ponto de vista da sociedade como um todo.

Houve, certamente, outras perspectivas que se fizeram presentes e que, algumas deram origens a outros modos de pensar com os quais se convive hodiernamente e que, da mesma forma problematizam para produções futuras. Esse se constitui num outro modo de olhar a produção da verdade instituída, como verdades provisórias que se apresentam para serem novamente e sempre problematizadas.

Por meio de uma leitura perspectivada da evolução jurídica da proteção do ambiente acredita-se estar apto a conhecer os interesses sócio-políticos de cada período histórico, dialogando<sup>39</sup> com os mesmos, provocando-os, instigando a pensar de outro modo que não o instituído tal como se apresenta, desafiando a buscar e a construir outras relações com a verdade e sua história.

A preocupação do Direito em face da necessidade de proteção do ambiente surgiu em meados do século passado, mediada pela ampliação de um pensar ecológico, e foi oriunda de um momento de crises e de transformações, experimentações, fossem elas ligadas a alterações técnico-científicas ou vinculadas a valores éticos (MEDEIROS, 2004).

O direito à proteção constitucional do ambiente, consubstanciado na prerrogativa de usufruí-lo como um bem ecologicamente equilibrado, é fruto da evolução dos direitos, tratando-se de um produto histórico, diferente das proteções jurídicas de bens ambientais esparsos nas

---

<sup>39</sup> Esse diálogo, a semelhança do desafio que Habermas (1988, p. 102) nos faz em Teoria da Ação Comunicativa, como uma experiência contrafática, nos permite trabalhar o pensamento não como algo dado e imutável, mas como propostas para se pensar, repensar, instituir, desinstituir e reconstituir o presente em novas bases argumentativamente construídas.

legislações anteriores; esse direito decorre das necessidades da espécie humana<sup>40</sup> no final do século XX, desnudando a ampliação do conteúdo dos direitos humanos (BORGES in VARELLA e BORGES, 1998).

As normas jurídicas de proteção ambiental vêm em resposta a circunstâncias sociais e históricas, ou seja, são disposições contextualizadas, datadas e historicizadas, como assevera Habermas (1990), se fundadas em condições de argumentação racional. Em outra oportunidade afirma-se

As disposições de lei buscaram atender aos anseios de uma sociedade que se estava deparando com o surgimento de novos valores e interesses e, dessa forma, vinham em auxílio às demandas e necessidades da população, que se via possuidora de uma nova consciência da vida e do ambiente que a circunda, como partícipes dessas demandas e ações (MEDEIROS, 2004, p. 53).

Dessa forma, pode-se depreender que o Direito é decorrente das transformações sociais e das demandas criadas em razão dessas modificações da estrutura social. As normas jurídicas<sup>41</sup> são fruto, portanto, da necessidade de o Estado regular em conformidade com

---

<sup>40</sup> Essa análise já apresenta uma perspectiva claramente antropocêntrica, pois a preocupação da referida autora consiste em demonstrar as necessidades da espécie humana em primeiro plano e consequência da preocupação com o homem a proteção do meio que o circunda.

<sup>41</sup> Cumpre ressaltar que estamos utilizando o conceito de norma de Alexy, no sentido de entendê-la como espécie de qual princípios e regras são gênero. Alexy (1997, p.81-83) dispõe que: "a menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas Del mandato, la permisión y laprohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es puedes una distinción entre dos tipos de normas".

as novas demandas da sociedade. Ademais, não há como ignorar a conjuntura histórica de cada período como causa geradora da produção legislativa correspondente.

A necessidade de se analisar o que está por trás de um discurso, de uma norma. De se enxergar a época, a cultura que permeia a construção do Direito. O referido autor aponta, ainda, obrigatoriedade de se levantar os pressupostos, as razões por trás das razões a fim de se compreender o Direito que não está dito nas entrelinhas do que está posto (HESPANHA, 2007).

Nesse sentido, a apropriação do pensamento de Grossi acerca das mitologias jurídicas da modernidade permite afirmar

A visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção em certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmistifica o presente, garante que essas sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro (GROSSI, 2004, p. 26).

Em face do conhecimento do passado e da necessidade do surgimento de um novo modelo de Estado Social, um modelo de Estado Socioambiental, e, para tanto, passa-se a analisar o desenrolar e o desenvolvimento da proteção ambiental no direito constitucional no Brasil.

### *2.3.1 A proteção Constitucional do ambiente no Brasil*

#### 2.3.1.1. Um olhar acerca das Constituições brasileiras anteriores a 1988

A consciência ecológica, pensar verde, despertada nos últimos trinta anos do século XX propiciou o surgimento e o desenvolvimento da legislação ambiental em vários países. No Brasil não foi diferente, a tutela jurídica do ambiente nasceu e foi se transformando e se aprimorando ao longo do tempo, assim como ia se transformando a sociedade à qual servia. Com o intuito de se chegar ao ápice da proteção ambiental no Brasil, a Constituição Federal de 88, opera-se uma breve análise das Constituições brasileiras anteriores a de 1988.

Merece registro que não há na Constituição brasileira de 1824<sup>42</sup>, a Constituição do Império, nenhuma menção à proteção ambiental quiçá à proteção da fauna e da flora e as conseqüentes vedações às práticas que prejudiciais à manutenção e/ou recuperação da diversidade. Tal fato não surpreende, haja vista estar em consonância com o período histórico e político ali adjacente. À época, além da preocupação com o ambiente não ser corrente em todos os povos, o Brasil ainda carecia de uma identidade como povo e nação independente, inexistindo qualquer alusão à busca da preservação do ambiente.

Em 24 de fevereiro de 1891<sup>43</sup>, com o advento da 1ª Constituição republicana brasileira, iniciou-se uma preocupação com a normatização constitucional no concernente aos denominados elementos da natureza. Todavia, essa preocupação traduziu-se apenas em uma proteção às terras e às minas, indicando uma atitude que buscou proteger os interesses da burguesia e

---

<sup>42</sup> Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

<sup>43</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

institucionalizar a exploração do solo com aval estatal, a ele – Estado – cabendo uma fatia da exploração<sup>44</sup>. Dessa forma, a Constituição de 1891, no número 29 do artigo 34, somente atribuiu à União competência acerca de assuntos referentes às minas e às terras. Portanto, não se pode afirmar que havia uma preocupação constitucional de proteção ambiental, o que se delineava era uma forma de controle econômico dos recursos naturais e, mesmo assim, de alguns deles tão-somente.

A partir da Constituição de 1934<sup>45</sup>, a Constituição do Estado Novo, se pode observar um aumento no leque de competência legislativa da União em face dos bens ambientais. Das minas e das terras a que se referia a Constituição de 1891 acresce-se as águas, as florestas, a caça e a pesca. De toda a feita, o constituinte, gerador da Constituição de 34, aumentou o leque de bens ambientais sob um recorte extremamente antropocêntrico, mas que, no entanto, já se manifestou como um avanço. Inclusão relevante trazida pela Constituição de 34 foi à possibilidade das leis estaduais suprirem as lacunas ou deficiências da legislação federal, desde que obedecendo à norma geral<sup>46</sup>. A Constituição

---

<sup>44</sup> A preocupação do Estado se fazia observar pela definição dos seus bens, fato que garantia a exploração e o lucro sobre os recursos naturais. O inciso 29, do artigo 34, bem retrata a situação: "Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 29º) legislar sobre terras e minas de propriedade da União". BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 14.dez.2006.

<sup>45</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

<sup>46</sup> A esse respeito pode-se destacar o § 3, do art. 5 da referida Carta: "Art 5º - Compete privativamente à União: § 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras *c* e *i*, *in fine*, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta."

de 1934 foi, também, a primeira a referir-se a proteção das belezas naturais e os monumentos de valor histórico como forma de preservar a memória e a cultura do país, caracterizando a proteção ao meio ambiente cultural<sup>47</sup>. E, ainda, como meio de manter determinadas águas como propriedade do povo, a Carta determinou que os lagos, as correntes, as ilhas e as margens de rios seriam de domínio público, como rezavam os artigos 20 e 21, inegável, portanto, o avanço em matéria ambiental.<sup>48</sup> Por certo, à época da feitura da Carta Fundamental de 1934 a preocupação atinente aos bens ambientais pendia muito mais para o quesito econômico<sup>49</sup> do que propriamente para o ambiente *per si*. De qualquer forma, evidencia um olhar que se volta ao uso coletivo e à cultura, preocupando-se com direitos da população.

A Constituição de 1937<sup>50</sup>, não muito diverge da relação de proteção estabelecida com o ambiente e a Carta Fundamental de 1934. A questão da proteção ambiental aparece de forma transversal e com uma fachada mais econômica do que ecológica. Os artigos 16

---

<sup>47</sup> Aliás como indica o inciso III, do art. 10 da Carta de 34: "Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte".

<sup>48</sup> Importante anotar: "Art 20 - São do domínio da União: II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro; III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças. Art 21 - São do domínio dos Estados: II - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular." BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 14.dez.2006.

<sup>49</sup> Partindo-se do pressuposto que a preocupação com o ambiente atualmente seja mais despreendida dos valores econômicos, o que de fato, sabemos que não condiz com a realidade. Contudo, há época da Constituição de 1934 a consciência de preservação ecológica era praticamente inexistente, portanto muito mais voltada para o controle das fronteiras e dos recursos financeiros que poderiam derivar dos bens ambientais.

<sup>50</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

e 18<sup>51</sup> do referido diploma legal apontam para as questões de competência legislativa no que tange às matérias vinculadas aos recursos naturais<sup>52</sup>. Por sua vez, os artigos 36 e 37<sup>53</sup> supracitados referem-se à dominialidades dos bens naturais, de uso comum do povo, essencialmente vinculados às águas. É notório que, desde a Carta de 1934, o legislador Constitucional originário preocupa-se com a questão que envolve o domínio das águas, por se tratar esse recurso natural de bem essencial para a sobrevivência de todas as formas de vida<sup>54</sup>. Talvez até, pelo próprio período histórico a que se estava vivenciando, mas a questão ambiental não foi uma matéria de destaque na Constituição que recebeu o apelido de “a polaca”.

Na mesma linha das Constituições anteriores e com pouquíssimas alterações quanto ao seu conteúdo, os dispositivos constitucionais com abordagem de proteção

---

<sup>51</sup> Conforme a Carta: “Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XIV - os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração. Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração.”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 14.dez.2006.

<sup>52</sup> E aqui já opto por fazer a utilização do verbete ‘recurso’ com a leitura econômica do mesmo já que estão relacionadas às riquezas do Brasil.

<sup>53</sup> Destacam-se, ainda, os artigos 36 e 37: “Art 36 - São do domínio federal: b) os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a territórios estrangeiros.c) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças. Art 37 - São do domínio dos Estados: b) as margens dos rios e lagos navegáveis destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular.”

<sup>54</sup> José Afonso da Silva (2004, p. 120-121) assevera que “(...) toda água, em verdade, é um bem de uso comum de todos. Tanto que ninguém pode, lícitamente, impedir que o sedento sorva a água tida como de domínio particular”.



ao ambiente natural na Constituição de 1946<sup>55</sup> mantiveram a preocupação em disciplinar as questões de competência legislativa e determinar o domínio dos recursos naturais, mantendo com a União, por exemplo, a competência legiferante no que tange as riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça e pesca, dentre outras<sup>56</sup>. No concernente aos artigos 152 e 153<sup>57</sup> pode-se observar um maior cuidado do constituinte originário brasileiro em determinar os diferentes tipos de propriedade para os conseqüentes tipos de exploração tanto no que diz respeito ao uso da água, essencialmente com vistas às usinas hidroelétricas, quanto no que diz respeito à exploração de minerais.

A Constituição de 1967<sup>58</sup>, talvez em razão do próprio período político-social conturbado da história brasileira a que estava inserida, trouxe um alargamento quanto aos bens da União, aumentando o abraço do manto da dominialidade pública sob os recursos

---

<sup>55</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

<sup>56</sup> Vide: "Art 5º - Compete à União: XV - legislar sobre: l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca."

<sup>57</sup> Destaca-se: "Art 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas. § 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida. § 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo. § 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas." BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 15.dez.2006.

<sup>58</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

ambientais, mesmo que fosse somente sob a ótica econômica<sup>59</sup>. Nessa seara, em que pese o entendimento de Silva, que as “Constituições Brasileiras anteriores à 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural” (SILVA, J., 2004, p. 46), levanta-se um mínimo de discordância. É possível admitir que até a Constituição de 1988 o Brasil ainda não tinha visto uma Carta de Direitos, efetivamente, verde como é a Carta Fundamental de 1988, contudo, não há como vendar os olhos para o avanço gradativo da proteção constitucional ao ambiente, mesmo que de início tenha sido, exclusivamente, sob o viés econômico.

No concernente à evolução da proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro é inegável, após a análise das Cartas Constitucionais, que a referência ao tema na história constitucional brasileira tem evoluído sobremaneira. Parte-se de um modelo constitucional que nada disciplinava acerca da proteção ambiental até alcançarmos nível de amparo e de conscientização de proteção do ambiente, regrado pela Constituição vigente.

É notório assegurar, portanto, que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a proteger de forma

---

<sup>59</sup> Importante ressaltar os dispositivos que disciplinam a competência, o domínio e, até mesmo os impostos: “Art 4º - Incluem-se entre os bens da União: II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; III - a plataforma submarina; IV - as terras ocupadas pelos silvícola. Art 5º - Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior. Art 8º - Compete à União: XVII - legislar sobre: h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca; I) águas, energia elétrica e telecomunicações. Art 22 - Compete à União decretar impostos sobre: VIII - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos; IX - produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica; X - extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 15.dez.2006.

deliberada a questão do ambiente. Contudo, tal fato não descarta uma abordagem, mesmo que discreta e progressiva, de uma orientação protecionista das Constituições brasileiras anteriores, nem que fosse somente ligada ao fato da repartição da competência legislativa e administrativa entre os membros da Federação, circunstância que possibilitou a elaboração de legislação protetiva do ambiente como foi o caso do Código Florestal, do Código de Água e de Pesca, dentre outros.

### 2.3.1.2 A proteção dos animais não-humanos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: noções gerais

A Constituição Federal de 1988, disciplina em seu artigo 225 que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, CF/88).

Foi imposto ao legislador e, principalmente, ao aplicador do Direito (FREITAS, J., 1998)<sup>60</sup>, a tarefa de dar concretude ao disciplinado pela norma de proteção ambiental. Incluindo-se o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>60</sup> Cfe. Freitas (1998, p.151): "O sistema, em sua abertura [...] não prospera senão no intérprete em sua idêntica abertura e vocação para ser o positivador derradeiro do Direito".

humana. Machado (2004) defende que o uso do pronome indefinido *todos*<sup>61</sup> “alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja” (MACHADO, P., 2004, p. 104). O referido autor sustenta que a locução “*todos têm direito*” cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde ou profissão (MACHADO, 2004). Nessa linha, colaciona-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em julgado paradigma, que assevera o meio ambiente como:

expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161)

---

<sup>61</sup> Realizando uma pesquisa por amostragem e fazendo o levantamento daquelas Constituições que trazem à baila a questão ambiental selecionam-se algumas Constituições que se destacam na proteção do ambiente e são da família romano-germânica, a mesma da Constituição brasileira. Nessa linha, colaciona-se o dispositivo da Constituição francesa de 1958 que busca que **todo** o cidadão tenha o direito, individualmente de viver em um ambiente equilibrado e saudável. O artigo 66 da Carta lusitana, de 1976, prevê a **todos** o direito a qualidade de vida, por meio de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. A Constituição Espanhola (1978), em seus artigos 45 e 46, disciplina que **todos** têm o direito de desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa. A Constituição colombiana, de 1991, é clara, ainda, ao dispor que **todos** têm direito a um ambiente saudável e que a lei garantirá a participação da comunidade nas tomadas de decisões que possam vir a afetá-lo.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI-MC 3540/DF).

Em julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), na mesma linha do posicionamento do STF, o Desembargador Federal Lugon ([2009])<sup>62</sup> assume que se vive em um Estado constitucional ecológico em que a qualidade de vida é o principal objetivo a ser atingido. Lugon ([2009]) defende que esse desiderato é almejado a partir dos princípios fundamentais estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto é indubitável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 88 é antropocêntrico, é feito pelo homem e para servir ao homem. Mirra defende, nesse sentido e na linha do que se manifestou até então, que o dispositivo do artigo 225 é um direito fundamental da pessoa humana, previsto como forma de preservar a vida e a dignidade das pessoas – núcleo essencial dos direitos fundamentais. E, afirma, ainda, que ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo põe à prova a possibilidade de uma existência digna para todos os seres humanos (MIRRA, 1994).

Alerta-se, alicerçados na concepção de Machado, que com indiscutível razão, afirma que os incisos I, II, III e VII do § 1º e os §§ 4º e 5º do artigo 225 equilibram o antropocentrismo do *caput* tornando o capítulo do meio ambiente na Constituição Federal de 88 um pouco mais próximo do biocentrismo, “havendo uma preocupação de harmonizar e integrar os seres humanos e biota” (MACHADO, P, 2004, p. 110).

Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade

---

<sup>62</sup> Agravo de Instrumento AG/SC n.º 2008.04.00.034672-9, julgado em 16/03/2009, pela terceira turma do TRF4.

variáveis<sup>63</sup>. Dessa forma, a proteção ao ecossistema no qual se está inserido, e dele faz parte<sup>64</sup>, foi concebida para respeitar o processo de desenvolvimento econômico e social para que o ser humano desfrute de uma vida digna.

Toda a matéria relacionada, direta ou indiretamente, com a proteção do ambiente, projeta-se, portanto, no domínio dos direitos fundamentais (MEDEIROS, 2004). Esta inter-relação ocorre, não somente pela inserção sistemática do meio ambiente no âmbito dos direitos fundamentais, mas, principalmente, por ser o Estado Democrático de Direito a garantia, a promoção e a efetivação desses direitos.

O direito fundamental à proteção do ambiente pode ser classificado segundo as categorias de direito de defesa e direito à prestação (MEDEIROS, 2004). O direito fundamental à proteção ambiental constitui um direito que pode ser designado complexo, abrangendo as múltiplas funções dos direitos fundamentais do homem. Tomando por pressuposto a distinção entre texto (dispositivo), norma e direitos (STRECK, 2000)<sup>65</sup>, vê-se

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.81-2 e v. também MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** - Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.IV, p.181 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p.102, quando diz que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

<sup>64</sup> Quando se afirma que além de o ser humano estar inserido no ambiente natural faz parte dele, significa dizer que o homem não está desvinculado ou apartado da natureza, o homem faz parte do meio tal como um igual, o homem é um animal que faz parte da teia da vida.

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.18. Conforme o autor, em confessada companhia a Eros Roberto Grau, existe diferença entre texto (jurídico) e norma (jurídica) ao afirmar que "o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expressado pelo texto já é algo novo, diferente do texto. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto

que, no que diz com o artigo 225 da Constituição Federal, se cuida de uma série de disposições (textos) que encerram várias normas que, por sua vez, asseguram posições jurídicas subjetivas fundamentais, de natureza diversa, tanto com função defensiva quanto prestacional<sup>66</sup>.

Portanto, para uma concepção acertada da diferença existente entre os direitos a prestações e os direitos de defesa, não basta afirmar que o primeiro corresponde a ações positivas enquanto o segundo corresponde a ações negativas. A diferença consiste em que, a omissão de cada ação individual de destruição ou de afetação é uma condição necessária e somente se a omissão de todas as ações de destruição e de afetação seria uma condição suficiente para o cumprimento da proibição de destruir e, com isso, alcançar a satisfação do direito de defesa.

Nesse sentido, pode-se afirmar que várias normas definidoras do direito fundamental, a proteção do meio ambiente, exercem simultaneamente duas ou mais funções (direitos de defesa e direitos a prestações). Cabe ressaltar, com o intuito de exemplificar a linha argumentativa do presente trabalho, onde e em que sentido convém observar, à luz do artigo 225, a presença dessas diversas posições jurídicas fundamentais.

No que tange aos direitos e aos deveres de proteção do meio ambiente, no sentido amplo dos direitos a prestações, na acepção de que este direito à proteção outorga ao indivíduo o direito de exigir do

---

normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. É a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de possibilidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa”.

<sup>66</sup> Quanto à dupla função defensiva e prestacional das normas do direito de proteção do meio ambiente, pode-se arrolar como exemplo o inciso IV, do §1º, do artigo 225 e o §5º, do referido artigo como direitos de defesa e os incisos I e V, do §1º como direitos a prestações.

Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens (SARLET, 2005), urge ressaltar o próprio caput do artigo 225, quando dispõe, claramente, o direito e o dever, tanto do Estado (enquanto tarefa estatal) quanto da coletividade (enquanto dever fundamental), de prestar proteção ambiental.

Dessa feita, no que se refere ao direito fundamental de preservação ambiental, para efetiva aplicação da norma correspondente ao direito há a necessidade imprescindível da conjugação das duas funções dos direitos fundamentais, tanto na condição de direitos de defesa, quanto na perspectiva prestacional. Não é suficiente que apenas haja a omissão de ações de destruição ou de afetação do meio, é necessário que haja, também, ações que ordenem a preservação e a promoção da saúde e do equilíbrio ambiental. Tais questões serão retomadas e desenvolvidas nos próximos segmentos<sup>67</sup>.

Contudo, a proteção do ambiente não é, tão-somente, direito fundamental, mas se consubstancia, ainda, em um do dever fundamental de proteção ao meio ambiente (ANDRADE, 1998). Esse dever fundamental está alicerçado, na pressuposição de que os deveres fundamentais remetem à condição de nele incluir princípios sócio-humanos de convivência que, por sua vez, instruem e são instruídos pelas questões presentes no direito fundamental ao contemplar o direito à igualdade, à liberdade, à solidariedade.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Pode-se afirmar, ainda, que no sistema da Constituição e dos Direitos Fundamentais encontram-se outras normas diretamente relacionadas à proteção ambiental assim como são possíveis conflitos – tal como o direito do uso da propriedade de uma empresa e a proteção do meio ambiente. Inolvidável também é o papel da legislação infraconstitucional na concretização e desenvolvimento das diretrizes estabelecidas pela Carta Magna de 1988. As questões, que aqui vão referidas, serão em parte consideradas, mas não serão aprofundadas haja vista não serem o objeto deste trabalho.

<sup>68</sup> A título de ilustração cumpre apontar que o constituinte argentino, assim como o brasileiro, também determinou a proteção ao meio ambiente como um direito e um dever fundamental intergeracional e prospectivo. A



A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>69</sup> é pacífica em se posicionar acerca da consideração da proteção ambiental como um direito fundamental. Como se vê o STF compreende o ambiente como:

O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral (BRASIL, STF, ADI-MC 3540/DF).

Dessa feita, em que pese a leitura primeira e antropocêntrica que pode ser feita do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 88, cumpre destacar o conjunto que alberga um ideal biocêntrico, pois somente através da preservação da vida que se alcançará o equilíbrio proposto pelo legislador. Machado (2009, p. 57-58) salienta que,

---

Constituição Espanhola, no mesmo sentido, também inseriu em seu texto o dever fundamental de proteção ao ambiente. A Constituição da República Francesa (1958) proclama que o povo francês considera que o equilíbrio natural e os recursos naturais são condições de emergência da humanidade e que a existência da humanidade é indissociável do ambiente. Nessa seara, determina que é dever de todas as pessoas a proteção e preservação do meio ambiente e o dever de indenizá-lo e repará-lo em caso de ocorrência de dano. A Constituição da República Portuguesa (1976) aborda a questão ambiental, tal como a Carta brasileira, como um direito e um dever fundamental de proteção ao meio ambiente. Pode-se observar no artigo 9º da Carta Portuguesa, a preocupação com a proteção do ambiente. Já a Constituição da República do Chile (1980) é concisa no dispositivo de proteção do ambiente e refere-se apenas ao dever do Estado em ofertar um ambiente sadio ao cidadão. Todavia, alerta que poderá haver algumas restrições legais de liberdades e de exercícios de determinados direitos para que se proteja o meio ambiente.

<sup>69</sup> BRASIL. STF. ADI-MC 3540 / DF - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 01/09/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJ - 03-02-2006 PP-00014

o direito ao meio ambiente equilibrado, do ponto de vista ecológico, consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a 'existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos'

Assim, o equilíbrio somente pode ser obtido a partir da relação entre os seres e o ambiente que os recebe. A Constituição brasileira, como bem pontua Machado (2009), para além de asseverar o meio ambiente como bem ecologicamente equilibrado, determina que é dever do Poder Público proteger a fauna impedindo as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a extinção das espécies.

### *2.3.2 As normas legais infraconstitucionais concretizadoras da proteção do animal não-humano*

A proteção infraconstitucional federal do animal não-humano se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro desde muito antes da história constitucional recente.

Desde 03 de janeiro de 1967, por intermédio da Lei n.º 5.197, que ordenamento jurídico brasileiro dispõe de uma norma acerca da proteção da fauna, especialmente no que concerne à regulamentação da caça, se é que é possível considerar uma norma que regulamente a caça como norma que tenha vindo para proteger os animais não-humanos. Em seu artigo 1º<sup>70</sup>, o

---

<sup>70</sup> Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. BRASIL. Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967. disponível em:

referido diploma legal disciplina que os animais que compõem a fauna silvestre, de qualquer espécie, estão proibidos de serem caçados. Contudo, em que pese à proibição parecer peremptória (uma vez que o referido artigo impede a caça de qualquer espécie animal em fase de desenvolvimento e que viva fora do cativeiro, ou seja, desde que seja fauna silvestre) não o é, e permite a abertura de inúmeras exceções que figuram com a denominação de peculiaridades, conforme a técnica legislativa utilizada à época, como se pode verificar através da análise dos dois parágrafos que suportam o referido dispositivo<sup>71</sup>. O § 1º (BRASIL, LEI N.º 5.197/67) abre exceção para o caso da existência de peculiaridades regionais<sup>72</sup> e o § 2º (BRASIL, LEI N.º 5.197/67) permite que, em domínio privado, seja proibida a caça, mesmo que liberada conforme o § primeiro, mas, nesse caso, o responsável pela fiscalização será o particular, situação que muito dificulta a proibição, pois exige o Estado de qualquer tipo de fiscalização passando para o particular toda a responsabilidade de cuidado para com os animais.

Ainda no mesmo ano, mas com um enfoque um pouco diferenciado (mas não menos antropocêntrico) do que se manifestou na proteção vinculada à caça, no mês de fevereiro, o ordenamento jurídico brasileiro dispôs

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm). Acesso em: 20/09/2007.

<sup>71</sup> Destacam-se: "§ 1º Se peculiaridades regionais comportarem o exercício da caça, a permissão será estabelecida em ato regulamentador do Poder Público Federal. § 2º A utilização, perseguição, caça ou apanha de espécies da fauna silvestre em terras de domínio privado, mesmo quando permitidas na forma do parágrafo anterior, poderão ser igualmente proibidas pelos respectivos proprietários, assumindo estes a responsabilidade de fiscalização de seus domínios. Nestas áreas, para a prática do ato de caça é necessário o consentimento expresso ou tácito dos proprietários, nos termos dos arts. 594, 595, 596, 597 e 598 do Código Civil." BRASIL. Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967. disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm). Acesso em: 20/09/2007.

<sup>72</sup> A interrogação se faz presente pela falta de precisão legislativa ao liberar a atividade de caça. Utiliza a expressão "peculiaridades regionais" sem realizar um mínimo de esclarecimento a respeito, deixando um espaço enorme para a criação.

sobre a proteção e sobre o estímulo à pesca. No Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, é nítido o enfoque econômico e a pouca preocupação com a fauna enquanto animal vivo e não apenas como recurso ambiental<sup>73</sup>. Em nenhum momento se observa a preocupação do legislador com o objeto da atividade, ou seja, com a proteção dos animais que estão sendo capturados para as finalidades a que está se propondo regular a legislação.

Uma legislação que ainda causava polêmica nos bancos acadêmicos, em razão dos múltiplos questionamentos que comportava, em face da carência de uma abordagem ética e bioética que há pouco vem despertando, e em razão dos avanços tecnológicos a que se está subjugado é a lei que regula a vivissecção<sup>74</sup> de animais para a pesquisa científica e para fins didáticos. A Lei n.º 6.638, de 8 de maio de 1979 estabelecia, até recentemente, as normas para a prática didática e científica da vivissecção de animais. A Lei regulamentava

---

<sup>73</sup> Destacam-se: "Art. 1º Para os efeitos deste Decreto-lei define-se por pesca todo ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água seu normal ou mais freqüente meio de vida. Art. 2º A pesca pode efetuar-se com fins comerciais, desportivos ou científicos; § 1º Pesca comercial é a que tem por finalidade realizar atos de comércio na forma da legislação em vigor. § 2º Pesca desportiva é a que se pratica com linha de mão, por meio de aparelhos de mergulho ou quaisquer outros permitidos pela autoridade competente, e que em nenhuma hipótese venha a importar em atividade comercial; § 3º Pesca científica é a exercida unicamente com fins de pesquisas por instituições ou pessoas devidamente habilitadas para êsse fim. BRASIL. Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0221.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm). Acesso em: 20/09/2007.

<sup>74</sup> O termo vivissecção tem a sua origem no latim com a junção de "vivus" (vivo) e "sectio" (corte, secção). Logo, "vivissecção" quer dizer "cortar um corpo vivo", no caso dos animais não-humanos, para a realização de testes laboratoriais, demonstrações didáticas, etc. A vivissecção pode ser definida, portanto, como sendo o uso de seres vivos, principalmente animais não-humanos, para o estudo dos processos da vida e das doenças, na prática experimental e didática. Greif e Trez (2009, p. 19) definem vivissecção como sendo: "qualquer forma de experimentação animal que implique intervenção com vistas a observar um fenômeno, alteração fisiológica ou estudo anatômico".

a prática em todo o território nacional desde que os biotérios e os centros de experiências e demonstrações com animais vivos estivessem registrados. Um caráter protetivo apontava na referida legislação quando esta proibia a realização da atividade sem emprego de anestesia ou sem a supervisão de um técnico especializado.<sup>75</sup>

Um caráter interessante que podia ser destacado na própria legislação referida é que, com a aparência da proteção do animal não-humano, o diploma legal demonstra a brutalidade, a violência e a crueldade do procedimento. O legislador proibia, a ponto de imprimir penalidade ao infrator, se ocorresse vivissecção em estabelecimento de ensino ou em qualquer outro local freqüentado por menor de idade, tamanho o choque psicológico que o procedimento pode causar ao expectador, quiçá ao paciente. Urge salientar o quão "benéfica" é a legislação para o animal não-humano que serviu de sujeito de pesquisa ou de simples demonstração em ambiente de prática didática: após a sua utilização o animal não-humano "poderá ser sacrificado" e "caso não sejam sacrificados" poderão ser adotados (BRASIL, LEI N.º 6.638/79)<sup>76 77</sup>.

---

<sup>75</sup> Destaca-se: "Art 3º - A vivissecção não será permitida: I - sem o emprego de anestesia; II - em centro de pesquisas o estudos não registrados em órgão competente; III - sem a supervisão de técnico especializado; IV - com animais que não tenham permanecido mais de quinze dias em biotérios legalmente autorizados; V - em estabelecimentos de ensino de primeiro e segundo graus e em quaisquer locais freqüentados por menores de idade." BRASIL. Lei n.º 6.638, de 8 de maio de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L6638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6638.htm). Acesso em: 21/09/2007.

<sup>76</sup> Ressalta-se: "Art 4º - O animal só poderá ser submetido às intervenções recomendadas nos protocolos das experiências que constituem a pesquisa ou os programas de aprendizado cirúrgico, quando, durante ou após a vivissecção, receber cuidados especiais. § 1º - Quando houver indicação, o animal poderá ser sacrificado sob estrita obediência às prescrições científicas. § 2º - Caso não sejam sacrificados, os animais utilizados em experiências ou demonstrações somente poderão sair do biotério trinta dias após a intervenção, desde que destinados a pessoas ou entidades idôneas que por eles queiram responsabilizar-se." BRASIL. Lei n.º 6.638, de 8 de maio de 1979. Disponível em:

Em 8 de outubro de 2008 foi sancionada uma nova lei de vivissecção no Brasil, revogando a Lei anterior e instaurando um retrocesso socioambiental<sup>78</sup> jamais visto no que concerne a proteção da fauna. Constrói-se a figura da instauração da quebra do princípio da proibição de retrocesso, pois a Constituição Federal de 88, proibindo o tratamento cruel para com os animais não-humanos, já está encaminhando a legislação para um novo paradigma que foi ignorado pela Lei Arouca (Lei n.º 11.794, de 08 de outubro de 2008)<sup>79</sup>. A Lei Arouca inclui a possibilidade de realizar atividade de vivissecção em estabelecimentos de ensino médio, o que era proibido na legislação anterior. Convém esclarecer que a proibição não era mera cosmética legislativa, existia porque o procedimento é violento, é brutal, expõe o animal à crueldade (ambos os animais – humano e

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L6638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6638.htm). Acesso em: 21/09/2007.

<sup>77</sup> Na Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Pelotas, uma cadela sem raça definida foi utilizada para demonstração com finalidade acadêmica e em treinamento cirúrgico por nove (09) vezes consecutivas, no ano de 2005. Era submetida a uma cirurgia, era colocada de repouso e depois de recuperada, novamente utilizada, mas o animal foi resistente e não morreu. Os estudantes da última turma que utilizou o animal, penalizados, resolveram colocar a cadela para adoção, haja vista a sua força de vontade em manter-se viva, mesmo sendo submetida reiteradas vezes a procedimentos invasivos e dolorosos.

<sup>78</sup> No capítulo 4 desse estudo, aborda-se, mesmo que brevemente, as questões acerca do princípio da proibição de retrocesso, contudo, para que se possa estabelecer o diálogo cabe aqui adotar um conceito. Dessa forma, entende-se como princípio de proibição de retrocesso socioambiental a proibição de que a nova norma ambiental retroceda as condições ambientais ao *status quo ante*, com uma proteção normativa menor do que a que já se possui. MOLINARO utiliza a expressão princípio da proibição de retrogradação ambiental e afirma que é: “uma proposição empírica, que através de uma eleição valiosa de nossa existência e desde uma perspectiva intergeracional, não permite ou impede que se retroceda a condições ambientais prévias àquelas que desfrutamos presentemente”. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 80.

<sup>79</sup> BRASIL. Lei n.º 11.794, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11794.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11794.htm). Acesso em: 20/11/2008.

não-humano)<sup>80</sup> e no que tange a validade científica e didática, essa é, no mínimo, duvidosa, quiçá inexistente.<sup>81</sup>

Ainda na perspectiva da evolução legislativa, em 14 de dezembro de 1983, a Lei n.º 7.173 veio a disciplinar o estabelecimento e o funcionamento dos jardins zoológicos no Brasil. Passou-se, dessa forma, a considerar, na forma da lei, que qualquer coleção de animais silvestres mantidos em cativeiro, expostos à visitação pública, é zoológico.<sup>82</sup> O interessante na legislação supracitada é que, embora, venha a regular um espaço onde estejam mantidos em cativeiro animais silvestres, há sempre a demonstração de preocupação com os animais humanos (visitantes do espaço de exposição) quase na mesma proporção que com os animais não-humanos presos nos espaços e distantes de seu *habitat* natural. A título de ilustração da observação realizada pode-se destacar o artigo 7º<sup>83</sup> do referido diploma legal, que dispõe que os humanos devem estar confortáveis no zoológico.

---

<sup>80</sup> Cumpre registrar que, o procedimento, com finalidade acadêmica, foi observado in loco pela pesquisadora em duas oportunidades e em duas instituições de ensino superior. É relevante registrar que, para além de acompanhar a vivissecação, a pesquisadora investigou acerca do descarte dos animais em duas outras instituições de ensino superior. Portanto, crê-se que quando a legislação proibia que o procedimento fosse realizado no ensino médio é porque, de fato, é violento.

<sup>81</sup> No último capítulo desse estudo, retornar-se a essa discussão.

<sup>82</sup> Destaca-se: "Art 1º - Para os efeitos desta lei, considera-se jardim zoológico qualquer coleção de animais silvestres mantidos vivos em cativeiro ou em semi-liberdade e expostos à visitação pública." BRASIL. Lei n.º 7.173, de 14 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/1980-1988/L7173.htm>. Acesso em: 21/09/2007.

<sup>83</sup> "Art 7º - As dimensões dos jardins zoológicos e as respectivas instalações deverão atender aos requisitos mínimos de habitabilidade, sanidade e segurança de cada espécie, atendendo às necessidades ecológicas, ao mesmo tempo garantindo a continuidade do manejo e do tratamento indispensáveis à proteção e conforto do público visitante BRASIL. Lei n.º 7.173, de 14 de dezembro de 1983". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/1980-1988/L7173.htm>. Acesso em: 21/09/2007.

Nessa seara, se pode observar a preocupação do legislador com a proteção e o conforto do visitante, ao passo que, em muitas circunstâncias, o objeto da visita, o sujeito a ser visitado encontra-se em condições precárias, em jaulas pequenas (quando nem mesmo deveria estar em jaulas), em situação de vida muito distante daquela que estaria se estivesse em seu meio<sup>84</sup>.

Em 1987, com a entrada em vigor da Lei de n.º 7.643<sup>85</sup>, de 18 de dezembro, alcança-se uma evolução no quesito da pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras. Finalmente restou terminantemente proibida a pesca ou qualquer outra forma de molestamento intencional de toda a espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, impulsionando uma série de trabalhos de pesquisa e de organizações não-governamentais pela proteção de espécies de cetáceos que já estivessem em risco. Convém esclarecer que, em razão disso, perdem a vigência os artigos 41 a 45 do Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, que regulava a pesca e a industrialização de cetáceos. O artigo 41<sup>86</sup> do Decreto-Lei ainda se referia à pesca da baleia (sendo a baleia um mamífero, portanto impossível de ser pescado).

---

<sup>84</sup> Em agosto de 2005 o Jardim Zoológico da Cidade de Londres, na Inglaterra, realizou uma exibição pelo período de 26 a 29 de agosto de 2005, no mínimo, curiosa, em que a atração eram as pessoas. O nome da exibição era o "Zoológico Humano" e a idéia da atração era alertar o público sobre a importância de incluir o homem como parte da natureza. As pessoas que participaram da exibição permaneceram, por pelo menos um dia, em gaiolas, sob o olhar do público. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/popular/interna>. Acesso em: 25/08/2005.

<sup>85</sup> "Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras." BRASIL. Lei n.º 7.643, de 18 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L7643.htm>. Acesso em: 21/09/2007.

<sup>86</sup> "Art. 41. Os estabelecimentos destinados ao aproveitamento de cetáceos em terra, denominar-se-ão Estações Terrestres de Pesca da Baleia." BRASIL. Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Decreto-Lei/Del0221.htm>. Acesso em: 21/09/2007.



De qualquer sorte, a partir da proibição de qualquer tipo de molestamento aos cetáceos na costa brasileira que foi possível o retorno das populações de várias espécies já tidas como praticamente desaparecidas de nosso litoral. Só no Estado de Santa Catarina, onde está localizada a Área de Preservação Ambiental (APA) da Baleia Franca (que fica localizada do sul da ilha de Florianópolis até o município de Içara)<sup>87</sup>, mais de cem (100) baleias da espécie são avistadas anualmente junto à costa<sup>88</sup>. Os mamíferos deixam a região da Antártida e partem para o sul do Brasil em busca de águas mais quentes para reprodução e amamentação de seus filhotes<sup>89</sup>. Situação que só se faz possível se os animais não forem molestados, nem perseguidos, nem caçados.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> BRASIL. Decreto Federal de Criação de Área de Proteção Ambiental da Baleia Franca, de 14/09/2000.

<sup>88</sup> Conforme notícia disponibilizada pelo Projeto Baleia Franca em: <http://www.baleiafranca.org.br/area/area.htm>. Acesso: 21/09/2007

<sup>89</sup> Conforme notícia disponibilizada pelo Projeto Baleia Franca em: <http://www.baleiafranca.org.br/area/area.htm>. Acesso: 21/09/2007.

<sup>90</sup> A Portaria n.º 117, de 26 de dezembro de 1996 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) veda a qualquer embarcação que opere em águas jurisdicionais brasileiras a aproximar-se de qualquer espécie de baleia cachalote e orca com motor engrenado a menos de 100m de distância do animal mais próximo, devendo o motor ser obrigatoriamente mantido em neutro, quando se tratar de baleia jubarte e desligado ou mantido em neutro, para as demais espécies. A Portaria ainda veda a perseguição com motor ligado a qualquer baleia por mais de 30 (trinta) minutos, ainda que respeitadas as distâncias supraestipuladas; a interrupção do curso de deslocamento de cetáceo(s) de qualquer espécie ou tentar alterar ou dirigir esse curso; a penetrar intencionalmente em grupos de cetáceos de qualquer espécie, dividindo-o ou dispersando-o; a produção de ruídos excessivos, além daqueles gerados pela operação normal da embarcação, a menos de 300 m (trezentos metros) de qualquer cetáceo. A Portaria vedou, também, o mergulho e a natação a uma distancia inferior a 50m do animal. Com a mesma intenção protetiva, a Instrução Normativa n.º 102, de 19 de junho de 2002 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) regulamenta as restrições de atividades náuticas nos meses de junho a novembro em diversos setores da APA da Baleia Franca com o intuito de proteger os animais que vem se proteger no litoral brasileiro. Os setores que estão sujeitos à restrição são: a Praia da Vila, a Praia d'Água, a Praia da Gamboa, a Praia do Luz, a Praia do Silveira e a Praia de Garopaba.

Ainda acerca da pesca, para a proteção dos períodos de reprodução, a Lei n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988, reza pela proibição da pesca em determinados locais e em determinadas situações específicas, tais como pescar em cursos d'água nos períodos migratórios para a reprodução ou nos períodos de desova; pescar animais indefesos; animais com tamanho inferiores ao permitido; espécies que devam ser preservadas ou quantidades superiores às permitidas. Com relação ao método de pesca a legislação também foi bem específica e proibiu a pesca com explosivos, substâncias tóxicas, em locais interditados, ou sem licença ou autorização, dentre outras (BRASIL, LEI N.º 7.779/88)<sup>91</sup>. E mesmo com a proteção da legislação se não houver uma efetiva participação da comunidade e um trabalho de educação ambiental pouco efetiva se torna a letra da lei.

No ano de 1989, o Decreto n.º 97.633 passou a dispor sobre o Conselho Nacional de Proteção à Fauna, criado pelo artigo 36 da Lei n.º 5.197, de 03 de janeiro de 1967, criando parques e áreas protegidas para o exercício da caça e áreas de lazer, com o intuito de proteção da fauna, fato que é, no mínimo, controverso, pois admitir que uma norma que está criando um

---

<sup>91</sup> Destaca-se: "Art. 1º Fica proibido pescar: I - em cursos d'água, nos períodos em que ocorrem fenômenos migratórios para reprodução e, em água parada ou mar territorial, nos períodos de desova, de reprodução ou de defeso; II - espécies que devam ser preservadas ou indivíduos com tamanhos inferiores aos permitidos; III - quantidades superiores às permitidas; IV - mediante a utilização de: a) explosivos ou de substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; b) substâncias tóxicas; c) aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; V - em época e nos locais interditados pelo órgão competente; VI - sem inscrição, autorização, licença, permissão ou concessão do órgão competente. § 1º Ficam excluídos da proibição prevista no item I deste artigo os pescadores artesanais e amadores que utilizem, para o exercício da pesca, linha de mão ou vara, linha e anzol. § 2º É vedado o transporte, a comercialização, o beneficiamento e a industrialização de espécimes provenientes da pesca proibida." BRASIL. Lei n.º 7.679, de 23 de Novembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L7679.htm>. Acesso em: 21/09/2007.

conselho nacional para a proteção da fauna fixe áreas de “lazer” destinadas a caça que, por certo, não terá como objeto o homem e sim a própria fauna protegida é, assumir institucionalmente a não proteção.<sup>92</sup> Ainda em 1989, dentre as inúmeras Portarias do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Ambientais Renováveis (IBAMA) uma, em especial, merece destaque, a Portaria n.º 1522 (já retificada pela Portaria n.º 221, de 1990)<sup>93</sup> que reconhece a Lista Oficial de Espécies da Fauna Brasileira Ameaçadas de Extinção, uma vez que serve como um alerta (mesmo que tardio) para a finitude da vida animal e concede aos animais arrolados proteção integral, sujeitando aos infratores às penalidades da legislação vigente.

A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais (LCA), dedicou um capítulo aos crimes contra a fauna. São nove artigos dedicados à proteção dos animais não-humanos, em sua maioria voltados para a proteção das espécies silvestres da fauna. Contudo, cumpre ressaltar que a partir da Lei n.º 9.605/98, as atividades danosas cometidas contra a fauna passaram de contravenção para crime, o que para aqueles que buscam a proteção dos animais é uma gigantesca vitória.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Destaca-se: Art. 1: “I - criação e implantação de Reservas e Áreas protegidas, Parques e Reservas de Caça e Áreas de Lazer; II - o manejo adequado da fauna;” BRASIL. Decreto n.º 97.633, de 10 de abril de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D97633.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97633.htm). Acesso em: 23/09/2007.

<sup>93</sup> BRASIL. Portaria IBAMA 1522/1989. Disponível em: [http://www.ibama.gov.br/fauna-silvestre/wp-content/files/port\\_1522\\_89.pdf](http://www.ibama.gov.br/fauna-silvestre/wp-content/files/port_1522_89.pdf). Acesso em: 13/12/2008.

<sup>94</sup> Até o advento da LCA a proteção penal da fauna brasileira se deu por caminhos diversos. A primeira medida de proteção dos animais se deu no Governo de Getúlio Vargas, então Chefe do Governo Provisório, avocando a atividade legiferante, promulgou o Decreto Federal n.º 24.645/1934 que em seu art. 3º elencava um rol extensivo de atividade que disciplinava como maus-tratos (já revogado pelo Decreto Federal n.º 11/1991). Em 3 de outubro de 1941 foi editada a lei de contravenções penais que, em seu art. 64 disciplinava a prática de crueldade contra os animais como contravenção penal (artigo que foi revogado pela LCA).

O artigo 29<sup>95</sup> (BRASIL, LEI 9.605/98) prevê crime com pena de detenção de seis meses a um ano e multa nos casos de morte, perseguição, caça, apanha e utilização de animais, mas somente de animais silvestres nativos ou em rota migratória. Por precisão a LCA definiu o que são animais silvestres no § 3º, dispondo que são todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. Assim, nada impede que se faça criação de animais não-humanos exóticos específicos para a caça. Ou impede?

Para a configuração do crime, de acordo com o art. 29, as seguintes hipóteses deverão ocorrer: a) não existir a licença, permissão ou autorização da autoridade competente, ou, b) a conduta praticada pelo agente estar em desacordo com a licença, permissão ou autorização, se existente (COPOLA, p. 2008). Sendo que o elemento subjetivo é o dolo.

O artigo 32<sup>96</sup> da Lei dos Crimes Ambientais proíbe a prática de ato abusivo, de maus tratos, de ferir ou de mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos<sup>97</sup>. Caso ocorra o crime a pena é de

---

<sup>95</sup> Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm). Acesso em: 23/09/2007.

<sup>96</sup> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm). Acesso em: 23/09/2007.

<sup>97</sup> Copola (2008, p. 88) elucida que: "os animais domesticados são aqueles que apesar de não terem nascido para viver no mesmo habitat que o homem, podem adaptar-se a tal meio, dependendo da ação do homem" (existem animais que nascem domésticos? Seria, então a domesticação uma questão de natureza?). A autora sustenta, ainda, que os animais

detenção de três meses a um ano, e multa, o que, de fato, é irrisório. O § 1º<sup>98</sup> do artigo 32 aponta que incorrerá nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos, dispositivo que parece ser ignorado quando se verifica a existência de uma outra norma (dentro do mesmo ordenamento jurídico) que disciplina a vivissecção, como é o caso da Lei Arouca, uma lei insciente. Com efeito, a prática da crueldade contra os animais não-humanos é vedada expressamente pela Constituição Federal de 88 (art. 225, § 1, VII), e pelo supracitado art. 32 da Lei de Crimes Ambientais.

Cumprido destacar que, há um Projeto de Lei (PL) em tramitação no Congresso Nacional, sob o número 4548<sup>99</sup>, de 1998, da autoria do Deputado Federal José Thomaz Nonô, do PSDB de Alagoas, que pretende alterar a LCA, excluindo das sanções penais a prática de atividade com animal doméstico ou domesticado. O PL-4548/1998 foi, em 23 de abril de 2009, analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados e emitido parecer pela aprovação nos quesitos constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito. O que causa em um primeiro momento, no mínimo, estranheza no que concerne ao procedimento legislativo, pois o PL-4548/1998 foi submetido a três pareceres parciais de relatores da CCJ. O primeiro parecer, do Deputado

---

nativos são "todos aqueles pertencentes ao nosso ecossistema, e os animais exóticos, por outro lado, são todos os provenientes de outro ecossistema". Não pode-se olvidar, no entanto, que o Brasil possui inúmeros ecossistemas quando se for analisar o conceito de animais nativos e exóticos.

<sup>98</sup> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm). Acesso em: 23/09/2007.

<sup>99</sup> PL 4548/98, em anexo a presente pesquisa.

Federal Bosco Costa considerou o PL-4548/1998 inconstitucional e opinou pela rejeição, o segundo parecer, do Deputado Federal Regis de Oliveira, também opinou pela inconstitucionalidade e pela rejeição, surpreendentemente, em 2 de abril de 2009, o mesmo Deputado relatou pela constitucionalidade e pela aprovação, sendo este o resultado final do parecer da CCJ. Em um segundo momento, a estranheza se dá pela manifesta inconstitucionalidade do PL proposto, pois o inciso VII, do § 1º, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 disciplina de forma expressa que estão vedadas “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Atualmente foi interposto um recurso ao parecer da CCJ, pelo Deputado Federal Ricardo Tripoli com o escopo de ver considerado inconstitucional o PL 4548<sup>100</sup>.

Vale advertir que, enquanto o Poder Legislativo não alterar a norma, outras condutas contras os animais não-humanos são reputadas cruéis, para além do que estão dispostos no art. 32 da LCA e podem ser anunciadas da seguinte forma, segundo o que se entende: a caça esportiva amadora não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988; a caça profissional, que foi expressamente proibida pelo art. 2º, da Lei n. 5.197/67; a caça científica sem licença especial é considerada crueldade e proibida, conforme o art. 14 da Lei n. 5.197/67; o abate de animais para o consumo não realizado nos termos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (que já é uma Declaração que busca apenas o bem-estar animal); a ferra do boi, que é proibida pelo art. 225, § 1, VII da CF/88 e já foi julgada inconstitucional pelo STF em Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC; a briga de galo, que também já foi proibida pelo STF, através da ADIN-MC 1856-6/RJ; os rodeios e vaquejadas; a utilização de animais em circos, que constitui contravenção penal, conforme disciplina o

---

<sup>100</sup> Recurso interposto ao PL 4548/98, em anexo a presente pesquisa.

art. 64, § 2, do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) e mantido pela LCA; a posse de animais de estimação da fauna silvestre, que constitui crime (ressalvada a situação prevista na Resolução do CONAMA n. 394/2007, que estabelece os critérios a serem considerados na determinação das espécies da fauna silvestre, cuja criação e comercialização poderá ser permitida, como animais de estimação); e, a venda de animais vivos em mercados e feiras ilegais.<sup>101</sup>

Contudo, apesar de toda a tipificação e proteção prevista na legislação penal, como pode se observar, as penas são baixas e passíveis de serem substituídas por multas e, ainda, são crimes que envolvem detenção e não reclusão em caso de condenação. Cumpre ressaltar que na perspectiva do direito penal a existência da inequívoca vinculação entre os deveres de proteção e a teoria dos bens jurídicos fundamentais é um elemento legitimador da intervenção do Estado. Dessa feita, cabe aqui a aplicação da lição de Sarlet (2008c) acerca da dupla via do princípio da proporcionalidade<sup>102</sup>: ou seja, o legislador e o juiz entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. Assim, o Estado, por meio de um de seus agentes, pode afetar, desproporcionalmente, um direito fundamental. Vale a advertência que

Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nessa perspectiva, atuam como direitos de defesa, no

---

<sup>101</sup> Ver sobre o tema COPOLA, Gina. **A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>102</sup> Uma das lições que resta a respeito do princípio (postulado?) da proporcionalidade é a proferida por Freitas ao afirmar que: "o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações do princípio" (FREITAS, J., 1997, p. 56).

sentido de proibições de intervenção (SARLET, 2008c, p. 150).

Na medida em que o autor aponta, o princípio da proporcionalidade atua na sua faceta de proibição de excesso, tópico que dispensa apreciação, haja vista não ser de excesso o mal que assola a Lei Penal do Ambiente (LCA), surge a necessidade de se refletir acerca da omissão.

Com efeito, a outra banda ocorre quando o Estado frustra o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, “ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos” (SARLET, 2008c, p. 150). Nessa via da proporcionalidade, contrapondo a proibição de excesso, que a doutrina batiza a proibição de insuficiência (“no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado”) (SARLET, 2008c, p. 150), Sarlet (2008c, p. 150) sustenta que “o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção”.

Dessa feita, para realizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a ótica da proibição de proteção insuficiente (já que se crê que é essa a questão da Lei de Crimes Ambientais), deve-se utilizar à análise de três etapas (CALLIESS apud SARLET, 2008c): a) se a medida adotada é eficaz para a proteção do bem protegido; b) sendo afirmativa a primeira resposta, é caso de averiguar se existe medida mais eficaz e menos interventiva em bens de terceiros; c) afirmativa a resposta anterior, é necessário investigar se o impacto das ameaças e dos riscos pode ser tolerado pela coletividade em face da necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos. Esse raciocínio escalonado, trifásico, que se realiza para se alcançar o juízo de proporcionalidade de uma determinada medida questionada está envolvendo, portanto, em síntese: os exames de adequação



(idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Diante disso, após a análise, “o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto” (FELDENS, 2005, p. 161). O que se tem de ter em mente quando se aborda a questão do princípio da proteção deficiente, como sustenta Feldens (2005), ou, princípio de proibição de insuficiência como denomina Sarlet (2008c), é que o objeto de controle da constitucionalidade é uma abstenção legislativa (quando for o caso da omissão da proteção), ou seja, não está cumprindo um dever de proteção, ou de uma norma legal existente, mas que não protege o direito fundamental ou que o protege deficientemente, uma vez que não permite sua realização na maior medida possível. Contudo, é imperioso frisar que não se está desmerecendo, nem se está, aqui, renunciando ao valor da Lei de Crimes Ambientais. No entanto, muitas de suas penas, efetivamente, pouco ou nada dizem no que concerne a inibir o detratador do bem ambiental.

Em 2000, o Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV da Constituição Federal de 1988, e tendo em vista o disposto na Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), firmada em Washington, em 03 de março de 1973, aprovou o Decreto n.º 3.607. A CITES é uma convenção extremamente controversa, haja vista a permissão e legitimação do comércio de animais, sob o apelo do controle. A referida convenção estabelece as medidas de controle pelos países importadores e exportadores e dispõem quais são as obrigações das autoridades administrativas e científicas quando existir transação comercial envolvendo animais não-humanos. Cumpre ressaltar que é norma importante para o Brasil,

uma vez que o País se encontra numa das maiores rotas de tráfico de animais silvestres do mundo.<sup>103</sup>

Ao lado da regulação do quesito lazer e diversão dos animais humanos em face dos animais não-humanos, tem-se a legislação dos jardins zoológicos, já apontada anteriormente, e, mais recentemente, a normatização das atividades de rodeio e provas de montaria em 2002, pela Lei n.º 10.519, de 17 de julho.

A Lei apresenta uma abordagem nitidamente antropocentrista, cuja preocupação é a regulação na atividade de lazer no qual o animal humano demonstrará a sua destreza sobre o animal não-humano. Contudo, para tanto, não poderá fazê-lo sofrer, conforme se depreende da interpretação do artigo 1º e seu §<sup>104</sup>, pois se o “atleta” deverá ser um perito na sua atividade, não poderá sujeitar o animal (seu parceiro) à crueldade. Contudo, mesmo assim os animais são molestados de alguma forma.

Nesse sentido, a brutalidade da atividade desenvolvida é tamanha que o legislador teve o cuidado de especificar que os animais utilizados nessas atividades não poderão ser molestados, nem mesmo machucados de nenhuma forma e, para tanto, descrevem, com

---

<sup>103</sup> O tráfico de animais representa hoje, ao lado das drogas proibidas e de armas, um das fontes principais de renda ilícita dos criminosos. Desta forma, combater a guarda de animais silvestres em cativeiros, por menor que seja a quantidade de animais, é dever do Poder Público. O Brasil é um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido a sua imensa biodiversidade. Os traficantes movimentam cerca de 10 a 20 bilhões de dólares em todo o mundo, colocando o comércio ilegal de animais silvestres na terceira maior atividade ilícita do mundo, perdendo apenas para o tráfico de drogas e de armas. O Brasil participa com 15% desse valor, aproximadamente 900 milhões de dólares. Disponível em: [WWW.ambientebrasil.com.br](http://WWW.ambientebrasil.com.br) Acesso em: 01.02.2006.

<sup>104</sup> Destacam-se: „Art. 1º A realização de rodeios de animais obedecerá às normas gerais contidas nesta Lei. Parágrafo único. Consideram-se rodeios de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal.” BRASIL. Lei n.º 10.519, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/2002/L10519.htm>. Acesso em: 23/09/2007.

por menores, as proteções e impedimentos, quais sejam: os apetrechos utilizados nas montarias não poderão causar injúrias nos animais, nem mesmo ferimentos. As cintas e barrigueiras devem ser confeccionadas com dimensões adequadas a ponto de garantir conforto ao animal não-humano. É vedado o uso de esporas com rosetas pontiagudas e aparelhos que provoquem choques elétricos para instigar os animais, dentre outras atividades de proteção<sup>105</sup>. E, mesmo assim, em caso de descumprimento a multa pecuniária é ínfima e as outras infrações que podem levar até a suspensão definitiva do rodeio, não estabelece a gradação, deixando para as legislações estaduais a aplicação e a fiscalização.

O Decreto n.º 4.810, de 19 de agosto de 2003, estabelece as normas para operação de embarcações pesqueiras nas zonas brasileiras de pesca, alto mar e por meio de acordos internacionais, e dá outras providências. O artigo 1º do Decreto estabelece o que são as zonas brasileiras de pesca (mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva). Cumpre salientar que, de todo o Decreto, seguindo a linha do Código de Pesca (Decreto n.º 221, de 1967), o diploma é tremendamente antropocêntrico, voltado para política econômica, tendo apenas um artigo preocupado com as questões ecológicas e ambientais da pesca.

Em 2004, o Decreto n.º 4.998 alterou o artigo 2º do Regulamento da Organização, Funcionamento e

---

<sup>105</sup> Vide: "Art. 4º Os apetrechos técnicos utilizados nas montarias, bem como as características do arreamento, não poderão causar injúrias ou ferimentos aos animais e devem obedecer às normas estabelecidas pela entidade representativa do rodeio, seguindo as regras internacionalmente aceitas. § 1º As cintas, cilhas e as barrigueiras deverão ser confeccionadas em lã natural com dimensões adequadas para garantir o conforto dos animais. § 2º Fica expressamente proibido o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou qualquer outro instrumento que cause ferimentos nos animais, incluindo aparelhos que provoquem choques elétricos. § 3º As cordas utilizadas nas provas de laço deverão dispor de redutor de impacto para o animal." BRASIL. Lei n.º 10.519, de 17 de julho de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10519.htm). Acesso em: 23/09/2007.

Execução dos Registros Genealógicos de Animais Domésticos no País, aprovado pelo Decreto nº 58.984, de 3 de agosto de 1966. O referido artigo define animais domésticos para o ordenamento jurídico brasileiro da seguinte forma: “são considerados animais domésticos, para os efeitos deste Regulamento, as seguintes espécies: asinina, bovina, bubalina, eqüina, suína, ovina, caprina, canina, leporina e outras de interesse zootécnico e econômico, assim definidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento”. O diploma, que tutela acerca dos animais domésticos no Brasil, está preocupado com a questão do registro e não com o cuidado e com as inter-relações.

Urge observar que, apesar das inúmeras normas aqui comentadas nem todas, como se pode observar alude a proteção do animal não-humano sob a ótica sensocentrista ou mesmo, antropocentrista moderada. Muitas das normas de “proteção dos animais” existentes, na realidade, apontam para uma inexistência legislativa, haja vista a lacuna normativa no que concerne ao conteúdo das mesmas. Um Estado que está em busca de um novo marco referencial, de um novo paradigma, um Estado que busca se identificar como um Estado Socioambiental, que é capaz de produzir uma Constituição com o conteúdo ambiental de proteção como a Constituição Federal de 88, deve galgar o próximo passo e, efetivamente, produzir normas que protejam os animais não-humanos reconhecendo-os como seres sencientes.

### **3 O AMBIENTE COMO BEM JURIDICAMENTE FUNDAMENTAL**

Com efeito, uma compaixão sem limites que nos une a todos os seres vivos, eis o mais sólido, o mais seguro garante da moralidade: com ele, não é necessária a casuística. Quem a possua será bem incapaz de causar danos a alguém, de violentar alguém, de fazer mal a quem quer que seja; para com todos, ele terá antes magnanimidade, perdoará, auxiliará com todas as suas forças, e cada uma das suas ações será marcada do lado da justiça e da caridade. [...] mas, por mim, não sei de mais bela oração do que aquela que os anciãos hindus se servem para encerrarem os seus espetáculos (como fazem hoje em dia os ingleses no final de sua oração pelo rei). Eles dizem: Possa tudo o que tem vida ser livrado do sofrimento (SHOPENHAUER, 2006, p. 78).

#### **3.1 Considerações preliminares**

É enfática a importância da proteção do meio ambiente para a própria sobrevivência da humanidade, e verifica-se também, que o ordenamento jurídico – competente para tutelar o interesse público – há que dar resposta coerente e eficaz para essa nova necessidade social (SILVA, J., 2004). Em decorrência, portanto, desse novo anseio comunitário e universal acabou por ser reconhecido um novo direito fundamental, tendo como objeto justamente a proteção jurídica do meio ambiente na condição de bem fundamental.

O direito a proteção do ambiente é um direito portador de uma mensagem de interação entre o animal humano e a natureza, com o escopo de alcançar-se um pacto de harmonia e de equilíbrio. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é disposto e estruturado como um direito fundamental que tem por essência a sadia qualidade de vida; e, tem como meta, “a defesa dos recursos ambientais de uso comum, ou seja, o patrimônio da humanidade, necessários para uma vida digna” (TEIXEIRA, 2006, p. 67).

Pelo prisma constitucional, o ambiente constitui-se em bem jurídico fundamental tutelado pela Constituição Federal de 88<sup>106</sup>. Tendo em conta a sua expressa presença no texto constitucional, mas fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), passa-se, nessa parte do trabalho, a buscar uma fundamentação jurídico-constitucional adequada para que se possa, na esteira do que já vem entendendo boa parte da doutrina<sup>107 108</sup> e jurisprudência<sup>109</sup>, ser a proteção do meio

---

<sup>106</sup> Conforme o entendimento de Vasco Pereira da Silva (2002, 63-64) os bens jurídicos fundamentais consubstanciam-se, ou seja, projetam-se na atuação cotidiana de aplicação e de concretização do direito e “para além de imporem objetivos e finalidades que não podem ser afastados pelos poderes públicos e que é a sua tarefa sustentar”.

<sup>107</sup> Entre os doutrinadores nacionais podemos citar, dentre outros, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005c e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999a. Na doutrina estrangeira salienta-se, como exemplo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>108</sup> Teixeira (2006, p. 67) defende que “a proteção ambiental projeta-se direta ou indiretamente no domínio dos direitos fundamentais e relaciona-se diretamente com a própria dignidade da vida em Estado Democrático de Direito”.

<sup>109</sup> Os Tribunais brasileiros já têm respondido a demandas de caráter ambiental, por intermédio das quais a sociedade busca a proteção do meio ambiente.

ambiente reconhecida como direito (e essencialmente como dever) fundamental da pessoa humana na nossa ordem constitucional. E, em decorrência dessa análise, alcançar o reconhecimento da proteção dos animais não-humanos como um direito e, essencialmente, um dever fundamental.

Dessa feita, aderir à tese da proteção do ambiente como bem jurídico fundamental significa, para além de retirá-lo da esfera de discricionariedade dos poderes constituídos, entre outras coisas: que o legislador tem “o dever de emitir as normas necessárias à realização dos princípios e das disposições constitucionais relativas ao ambiente” (SILVA, V., 2002). Dever esse que, se não for devidamente cumprido pelo legislador implica a existência de uma inconstitucionalidade por omissão (SILVA, V., 2002) e, ainda, no caso brasileiro, assumindo a existência de um direito subjetivo ao ambiente, implica a possibilidade da utilização do instituto processual do mandado de injunção (dimensão objetiva). Atesta, ainda, que a Administração está vinculada pelas normas e princípios constitucionais em matéria ambiental, uma vez que “o princípio da legalidade da atuação administrativa não significa apenas a submissão à lei, mas ao direito no seu conjunto” (SILVA, V., 2002, p. 64). E, por último, mas não menos importante, advém o Estado seu braço jurisdicional os tribunais devem concretizar as normas e os princípios constitucionais em matéria ambiental, “tanto no que respeita à interpretação e integração das lacunas da lei quanto na ponderação de valores e de interesses” (SILVA, V., 2002, p. 65), seguindo a linha do que Canotilho denomina de a interpretação mais amiga do ambiente.

Silva (2002) defende, portanto, e aqui se faz coro, a dupla natureza do direito do ambiente, tanto como direito subjetivo como estrutura objetiva da coletividade e afirma que

É esta dimensão subjetiva que não apenas constitui a ‘chave’ dogmática

para a construção de um sistema de Direito do Ambiente que inclua as relações públicas e privadas e que permita a realização de uma ponderação equilibrada dos diferentes valores e interesses presentes na questão [...] (SILVA, V., 2002, p. 84).

Nessa linha, merecem registro decisões tomadas pelos Tribunais brasileiros a demandas de caráter ambiental, por intermédio das quais a sociedade busca a proteção do meio ambiente. Como exemplo, destaca-se:

As praias são bens públicos e devem ser preservados para uso comum do povo. Todo e qualquer ato causador de degradação ao meio ambiente estará sujeito à intervenção e controle do Poder Público tal como assegura a CF em vigor (art. 225). As construções de bares sem as mínimas condições higiênicas, em plena orla marítima não só prejudicam o bem estar da coletividade quando degradam o meio ambiente. Padecem de nulidade os atos praticados pela Prefeitura do Município, que permitiu a edificação dos referidos bares em terrenos de marinha, pertencentes à União Federal, sem autorização legal (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 5ª Região, REO AC 26.101).<sup>110</sup>.

As demais regiões do País seguem a mesma linha do julgado do TRF da 5ª Região, protegendo o ambiente, considerando o bem ambiental como bem de uso comum do povo. O TRF da 4ª Região é conhecido por defender um "Estado constitucional ecológico" e a qualidade da

---

<sup>110</sup> REO AC 26.101 – PE – 3ª T. – Rel. Juiz José Maria Lucena – DJU 10.03.1995.



vida humana como o principal objetivo a ser atingido quando a questão discutida é a proteção do ambiente. Esse desiderato é buscado a partir dos princípios fundamentais estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal de 88, cuja pauta axiológica central tem como base a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O conceito de meio ambiente tutelado pelo Estado socioambiental não é um conceito apenas naturalista, envolve o ambiente em sentido amplo com todas as circunstâncias exteriores (econômicas, sociais e culturais) que influenciam direta ou indiretamente na qualidade da vida humana. O meio ambiente é um dos bens jurídicos mais caros e preciosos para o ser humano, especialmente nos tempos em que se vive, tendo em vista que a vida nunca esteve tão ameaçada (inundações, extinção da camada de ozônio, falta de água potável e energia, chuva ácida) pelo risco da falta de bens indispensáveis. Trata-se de um dos direitos humanos mais relevantes e merece proteção em escala mundial. Possui, também, status de direito fundamental à medida que constitui a principal forma de concretização da dignidade da pessoa humana, sua existência e qualidade de vida. O Estado constitucional com vertentes ambientais e sociais impõe uma redefinição do conteúdo dos direitos de feições individualistas, os quais devem estar também a serviço de toda a coletividade. O direito de propriedade, por exemplo, deve ser exercido em consonância com suas finalidades socioambientais, sob pena de não estar legitimado e protegido constitucionalmente.<sup>111</sup> Reconhecer que a propriedade

---

<sup>111</sup> Podem-se referir os artigos 182 e 186 da Constituição Federal de 1988 que, respectivamente, dispõem: "art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes." e "art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em

tem uma função social é justamente não tratá-la como um ente isolado na sociedade, é não reconhecê-la como vítima, nem permitir, por exemplo, “que a fruição da propriedade legitime a emissão de poluentes que vão invadir a propriedade de outros indivíduos”, uma vez que “além do fator social, há o componente ambiental” (MACHADO, P., 2009, p. 156).

O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, tem a função proeminente de fazer valer esse comando constitucional e também de tutelar o meio ambiente com a utilização da função promocional do direito. A construção desse novo paradigma, inclusive nas decisões do Poder Judiciário, depende da redefinição de dogmas individualistas dos últimos séculos, a exemplo da sacralização do direito à propriedade privada<sup>112</sup>.

Superada essa parte, ocupa-se em analisar o significado e as funções desse direito fundamental, considerando, ainda, aspectos ligados à sua titularidade e à sua eficácia jurídico-normativas para, depois, adentrar na dimensão da proteção ambiental como um dever fundamental. Isso se dá em face da Constituição Federal de 88 impor, ao Estado e à sociedade, o dever de

---

lei, aos seguintes requisitos: [...] II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

<sup>112</sup> Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão, enfatizando a questão de que havendo a colisão entre os direitos de cunho individuais de primeira dimensão e os de cunho transindividuais de terceira dimensão, como é o caso da proteção da natureza em face da propriedade, a proteção da natureza deverá prevalecer: “É com o direito fundamental de propriedade que o direito ao meio ambiente equilibrado vai experimentar as maiores tensões. O Poder Judiciário deve reconhecer que o caráter absolutista dos direitos não pode mais ser aceito na atualidade, hoje os direitos de cunho individualista devem ser reconhecidos com certa relativização a fim de contemplar os interesses da coletividade. [...]. Por sua natureza e dimensão, os novos direitos e em especial os ambientais estão sempre em rota de colisão com outros direitos e interesses, fato este que exige do intérprete uma ponderação de valores com perspectiva multitemática para compatibilizar os rigores do princípio da legalidade (direito estrito) com a riqueza do caso concreto, sempre na busca de resultados mais satisfatórios socialmente”. (BRASIL, TRF4, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – Processo n.º 2008.04.00.030473-5 – julgado em 09/10/2008).

preservar e proteger o meio ambiente em todos os lugares e tempos para todas as gerações vindouras.

### **3.2 Direito fundamental à proteção ambiental: fundamentação jurídico-constitucional**

Na esteira do que se observa se pode afirmar que, ao longo de toda a Constituição Federal de 88, existem, de forma bem definida, direitos fundamentais disciplinados no âmbito do catálogo constitucional disposto em todo o Título II da Lei Fundamental.

Parte-se do pressuposto de que, em decorrência do sistema materialmente aberto dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 88 o direito à proteção ambiental é um direito fundamental. E, em virtude do mesmo motivo é também fundamental um dever fundamental, ambos previstos expressamente no artigo 225 da Constituição Federal de 88 que assim disciplina:

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.

Dessa forma, o *caput* do artigo 225 determina, numa leitura *prima facie*, que a expressão “todos têm direito” anuncia um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.<sup>113</sup> É essencial salientar que no que tange a

---

<sup>113</sup> Paulo Affonso Leme Machado ainda acrescenta que o exercício do direito subjetivo ao ambiente (uma projeção objetiva) se faz por meio do exercício da ação popular ambiental (2009, p. 127). Sobre a matéria ver FENSTERSEIFER, 2008; MACHADO, P., 2009; MEDEIROS, 2004 e

análise da dupla dimensão (subjetiva e objetiva) do direito fundamental de proteção ao meio ambiente, será analisado em momento oportuno.

De acordo com o que foi exposto anteriormente, a norma constitucional prevista no parágrafo 2º, do artigo 5º revela a possibilidade da existência de direitos fundamentais, ou mesmo dos deveres fundamentais, tanto em sentido formal quanto material, mesmo para além dos previstos no Título II de nossa Constituição Federal de 88 (SARLET, 2009). Quando a norma constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 88 não excluem outros, permite a aceitação da existência de direitos fundamentais fora do catálogo e até mesmo fora do corpo da Constituição formal.

A configuração de sua fundamentalidade resulta de sua identificação e reconhecimento com os valores que compõem o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana e do Estado de Direito brasileiro (FENSTERSEIFER, 2008). Partindo dessa perspectiva, os direitos fundamentais se constituem em uma norma aberta incluindo, de forma agregadora, “todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõem no horizonte da ação humana”, considerando a possibilidade de direitos fundamentais, mesmo fora do corpo constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 404). Dessa feita, Canotilho considera “como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais” (1998, p. 404). Nessa seara, os direitos fundamentais são materialmente fundamentais porque com a ajuda deles (e pela própria existência de tais direitos) se tomam decisões acerca da estrutura normativa de um Estado e da sociedade que o compõe (ALEXY, 1997, 2008).

Da situação criada advém a necessidade de integrar a preservação do ambiente no âmbito da

proteção subjetiva e esse fato só se dará mediante o recurso aos direitos fundamentais (SILVA, V., 2002). Defende-se que somente a consagração de um direito fundamental ao ambiente (expressa ou implicitamente) pode-se garantir a adequada defesa contra agressões ilegais (ou mesmo legais), provenientes quer de entidades públicas, quer de privadas, na esfera individual protegida pelas normas constitucionais.

Na busca de uma sustentação teórica de um Direito Fundamental à proteção do Meio Ambiente, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência consideram, indubitavelmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um Direito Fundamental em nosso regime constitucional (ANTUNES, P., 2000).

A Carta Federal de 1988, em seu artigo 225<sup>114</sup>, por meio de mandamento expreso pela soberania

---

114 O **artigo 225** da CF/88 possui, ainda, em sua estrutura 6 parágrafos que disciplinam – constitucionalmente – o que reza o *caput* do referido artigo: "**§ 1º**. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: **I** – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; **II** – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; **III** – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; **IV** – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; **V** – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; **VI** – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; **VII** – proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. **§ 2º**. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. **§ 3º**. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. **§ 4º**. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a

popular, impôs ao legislador e, principalmente, ao aplicador do Direito, uma vez que o intérprete é o último sujeito a positivizar a norma ao dar concretude ao disciplinado pela norma disposta no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 88 (FREITAS, 1998).<sup>115</sup>

Portanto, o intérprete constitucional ao realizar a exegese das normas fundamentais deve levar em consideração o sentido atual e vigente do disposto na Constituição, uma vez que sua função ao interpretar a norma é assegurar a sua efetividade social. Nesse sentido, interpretar as normas significa atribuir as mesmas a melhor significação possível, dentre as várias possíveis, hierarquizando-as, num todo aberto e determinando-lhes o alcance (FREITAS, 1998). A idéia central, portanto, é superar as antinomias, solucionando os casos concretos. A condição de aperfeiçoar a norma é inerente à interpretação por parte do ordenador do direito, sendo uma condição implícita ao ordenamento. Nessa linha, a positivação e a eficácia social são resultantes de uma co-responsabilidade de todos.

Ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico fundamental passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana e, ao fim e ao cabo, se desenvolve a vida sob todas as suas formas. Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais encontram

---

*Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”.*

<sup>115</sup> Freitas (1998, p.151) no que diz: “O sistema, em sua abertura (...) não prospera senão no intérprete em sua idêntica abertura e vocação para ser o positivador derradeiro do Direito”.

seu fundamento no princípio da dignidade, mesmo que de modo e intensidade variáveis<sup>116</sup>.

Dessa forma, a proteção ao Ecossistema no qual se está inserido, e do qual se faz parte<sup>117</sup>, foi concebida para respeitar o processo de desenvolvimento econômico e social, ou seja, com o escopo de conservação/alterações produzidas por decisão democrática socioindividualmente constituída para que o ser humano desfrute de uma vida digna, e somente assim deve ser interpretado. Assim, o intérprete do direito deve procurar aglutinar os melhores princípios e valores da sociedade no período temporal vigente (FREITAS, 1998). A esse respeito, Sarlet argumenta que

[...] sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e vida humana com dignidade (2001, p. 35).

---

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.81-2 e v. também MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.IV, p.181 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p.102, quando diz que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

<sup>117</sup> Quando se afirma que além de se estar inserido no ambiente natural se faz parte dele, significa dizer que o homem não está desvinculado ou apartado do meio, o homem faz parte do meio tal como um igual a qualquer outro ser vivo, é parte da teia da vida.

É indubitável, portanto, que toda a matéria relacionada, direta ou indiretamente, com a proteção do ambiente, projeta-se no domínio dos direitos fundamentais<sup>118</sup>. Essa vinculação ocorre, não somente pela inserção sistemática do meio ambiente no âmbito dos direitos fundamentais, mas, principalmente, por ser o Estado Democrático de Direito a garantia, a promoção e a efetivação desses direitos.

Pode-se qualificar, nessa seara, o direito à proteção ambiental como um legítimo direito fundamental, uma vez que diz diretamente com a própria dignidade da vida. Os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição, e os direitos fundamentais são, na verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente na Constituição Federal de 88 (SARLET, 2001). Assim, como legítimo protetor da dignidade da pessoa humana e, muito além, como legítimo protetor da dignidade da vida como um todo, o direito à proteção ambiental é, indubitavelmente, um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse entendimento é manifestado não apenas no Brasil, como também em diversos outros ordenamentos jurídico-constitucionais e nos tratados e convenções de Direito Internacional. Nesse sentido, que “em nível internacional, a defesa do meio ambiente foi fundamentada na instrumentalização”, ou melhor, na efetivação do direito à vida (TEIXEIRA, 2006, p. 37).

---

<sup>118</sup> Matéria já defendida pela doutoranda quando na defesa do Mestrado e rendido a publicação MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



### **3.3 Eficácia e efetividade das normas contidas no artigo 225 da Constituição Federal de 88: considerações**

As concepções doutrinárias<sup>119</sup> que envolvem os conceitos de eficácia e efetividade das normas constituem um campo fértil de investigação jurídica, considerando-se a complexidade do tema e as incertezas conceituais que envolvem os termos (SILVA, J., 1999). O presente estudo enfoca a questão da eficácia e da efetividade das normas constitucionais essencialmente no que concerne à norma constitucional que prevê a proteção do meio ambiente, elencadas no artigo 225 da Constituição Federal de 88. Os conceitos de eficácia e efetividade formam um fenômeno conexo, porém diferenciado na abordagem dos objetivos e dos efeitos potencialmente produzidos pela norma constitucional.

A efetividade significa saber se a norma produz “*efetivamente*” os efeitos dela esperados, representa a eficácia social (SILVA, J., 1999b). Quando se empregam no mundo dos fatos os objetivos jurídicos potencialmente incutidos na norma pelo legislador, diz-se que foi alcançada a efetividade. É a aplicação da norma ao caso concreto. A norma, então, será considerada efetiva no momento em que a produção dos efeitos jurídicos esperados forem efetivamente cumpridos no plano social. A eficácia social, portanto, significa a real efetivação da norma e significa que a norma está efetivamente regendo a realidade social nela descrita (SILVA, J., 1999b).

De acordo com Barroso (1996) a efetividade também pode ser entendida como sendo, a forma de conceder concretude a norma, o efetivo desempenho de

---

<sup>119</sup> Dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005c e SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999b.

sua função social. A efetividade representa a materialização dos preceitos legais, das normas, no mundo da vida, no mundo dos fatos, e simboliza uma aproximação entre o “dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1996, p. 83).

Já a eficácia da norma, ou eficácia jurídica, refere-se à sua potencialidade no cumprimento e aplicação dos objetivos delineados pelo legislador<sup>120</sup>. A norma só é aplicável na medida em que é eficaz, por conseguinte a eficácia e a aplicabilidade<sup>121</sup> das normas constitucionais representam diferentes faces do mesmo fenômeno: a primeira como potencialidade e a segunda como realizabilidade (SILVA, J., 1999b). O conceito de Meirelles Teixeira (apud SILVA, J., 1999b)<sup>122</sup> demonstra com exatidão a idéia inserida no termo. Nesse sentido, ao focar a eficácia jurídica deve-se avaliar o plano abstrato da norma, uma vez que sua razão de ser “consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes” (SARLET, 2005, p. 210).

Em suma, pode-se assentir que o instituto da eficácia na ciência jurídica consubstancia-se em dois sentidos. De um lado, observa-se a existência da eficácia social da norma, quando esta designa uma efetiva conduta em concordância com a prevista na norma, referindo-se ao fato de que essa é realmente obedecida e aplicada. Conforme Kelsen (1998, p. 21) refere-se ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida da circunstância de uma conduta humana conforme à

---

<sup>120</sup> Admitindo que também aqui se parte da referida distinção entre texto e norma e que em um texto pode haver mais de uma norma com eficácias diversas.

<sup>121</sup> O referido jurista brasileiro, José Afonso da Silva, entende por aplicabilidade a qualidade do que é aplicável, dispondo que no sentido jurídico, diz-se da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos.

<sup>122</sup> Meirelles Teixeira, J. H. . Curso de Direito Constitucional, p. 317 apud SILVA, J. (1999b, p. 66): “eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”

norma se verificar na ordem dos fatos". Em resumo, trata-se da efetividade da norma. De outra feita, a eficácia jurídica representa apenas a possibilidade de que isso possa acontecer. Eficácia social (efetividade) é, portanto, o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; é "a circunstância de que uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos" (SILVA, J., p. 64).

As normas jurídicas e, principalmente, as normas jurídicas constitucionais, são criadas para reger as condutas humanas, para ordenar as relações sociais, e as normas só podem alcançar seu objetivo se forem aplicadas. No entendimento de Maximiliano (1998), a aplicabilidade consiste ao enquadramento da norma jurídica adequada ao caso concreto. Assim, é possível submeter às relações da vida real às normas, ou seja, a aplicabilidade tem por objeto descobrir os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

No que tange o estudo em questão, o dever fundamental de proteção do ambiente, urge salientar que se trata de um dever constitucional. Portanto, parte-se da premissa basilar de que não existe norma constitucional destituída de eficácia<sup>123</sup>. Todas as normas constitucionais produzem efeitos jurídicos, uma vez que toda a Constituição nasce para ser aplicada e regular a vida estatal e em sociedade. Pode-se afirmar, desta forma, que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia.

Nesse sentido, apesar de ser virtualmente pacífico o entendimento de que não há na Constituição normas destituídas de eficácia, o que se pode admitir é que, no concernente a ela, certas normas constitucionais não

---

<sup>123</sup> Conforme Sarlet (2008, p. 267) "todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa".

manifestam a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte.

A garantia da força normativa da Constituição não é tarefa fácil, elaborando a seguinte digressão:

[...] se a Constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança e expectativas de comportamentos (CANOTILHO, 1998, p. 1050).

Silva (1999b) divide em três grupos as normas constitucionais quanto à sua eficácia: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e, c) normas constitucionais de eficácia limitada. Sendo que essa última categoria ainda pode ser dividida, de acordo como o referido autor, em normas de legislação e normas programáticas<sup>124</sup>.

Nas normas constitucionais de eficácia plena estão incluídas todas as normas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem todos os seus efeitos jurídicos essenciais ou, pelo menos, têm capacidade para produzi-los, alcançando todos os objetivos visados pelo legislador constituinte. Isso se dá porque o legislador criou para essas normas uma força normativa suficiente, incidindo diretamente (e indiretamente) sobre a matéria que lhes constitui objeto.

Quanto às normas de eficácia contida, pode-se conceituá-las como sendo aquelas que incidem, ao lado das normas de eficácia plena, imediatamente e produzem, ou estão aptas a produzir, todos os efeitos

---

<sup>124</sup> Adota-se aqui a classificação de J. A. da Silva, mesmo havendo outras na esteira expressiva da doutrina e da jurisprudência, como é o caso da classificação de Meirelles Teixeira.

desejados, mas prevêem a possibilidade de que os efeitos de normas possam ser restringidas ou contidas em momento posterior (meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites) (SILVA, J., 1999b).

Já as normas de eficácia limitada são, ainda de acordo com o referido autor, todas aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, haja vista o legislador constituinte não ter estabelecido uma normatividade bastante para a aplicabilidade, deixando uma tarefa ao legislador ordinário (ou a outro órgão do Estado).

Dessa forma, pode-se dizer que as normas de eficácia plena têm aplicabilidade direta e imediata sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, as normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta e mediata, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes devolva a eficácia. As normas de eficácia contida se assemelham às de eficácia plena por também possuírem aplicabilidade direta e imediata, contudo essa aplicabilidade pode não ser integral porque estão sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade (SILVA, J., 1999b).

Quando do trato do tema relativo à efetividade e à eficácia das normas constitucionais ambientais, conferindo maior atenção ao artigo 225 da Carta Constitucional, devem-se necessariamente abordar como estas normas são juridicamente classificadas e que espécies de eficácia e efetividade podem gerar<sup>125</sup>.

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional da teoria clássica que não se adota a conformação jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentre eles o

---

<sup>125</sup> Podemos, por exemplo, classificar as normas de proteção do meio ambiente como normas impositivas de tarefas, fins e programas e também como normas de eficácia plena, assunto que será tratado no próximo segmento.

direito do meio ambiente equilibrado, podem apresentar uma dimensão programática. Essas normas condensam os princípios definidores dos fins do Estado e a relevância delas, de acordo com a concepção exibida por Canotilho (1998), são essencialmente políticas, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes, disciplinando programas/tarefas permanentes do Estado para com a sociedade. Contudo, em virtude da força normativa da Constituição, representada pelas regras e princípios constitucionais como reguladores jurídicos e efetivos das relações vividas, Canotilho manifesta ruptura com a doutrina clássica e fala da morte das normas programáticas como essa doutrina a entendia. O jurista afirma existir, na doutrina constitucional moderna, normas-fim, normas-tarefa e normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional.

O próprio sentido das normas programáticas não é mais o assinalado pela doutrina tradicional. Como já se afirmou, hoje é reconhecida como um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, ou seja, são normas possuidoras de eficácia, mesmo que não sejam normas de eficácia plena. Canotilho sustenta que não se deve falar de simples eficácia programática, porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas devemos considerá-las com força normativa independente do ato de transformação legislativa.

Todavia, Silva (1999b) manifesta posição levemente contrária ao dispor que existem diferentes tipos de normas programáticas: aquelas que a própria Constituição disciplina a necessidade de lei com expressões como a lei indicará, a lei regulará, a lei disporá; e aquelas que não impõem uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio que deve ser atendido. Pode-se dizer então que, segundo o referido autor,

existem normas programáticas que constituem verdadeiros programas de ação social e aquelas normas de legislação, que não apresentam conteúdo ético-social, mas se inserem na parte organizativa da Constituição.

Conceituando a norma programática, Silva (1999b) conclui dispondo que as normas sob essa classificação não sejam autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade, uma vez que são normas concebidas como linhas programáticas dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente e diretamente aplicáveis pelos Tribunais ou quaisquer outras autoridades.

À luz do direito constitucional positivo as normas programáticas caracterizam-se, portanto, pelo fato de exigirem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Sarlet (2005) diz, neste sentido, que se cuida de normas que apresentam a característica comum de uma baixa densidade normativa que as impedem de alcançarem plena eficácia, apesar de não estarem destituídas de eficácia. O referido autor salienta, ainda, que se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador.

Assim, tratando esse estudo de norma fundamental de proteção do meio ambiente podemos afirmar, conforme os autores citados anteriormente, que estamos diante de um conjunto de preceitos (textos constitucionais) com várias normas e algumas dessas normas, segundo Silva (1999b)<sup>126</sup>, apresentam uma dimensão programática, de eficácia limitada, objetiva e que, por intermédio da função de direito à prestação, manifestam-se por meio de um programa obrigatório e

---

<sup>126</sup> Silva, J. (1999b, p.141) dispõe que a defesa do meio ambiente classificam-se como normas programáticas e fins da ordem econômica e social.

permanente de preservação e promoção em busca de um meio ambiente saudável e equilibrado.

Ao afirmar que a Constituição Federal de 88 estabelece a proteção do meio ambiente como tarefa/fim, em suma, programa permanente para Estado e comunidade, reconhece-se uma dimensão programática, mas que não deixa de ter eficácia nem possibilidade de efetivação. Por outro lado, para além de sua dimensão programática (ou impositiva como prefere Canotilho), o direito fundamental à proteção ambiental encerra normas jusfundamentais que outorgam posições jurídico-subjetivas plenas, por meio dos direitos a prestações e dos direitos de defesa.

Entendendo o direito de proteção do meio ambiente como direito fundamental de defesa e de prestação previsto em nossa Carta Constitucional, afirma-se que as normas contidas no artigo 225, para além de sua simultânea e possível dimensão programática, percebem todas as qualidades das demais normas de direito fundamental de Constituição de 88. Mesmo considerando o artigo 225 como norma programática em virtude de conceder um princípio, uma meta, um programa ao Estado e o cidadão, avalia-se que essa norma atua de forma bem mais concreta do que apenas exprimir princípios genéricos dependentes de normatividade futura. Dessa feita, não haveria por que ser diferente quando se tratasse do direito fundamental de preservação ambiental.

Sustenta-se que, em virtude de sua condição de direito fundamental, em princípio, que também para o artigo 225 da Constituição Federal de 88 e as normas nele contidas (em que pese a existência de uma faceta programática) é válido o postulado contido no artigo 5º, § 1º, o qual confere aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata e eficácia plena quando dispõe que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Neste sentido, acostamos jurisprudência do Tribunal de Justiça do



O texto constitucional que consagra direitos e deveres de proteção ambiental é caracteristicamente constituído de diferentes normas com diversos níveis de eficácia. Podemos observar a existência de normas de eficácia plena, com aplicabilidade imediata mesmo que inseridas em um texto caracteristicamente enquadrado como de conteúdo de cunho programático (SARLET, 2005).

As normas de eficácia plena

São aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos ou situações, que o legislador constituinte, direta ou normativamente, quis regular (MEIRELLES TEIXEIRA, apud SILVA, J., 1999b, p. 101).

E é essa carga de eficácia que se destaca na norma expressa no artigo 225 da Constituição Federal de 88, uma vez que, apenas com base no referido dispositivo legal, capacita qualquer do povo a propor em

---

Estado do Rio de Janeiro: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE – DEMARCAÇÃO – ART. 27 – INC. III – ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989 – ART. 225 – § 1º – INC. III – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – Ação Civil Pública. Art. 27, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Estadual de 1989. Obrigação de demarcar a Lagoa de Araruama. Proteção ao meio ambiente, que goza do amparo da Constituição da República, impondo, inclusive, ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 e seu § 1º, inc. III). **Norma de eficácia plena, que confere ao Estado a obrigação de demarcar a orla e a faixa marginal de proteção dos lagos, lagoas e lagoas em prazo certo, até hoje não cumprido.** Extensão, apenas, do prazo de dois (02) anos, a contar do trânsito em julgado da sentença recorrida, para proceder a demarcação. Apelo alternativo acolhido em parte. Provimento parcial do recurso. (TJRJ – AC 4241/95 – Reg. 230496 – Cód. 95.001.04241 – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Clarindo de Brito Nicolau – J. 06.02.1996)"

juízo requerendo a aplicação imediata desse direito fundamental<sup>128</sup>.

Nesse sentido Von Münch (1994) esclarece que normas constitucionais indiretas são aquelas disposições que não têm conteúdo jurídico-material de execução imediata, necessitando de normas complementares para se tornarem eficazes. O referido jurista salienta, ainda, que a proteção do meio ambiente passa a aparecer à frente das Constituições nacionais a partir do final dos anos sessenta e dispõe que “com o termo directo pretende-se significar que, agora, o regime de protecção do meio ambiente se faz através de disposições a ela especificamente consagradas”<sup>129</sup>.

Partindo dessa análise constitucional, salienta-se que, para além do texto do artigo 225, existem nele inclusos diversas normas constitucionais. Podem-se enquadrar essas normas que prevêm a proteção ambiental como decorrente dos direitos fundamentais clássicos da inviolabilidade da vida humana e da integridade física, direitos esses que fazem parte do núcleo duro de qualquer Constituição que contenha um capítulo de direitos fundamentais (VON MÜNCH, 1994).

Assim, mesmo que o direito fundamental de defesa do meio ambiente possua, por força da Constituição Federal de 88, eficácia plena e aplicabilidade imediata, existem certas situações carecedoras de uma *interpositio legislatoris* “pelo fato de ser extremamente difícil e, em certas situações, inviável, precisar, ao nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação que constitui seu objeto”, aplicando-se, dependendo do caso, para a dimensão prestacional (SARLET, 2009). Dessa feita, apesar do § 1º, do artigo 5º, da Constituição

---

<sup>128</sup> Münch (1994, p.45) afirma que “A mudança da consciência em relação ao meio ambiente também deixou traços mais ou menos nítidos nas constituições de muitos Estados. No que diz respeito às posições constitucionais da protecção do meio ambiente, é preciso distinguir a normação indirecta da normação directa.”

<sup>129</sup> Na Lei Fundamental da Alemanha a proteção do meio ambiente foi positivada como norma-objetiva.

Federal de 88 confere-se a todos os direitos fundamentais aplicabilidade imediata, ou seja, a eficácia plena de suas normas, algumas delas necessitam de complementação para que sejam plenamente justiciáveis, ou seja, analisando o conteúdo das normas expressadas no artigo 225, pode-se afirmar que nem todas possuem eficácia plena.

Nessa perspectiva, impõe-se a necessidade, nesse momento, de realizar uma incursão quanto à eficácia de algumas das normas contidas no texto do artigo 225 da Constituição Federal de 88. A eficácia da norma constitucional prevista no *caput* do artigo 225 da Carta de 1988 prevê eficácia plena no que diz respeito aos seus princípios e direito de preservação, uma vez que o Poder Judiciário não poderá se esquivar de aplicar os princípios de defesa do meio ambiente, mesmo que careça de lei infraconstitucional regulamentadora dos interesses pleiteados<sup>130</sup>. O mesmo ocorre com o disposto no § 4º, do mesmo artigo 225, por exemplo, que disciplina a utilização de áreas do patrimônio nacional como a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira para preservação do meio ambiente: é norma de eficácia plena. Pode-se salientar ainda, como norma de eficácia plena, o § 5º do referido artigo constitucional ao normatizar a indisponibilidade das terras devolutas ou arrecadas pelos Estados desde que necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

E prevê eficácia limitada quando a norma constitucional transfere ao legislador “a tarefa (o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental” (SARLET, 2005), e lhes dê capacidade de execução em

---

<sup>130</sup> Cabe dizer que na falta de lei infraconstitucional que regule e discipline as forma de proteção do meio ambiente previstas no artigo 225 da Constituição Federal, o Poder Judiciário ao ser invocado deverá proceder na proteção dos interesses pleiteados através dos institutos jurídicos disponíveis, por intermédio da própria Carta e dos processos hermenêuticos, valendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito, conforme regulamenta o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

termos de regulamentação daqueles interesses visados, de acordo com o entendimento de Silva (1999b). Nessa linha, enquadram-se as normas previstas, por exemplo, no § 2º, do artigo 225 da Constituição Federal de 88 ao dispor que “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei” e no § 6º, do mesmo artigo, o qual determina explicitamente que somente se poderá instalar e operar usinas nucleares em locais definidos em lei federal, constituindo-se, portanto, em normas de eficácia limitada.

De outra banda, há de se destacar o inciso VII, do § 1º, do artigo 225 da Constituição Federal de 88 que dispõe acerca da proteção do animal não-humano, ao disciplinar que incumbe ao Poder Público: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Em que pese, o § 1º apontar expressamente a responsabilidade ao Estado, o *caput* do artigo 225, convoca a coletividade como co-participe dessa atividade, portanto, o dever é também da coletividade.

O ato de interpretar as normas de direito é uma atividade cercada de complexidades e de extrema relevância, para que se possa alcançar a justiça mais próxima possível das necessidades reais da coletividade e dos indivíduos. O intérprete jurídico deve saber garantir a coexistência dos valores, dos princípios e das normas, hierarquizando-os com o intuito de obter a maior concordância entre elas, na certeza de que “interpretar é bem hierarquizar”, pois a hierarquização “bem realizada é a que salvaguarda e intensifica a totalidade dos valores e princípios” (FREITAS, J., 1998, p. 155). E, somente por meio da atividade do hermeneuta é que se pode afirmar que o direito de proteção do meio ambiente é um direito fundamental. Além disso, somente por intermédio da interpretação das normas com o olhar voltado para todo

o nosso ordenamento jurídico-constitucional é que se torna possível a aplicação do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 88, fornecendo a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e, em decorrência, aplicabilidade imediata da integralidade do artigo 225 da Carta. Conforme o entendimento de Streck (2000), o processo interpretativo dominante está alicerçado em um processo sempre dependente de um sujeito que se relacionará com o texto jurídico e os fatos sociais

como se estes fossem parte de um mundo exterior". Neste sentido, Streck nos orienta "para que se rompa com as concepções vigorantes no campo jurídico-dogmaticizante, sustentadas no paradigma metafísico-objetificante, os textos jurídicos normativos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos. Com os aportes do novo paradigma hermenêutico aqui defendido, sustentado nas concepções heideggerianas-gadamerianas, essa relação objetificante pode/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre o operador-intérprete do Direito e as normas/fatos sociais mediante uma ontologia fundamental [...] (STRECK, 2000, p. 241).

Nessa linha, Streck (2000) afirma, ainda, que a tarefa da interpretação da norma é uma atividade criativa, pois os diversos princípios que estão disponíveis para a aplicação não representam apenas problemas metodológicos, mas entram a fundo na matéria jurídica do caso concreto.

Assim, o intérprete do Direito, conforme a lição de Streck, "é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição" (2000, p. 245), e como tal irá realizar uma tarefa; é impossível requerer de um

intérprete uma atuação imparcial e dissociada de seu meio. O referido autor ressalta que

[...] o intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos (STRECK, 2000, p. 245).

Para além do disposto, o referido autor apresenta a idéia de que se há falta de efetividade entre os dispositivos da Constituição e seus operadores, isso se dá porque estes continuam a negar a função social do Direito. E, se esta função social é obnubilada por estes sujeitos nas práticas cotidianas do Direito, Streck (2000, p. 256) questiona "(...) onde está o ser da auto-aplicabilidade dos dispositivos definidores dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º)", questiona-se, da mesma forma, onde está a função socioambiental da propriedade (art. 5º, XXIII e o art. 182), do mandado de injunção como instrumento de dar eficácia às normas do sistema quando lhes falta norma regulamentadora por omissão do próprio Estado, da saúde, como direito de todos e dever do Estado, e de tantos outros direitos não cumpridos? E, especificamente, tratando-se do objeto desse trabalho, onde está eficácia plena por nós aqui defendida, do artigo 225 da Constituição Federal de 88, que promulga o direito e impõe o dever de proteger e preservar o ambiente onde se vive.

O § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal de 88 dispõe acerca de uma eficácia possível para todos os direitos fundamentais, apresenta uma presunção de eficácia plena das normas de direitos fundamentais. No caso da proteção do meio ambiente, mesma aquelas

normas, contidas no artigo 225, que possuem uma dimensão programática, apresentam uma presunção de eficácia de todos os direitos fundamentais. Contudo, para se delimitar o problema da eficácia das normas de proteção do meio ambiente há de se fazer uso do intérprete constitucional.

Dessa feita, somente por meio do exercício de uma interpretação responsável e coerente com o ordenamento jurídico nacional, numa perspectiva “ampliadoramente sábia e realista”, decorrente deste novo paradigma hermenêutico, como no dizer de Pasqualini (1999, p. 100), o Direito não se deixará “sufocar nem pelos horizontes fechados do sistema axiomático-dedutivo, tampouco pelo horizonte unidimensional das exegeses literais”. Somente através de “uma ótica lúcida e renovadora desbravada pela interpretação sistemático-transformadora” tratando o Direito como um sistema aberto que oferece ao jurista-intérprete “um grande e axiológico reservatório de possibilidades e mudanças seminais, de modo que a única interpretação fiel a si mesma é a que, fundindo os horizontes jurídicos num todo aberto” (PASQUALINI, 1999, p. 100) é que se poderá delimitar a eficácia das normas constitucionais de proteção ambiental e, desta forma, delimitar a sua efetividade.

### **3.4 Direito fundamental à proteção ambiental e sua dupla função: algumas dimensões**

O direito fundamental a proteção do ambiente pode ser classificado segundo as categorias de direito de defesa e direito à prestação<sup>131</sup>. Mesmo cientes de que a classificação adotada (direitos fundamentais com direitos

---

<sup>131</sup> É relevante estar ciente de tal categorização a fim de que possamos nos posicionar na questão da proteção dos animais não-humanos em face dos direitos e deveres fundamentais.

de defesa e a prestações) não afasta outras possíveis, bem como tendo em mente que existem situações em que também essa classificação não poderá resolver todos os problemas vinculados às funções dos Direitos Fundamentais, acredita-se seja ela suficiente para demonstrar quais as principais funções desempenhadas por esse direito na ordem jurídico-constitucional, além da evidência de que, no âmbito mesmo dessa ordenação, existem detalhamentos a serem considerados.

O direito fundamental à proteção ambiental constitui um direito que pode ser designado complexo, abrangendo as múltiplas funções dos direitos fundamentais. Tomando por pressuposto a distinção entre texto (dispositivo), norma e direitos<sup>132</sup>, vê-se que, no que diz com o artigo 225 da Constituição Federal de 88, relativo à proteção do meio ambiente, que se cuida de uma série de disposições (textos) que encerram várias normas que, por sua vez, asseguram posições jurídicas subjetivas fundamentais, de natureza diversa, tanto com função defensiva quanto prestacional<sup>133</sup>.

Os direitos fundamentais a prestações podem ser definidos a uma manifestação positiva em face do Estado, ou seja, implicam em uma atuação "ativa do

---

<sup>132</sup> Streck (2000, p.18) em confessada companhia a Eros Roberto Grau afirma que existe diferença entre texto (jurídico) e norma (jurídica) ao inferir que "o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expressado pelo texto já é algo novo, diferente do texto. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. É a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de possibilidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa".

<sup>133</sup> Quanto a dupla função defensiva e prestacional das normas do direito de proteção do meio ambiente, podemos arrolar como exemplo o inciso IV, do §1º, do artigo 225 e o §5º, do referido artigo como direitos de defesa e os incisos I e V, do §1º como direitos a prestações.



Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)” (SARLET, 2009, p. 204). Com base em tal caracterização, no concernente à sua dimensão prestacional a escala de ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito a prestação se estende desde a proteção do cidadão frente a outros cidadãos através de normas de direito penal, passando por normas de organização e procedimento até as prestações de cunho fático (materiais) (ALEXY, 1997, 2008). Por direitos à proteção deve-se entender, portanto, como sendo aqueles direitos do titular do direito fundamental frente ao Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros (ALEXY, 1997, 2008). Assim, é imperioso estar alerta para a idéia de que, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, é obrigação do Estado proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra as ingerências indevidas provindas dos particulares e do próprio Estado (SARLET, 2009).

De outra banda, os direitos de defesa são aqueles direitos que cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: através de normas de competência negativa para os poderes públicos, “proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual” e, por meio do poder de exercer juridicamente os direitos fundamentais e de “exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos” (CANOTILHO, 1998, p. 562). É o momento em que se deve exigir do Estado uma postura de ação em defesa dos direitos fundamentais. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais se constituem em um primeiro olhar, em direitos de defesa “do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade” (SARLET, 2009, p. 186). Em que pese o reconhecimento de diversas outras funções dos direitos fundamentais (tanto no que concerne à dimensão subjetiva quanto à

dimensão objetiva) os direitos de defesa merecem destaque na teoria dos direitos fundamentais, pois mesmo que inseridos em uma ordem constitucional democrática, os homens não deixam de estar isentos da exposição do abuso de poder do homem pelo próprio homem, bem como “pelo fato de que mesmo num Estado de Direito os poderes públicos correm risco de praticar injustiças” (SARLET, 2009, p. 186) e, sobremaneira, os direitos fundamentais na sua mirada como direitos de defesa possuem como escopo a limitação do poder do Estado, com vistas a assegurar ao indivíduo uma rede de liberdades e outorgando-lhe um “direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas [...] ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal” (SARLET, 2009, p. 186).

No que se refere à proteção do meio ambiente e a dimensão de direito de defesa, podemos afirmar que algumas das normas contidas no artigo 225 da Constituição Federal de 88 podem ser classificadas como direitos de defesa do cidadão face às possíveis agressões ou ingerências do Poder Público e/ou de particulares, se for o caso, ou melhor, dependendo do caso.

Os direitos a proteção, como tipo de direito à prestação e os direitos de defesa têm sido contrapostos reciprocamente porque os primeiros são direitos a ações positivas e os segundos a ações negativas. Contudo, coloca-se em dúvida a justificação desta contraposição, uma vez que à ação positiva de proteger o meio ambiente corresponde a um dever de não afetação do ambiente, na condição de bem jusfundamentalmente protegido (ALEXY, 1997, 2008). Portanto, é correto afirmar que o direito à proteção ambiental se trata também de um direito de defesa.

Quanto às características desses dois direitos, dispondo que o direito de defesa é um direito frente ao Estado para que este omita intervenções, enquanto o direito a proteção é um direito frente ao Estado para que este se encarregue de que terceiros se omitam em

intervir (ALEXY, 1997, 2008). No concernente ao direito fundamental de proteção ambiental pode-se, claramente, observar a coexistência dessas duas funções haja vista o Estado ser obrigado a prestar proteção ambiental, sendo simultaneamente obrigado a impedir que terceiros destruam e degradem o bem jusfundamental em questão.

Assinala-se que, justificadamente, os direitos a ações negativas (direitos de defesa) criam menos problemas que os direitos a prestações positivas (direitos a prestação). Ressalta-se que uma razão fundamental para que esta seja assim, se deve a uma diferença simples: os direitos de defesa são para os destinatários<sup>134</sup> proibições de destruir, de afetar negativamente algo ou alguma coisa, enquanto os direitos a prestação são para os destinatários mandados de proteção ou promoção de algo (ALEXY, 1997, 2008).

Assim, se o titular está proibido de destruir ou de afetar algo, então está proibida toda a ação que constitua ou provoque uma destruição ou afetação. Enquanto o titular está ordenado a proteger ou promover algo, não está ordenada toda a ação que constitua ou provoque uma proteção ou uma promoção.

Todavia, para uma concepção acertada da diferença existente entre os direitos a prestação e os direitos de defesa, não basta afirmar que o primeiro corresponde à ações positivas enquanto as segundas à ações negativas. A diferença consiste em que a omissão de cada ação individual de destruição ou de afetação é uma condição necessária e somente a omissão de todas as ações de destruição e afetação é uma condição suficiente para o cumprimento da proibição de destruir e, com isso, alcançar a satisfação do direito de defesa.

Por outro lado, para o cumprimento dos mandados de proteção ou promoção é suficiente a realização de

---

<sup>134</sup> Destinatários que na tríade também podem ser denominados de titulares passivos ou de obrigados, desde que cumpram seu papel na relação.

somente uma adequada ação de proteção ou promoção (ALEXY, 1997, 2008). Ainda no que diz os direitos à prestações não se pode deixar de mencionar os direitos à participação na organização e procedimento que centram-se na possibilidade dos cidadãos exigirem do Estado, em especial do Poder Legislativo, a emissão de atos e a criação de normas, através de um processo comunicativo entre os poderes públicos e a sociedade ou, ainda, no que diz com a parte procedimental, o direito de acesso aos tribunais. Dessa forma, os direitos fundamentais quanto as suas funções podem ser classificados como direitos de defesa e/ou direitos a prestações.

A função prestacional dos direitos fundamentais, como já referido anteriormente e defendido por Sarlet (2009), ainda pode ser dividida entre direito a prestações em sentido amplo e em sentido estrito, respectivamente, por meio de prestações jurídicas (normativas) ou prestações fáticas (materiais).

Os direitos de defesa são direitos do cidadão frente ao Estado que exprimem ações de cunho negativo, ou seja, é um direito frente ao Estado para que este omita intervenções. Os direitos de defesa são, para os destinatários, proibições de usufruir, de afetar negativamente algo e significa que se está proibido de afetar algo, então está proibida toda a ação que constitua ou provoque uma destruição ou afetação (ALEXY, 1997, 2008). Para o cumprimento satisfativo, portanto, dos direitos de defesa é necessária a omissão de todas as ações (de caráter individual e/ou coletivo) de destruição.

Analisando a dupla dimensão dos direitos fundamentais à luz da proteção do meio ambiente pode-se afirmar que a dimensão protecional dos direitos à prestação, em virtude do conteúdo e do objeto da pesquisa, está vinculado ao direito fundamental à proteção do ambiente. Dessa forma, no que diz respeito à proteção ambiental, o Estado tem o dever de prestar a

proteção aos recursos naturais, conforme previsto na Constituição Federal de 88, contra intervenções de terceiros, de o próprio Poder Público e de outros Estados. Esse direito fundamental devido pelo Estado e, exigido pela sociedade, atua como medida preventiva de proteção ambiental, para que se efetive o direito fundamental de proteção do meio ambiente como reflexo da proteção do direito fundamental de proteção à vida.

Pode-se classificar o direito de proteção do meio ambiente como um direito fundamental a prestações em seu sentido amplo. Dessa feita, partindo do pressuposto de que o Estado deve prestar ações de proteção do meio ambiente como bem jurídico transindividual, se está diante de uma dimensão funcional prestacional do direito fundamental de proteção ambiental.

Ainda, ao tratar do direito fundamental à proteção do meio ambiente, pode-se classificá-lo como direito de defesa quando a norma expressamente proíbe que se afete, de qualquer forma, o meio ambiente, preservando a diversidade e a integridade do patrimônio genético ou preservando e restaurando os processos ecológicos essenciais para prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, como dispõem os incisos I e II, do § 1º, do artigo 225 da Constituição Federal de 88. Já no concernente aos direitos a prestações, salienta-se que o direito fundamental à proteção ambiental se enquadra como direito a prestações no sentido de exigir do Estado e da coletividade ações de proteção. A título exemplificativo, refere-se o inciso VII, do § 1º, do referido artigo, quando diz que se deve proteger a fauna e a flora das práticas que coloquem em risco sua função ecológica, que provoquem a extinção de espécies ou submetem os animais a crueldade.

Por sua vez, os direitos à prestações são direitos a ações positivas do Estado, conforme o entendimento de Alexy (1997) e, no que se refere a proteção do meio ambiente, para além de um direito a prestação é, ainda, um direito de defesa. No entanto, ao contrário dos

direitos de defesa, se está ordenado que se proteja algo, não está ordenada toda a ação que constitua ou provoque uma proteção. O que se exige é, pelo menos, um meio de proteção e não todos os meios, pois, em geral para o cumprimento dos direitos a prestações é suficiente a realização de apenas uma ação adequada de proteção, no que se refere ao meio ambiente (ALEXY, 1997).

Ainda, no que diz respeito aos direitos à prestações podemos salientar o direito à participação na organização e procedimento como direito à prestação em sentido amplo ao lado dos denominados direitos à proteção. Refletindo acerca da participação na organização e procedimento, que os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, mas sobre estes também exercem influência. Os direitos fundamentais, nesse sentido, podem ser considerados como parâmetros para a "formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais" (SARLET, 2005, p. 194)<sup>135</sup>.

A problemática central dos direitos à participação na organização e procedimento, em que pese a existência de outras questões acerca do tema, reside na possibilidade da sociedade exigir do Poder Público determinadas ações e posições, tanto legislativas, quanto administrativas. Alexy (1997) salienta que, através do direito à participação na organização e procedimento, por intermédio de um processo comunicativo entre a sociedade e o Poder Público, é que os cidadãos poderão influenciar nas decisões deste. O referido autor destaca,

---

<sup>135</sup> Alexy (1997, p.455) dispõe que oriundo desta conexão entre os direitos fundamentais e a organização e o procedimento que Häberle, revisitando a teoria dos quatro status de Jellinek, propõe um status activus processualis, referindo-se a um aspecto jurídico processual da liberdade jusfundamental. Segundo Sarlet (2005, p.194) trata-se de uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, "que também pode ser qualificada de um autêntico devido processo (due process) dos direitos fundamentais".

ainda, que é através desse processo de comunicação que se pode considerar todos os pontos de vista relevantes sobre determinado tema, no sentido de uma tendência há um procedimento de decisão democrática (ALEXY, 1997).

Nesse sentido, aborda-se a questão do direito à participação na organização e procedimento quando tratamos da necessidade da construção de um espaço participativo no concernente ao direito de proteção do meio ambiente. Contudo, desde já, destaca-se o direito da sociedade de exigir do Estado que, por exemplo, se efetivem as políticas públicas de promoção da educação ambiental, como disciplina o inciso VI, do § 1º, do artigo 225 da Carta Maior, a criação de órgãos que controlem a produção e comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente, como reza o inciso V, do § 1º, do supracitado artigo.

Assim, pode-se afirmar que várias normas definidoras do direito fundamental, a proteção do meio ambiente, exercem simultaneamente duas ou mais funções (direitos de defesa e direitos a prestações). Nesse momento, cabe ressaltar, com o intuito de exemplificar a linha argumentativa do presente estudo, onde e em que sentido pode-se observar, à luz do artigo 225, a presença dessas diversas posições jurídicas fundamentais.

Quanto à existência de normas que disciplinem direitos a participação na organização e no procedimento, destaca-se no artigo 225 da Constituição Federal de 88, no sentido de poder exigir do Estado (de modo especial, do legislador) a emissão de atos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos. Alexy (1997) dispõe que esses direitos (de participação na organização e procedimento) tanto podem representar direitos à emissão de determinadas normas procedimentais, quanto direitos à determinada

interpretação e aplicação das normas sobre esse procedimento.

É mister salientar as normas contidas no § 1º, do artigo 225, que impõem ao Poder Público assegurar determinadas ações para a efetividade do direito de proteção do meio ambiente e, desta feita, confere, a sociedade o direito de exigir o cumprimento dessas diretivas. Pode-se ressaltar, ainda, a presença de direitos a prestação fáticas no concernente a proteção do meio ambiente.

O referido § 1º e incisos, do artigo 225, para além de apresentarem uma dimensão participativa e organizacional, impõe tarefas a serem cumpridas pelo Estado, tal como o que se encontra disposto no inciso III, quando dispõe que ao Poder Público incumbe "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (...)".

Em face do § 1º, do art. 225 da Constituição Federal de 88, Leite (2000), incita a necessidade de enfrentar a superação do paradigma antropocêntrico no que tange as relações jurídicas de proteção do ambiente. Leite (2000) desenvolve o conceito do 'antropocentrismo alargado', ou moderado, fazendo com que a tutela do ambiente se faça presente independentemente da existência direta ou de benefícios imediatos ao homem. Leite (2000) exprime, ainda, a idéia de que ao considerar a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural com ideais éticos de colaboração e interação entre homem e toda a natureza.

Seguindo a mesma linha de entendimento de Leite, de adoção de um antropocentrismo alargado, Benjamin atribui a Constituição Federal de 88 o registro de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (tal como exposto no § 1º, do art. 225 da Constituição Federal de 88), reconhecendo que esses seriam, no âmbito constitucional, àqueles essenciais à



sobrevivência do planeta. Benjamin, nessa seara, defende que

A tutela ambiental gradual e erradicamente abandona a rigidez de suas origens antropocêntricas e acolhe uma visão mais ampla, de caráter biocêntrico (ou mesmo ecocêntrico), ao propor-se a amparar a totalidade da vida e das suas bases (BENJAMIN, 2007, p.90).

Essa posição, defendida por Benjamin, aproxima a proteção jurídica do ambiente da corrente filosófica do antropocentrismo moderado, ou pelo menos, não radical, pois prevê a possibilidade do ordenamento jurídico abraçar a proteção do ambiente como um todo, numa noção de plenitude, num conceito de amplitude.

Na seara do direito penal destaca-se a doutrina de Spordelder de Souza (2004) que, rompendo com uma visão antropocêntrica e individualista, encara a natureza difusa dos crimes ambientais como sujeito passivo da criminalidade, assim como a coletividade e a humanidade. O autor defende aquilo que denomina como uma 'teoria antropocêntrica-relacional' dos bens jurídicos, entendendo que o ambiente deve ser alvo da tutela penal tendo como norte a ideia de responsabilidade do homem não só para com a natureza, mas também para com as gerações futuras.

Assim, no que se refere ao direito fundamental de preservação ambiental, para efetiva aplicação da norma correspondente ao direito há a necessidade imprescindível da conjugação das duas funções dos direitos fundamentais, tanto na condição de direitos de defesa, quanto na perspectiva prestacional. Não basta que apenas haja a omissão de ações de destruição ou de afetação do meio, é necessário que haja, também, ações que ordenem a preservação e a promoção da saúde e do

equilíbrio ambiental. Tais questões serão retomadas e desenvolvidas nos próximos segmentos<sup>136</sup>.

Por conseguinte, uma intervenção na liberdade jurídica, que deve ser medida segundo os direitos de defesa, pode ser justificada não somente com uma indicação de sua necessidade para a proteção das posições individuais de terceiros, mas sobretudo levando em conta os interesses da coletividade, de modo a estabelecer um equilíbrio entre as posições jusfundamentais dos cidadãos e do Estado<sup>137</sup>. No que diz com as possíveis antinomias<sup>138</sup> entre as posições jusfundamentais, cuida-se de questões que apenas uma interpretação tópico-sistemática e necessariamente hierarquizada poderá resolver<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Pode-se afirmar, ainda, que no sistema da Constituição e dos Direitos Fundamentais encontram-se outras normas diretamente relacionadas à proteção ambiental assim como são possíveis conflitos – tal como o direito do uso da propriedade de uma empresa e a proteção do meio ambiente. Inolvidável também é o papel da legislação infraconstitucional na concretização e desenvolvimento das diretrizes estabelecidas pela Carta Magna de 1988. As questões, que aqui vão referidas, serão em parte consideradas, mas não serão aprofundadas haja vista não serem o objeto deste trabalho.

<sup>137</sup> A título de exemplo de possíveis conflitos de direitos fundamentais, podemos citar o direito de propriedade em conflito com o direito de proteção do meio ambiente.

<sup>138</sup> Cf. Freitas (1998, p. 78) entende-se por antinomia “as incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo se ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional”.

<sup>139</sup> Aqui, valemo-nos da paradigmática orientação de Freitas (1998, p.110) ao afirmar que “uma interpretação sistemática realiza sempre uma hierarquização axiológica, de sorte a fazer preponderar, inclusiva e exclusivamente, ora a norma superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio superior, recorrendo-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da hierarquização, inclusive ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências do próprio sistema, que reclama sejam dirimidas as controvérsias, sempre na certeza de que bem interpretar é concretizar a máxima justiça sistemática possível”.

### **3.5 O direito/dever fundamental de proteção ambiental: a titularidade**

O Direito à Proteção Ambiental, por tratar-se de direito que visa proteger a coletividade, por meio da proteção de interesses difusos, enquadra-se na terceira dimensão dos direitos fundamentais<sup>140</sup> que também podem ser denominados como 'direitos de solidariedade e fraternidade' (SARLET, 2009).

A partir do momento que se entende o direito à proteção ambiental como um dos direitos fundamentais do homem, garantido pela Constituição Federal de 88, necessita-se lançar um olhar atento sobre a função e a titularidade desse direito como um direito fundamental. Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensões, o direito difuso (de terceira dimensão) a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável possui características bastante singulares.

De acordo com o entendimento de Ferrajoli (2002) ao contrário dos direitos de liberdade, que são direitos que correspondem a proibições (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar de sociais ou deveres públicos de fazer, são expectativas de comportamento, tanto do particular, quanto do Poder Público.

A principal característica dos direitos fundamentais do homem, que estão compreendidos na terceira dimensão, consubstancia-se no fato de se desprenderem, em um primeiro momento, da figura do "homem-indivíduo" como titular do direito e tomarem como destinação à proteção de "grupos humanos", assinalando-os como direitos de titularidade difusa e/ou coletiva, também podendo ser designada como uma

---

<sup>140</sup> O direito à defesa do meio ambiente é um direito fundamental de terceira dimensão mesmo encontrando-se fora do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, como já foi abordado nos capítulos anteriores.

dimensão transindividual, contemplando direitos difusos e coletivos<sup>141</sup>.

Os valores ético-jurídicos da defesa do ambiente não esgotam todos os princípios e valores do ordenamento jurídico, devendo-se conciliar os direitos fundamentais em matéria do ambiente com as demais posições jurídicas subjetivas constitucionalmente fundadas, quer se trate de direitos fundamentais de primeira dimensão, como a liberdade e a propriedade, quer se trate de direitos fundamentais de segunda dimensão, como direitos econômicos e sociais<sup>142</sup>.

Nesse ponto, sente-se a necessidade de esclarecer o que são interesses difusos, pois são eles o objeto primordial de proteção do Direito Ambiental. Conceitua-se o interesse difuso como sendo um interesse reconhecido juridicamente, pertencente a uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos o que, em potência, inclui toda a comunidade cujo ordenamento protege esse tipo de interesse (ANTUNES, L., 1989).

Aquilo a que se dá o nome de interesses difusos, conforme o dizer de Miranda (1998), com uma visão um pouco diferenciada, é uma manifestação da existência das necessidades coletivas com reflexos individuais, ou

---

<sup>141</sup> Conforme Moraes (1996, p.124) pode-se afirmar que a categoria dos interesses transindividuais permite uma aproximação qualificada às questões transpessoais. O autor esclarece, ainda, que "o prefixo trans permite, assim, que possamos apreender a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comum(nitários), tocam imediata e individualmente – embora este termo individual não tenha o mesmo conteúdo excludente de quando está empregado como direito individual, como salientado há pouco – cada componente desta coletividade [...]. parece-nos que esta passagem do singular para o coletivo não se faz aniquilando o indivíduo mas, inserindo-o numa dimensão comunitária." Ainda segundo Bolzam de Moraes, dentro do gênero dos interesses transindividuais aparecem, em primeiro lugar, os interesses coletivos e, em seguida os interesses difusos.

<sup>142</sup> Sarlet (2005c, p.51), nesse sentido, afirma que "Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação."

seja, traduz um dos entrosamentos específicos de Estado e Sociedade e implica formas complexas de relacionamento entre as pessoas e os grupos no âmbito da sociedade civil.

Em suma, pode-se concluir que interesses juridicamente difusos são definidos como necessidades comuns a conjuntos indeterminados de indivíduos e que estas necessidades somente podem ser satisfeitas em uma perspectiva comunitária.

Em decorrência disso, estabelece-se a denominação pluriindividual, uma vez que não são nem interesses meramente coletivos, nem puros interesses individuais, apesar de que possam projetar-se de modo específico, direta ou indiretamente, nas esferas jurídicas de ambas as pessoas. Dessa forma, o meio ambiente caracteriza-se por interesse difuso, pois se trata de interesses dispersos por toda a comunidade e apenas ela, enquanto tal pode prosseguir independentemente de determinação de sujeitos.

O direito referido é um direito difuso, um direito transindividual, muito difícil de delimitar<sup>143</sup>. Essa dificuldade se expressa quando observamos que, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que visam garantir, defender o indivíduo perante o poder do Estado, esse articula outros atores sociais, em uma escala transindividual ou, melhor, socioindividual. E, da mesma forma, supera os direitos sociais, pois, ao contrário também desses mesmos direitos, ou seja, dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que consistem basicamente em direitos a prestações que o Estado deve ao indivíduo. O direito difuso a um ambiente saudável garantidor de uma boa

---

<sup>143</sup> J. A. de Oliveira Jr. ao prefaciar a obra de MORAIS (1996, p. 10) dispõe que “[...] dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo [...]. Por outro lado, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade [...]” e é nesse novo titular de direito que se enquadrado o caso do meio ambiente.

qualidade de vida ao ser humano, consiste em direito-dever, uma vez que o indivíduo é, ao mesmo tempo, titular de um direito a um ambiente ecologicamente equilibrado (desempenhando o papel de um sujeito passivo) e titular de um dever de defender e preservar este mesmo ambiente (representando um sujeito ativo de direito/dever).

A via mais adequada para a perfectibilização da proteção da natureza é aquela que decorre da lógica da proteção jurídica individual (SILVA, V., 2000). Deve partir-se, portanto, dos direitos fundamentais considerando que "as normas reguladoras do ambiente se destinam também à proteção dos interesses particulares, que desta forma são titulares de direitos subjetivos públicos". A subjetivação da defesa do ambiente, criadora de uma '*espécie de egoísmo*' faz com que cada um se interesse '*pelos assuntos do Estado*' como se fossem seus, fato possibilitador da associação de distintos sujeitos privados e públicos na realização do Estado de Direito do Ambiente (TOCQUEVILLE, 1987).

O meio ambiente é um bem jurídico que representa e reforça a idéia de um novo valor que se reveste de maior importância para a comunidade jurídico-politicamente organizada, valor esse que deve ser compreendido na sua dimensão pública ou coletiva. Canotilho (1998) dispõe, analisando o meio ambiente, ser importante mostrar que essa sua natureza não prejudica, ao contrário, reforça a circunstância do ambiente dever ser assumido como um direito subjetivo de todo e qualquer cidadão individual ou coletivamente considerado. O referido autor ainda deixa claro que o meio ambiente, apesar de ser um bem social unitário, é dotado de uma indiscutível dimensão pessoal<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> Conforme Sarlet (2001, p.95), o princípio da dignidade da pessoa humana, para afirmar-se que todos os homens, sem exceção, e não só o cidadão brasileiro, são titulares do direito fundamental de proteção do meio ambiente. Fundamenta-se essa assertiva no que diz que "[...] a titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia, uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da

Fidalgo (1993) dispõe que se fala de um direito subjetivo do meio ambiente como forma de garantir a continuidade da vida e da integridade física de todas e de cada uma das pessoas. Assim, sem deixar de defender e preservar os interesses do indivíduo, o direito fundamental à proteção ambiental está atrelado à eficácia na conservação do bem comum. Por essas aspirações coletivas, que se constituem, sem dúvida, em matéria de relevo e importância, utiliza-se a expressão "*interesses difusos*", referindo-se a situações compartilhadas pela coletividade<sup>145</sup>.

A consideração do ambiente como um direito subjetivo de cada pessoa e de todas lhe confere uma feição específica de reconhecido direito fundamental ocupando lugar de destaque na Constituição Federal de 88. Conclui, Canotilho (1998) que o ambiente deve ser encarado sob o ponto de vista de sua relevância jurídica, não só sob a sua faceta personalíssima, mas também por

---

pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade [...]."

<sup>145</sup> Em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello dispõe o que segue relativo à titularidade do direito fundamental de proteção do meio ambiente "(...) A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade. O direito da integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. (MS-22164/SP, DJ 17/11/1995)". É, ainda, parte do acórdão a defesa do Ministro em relação ao que denominamos como direito de terceira dimensão ao afirmar que "acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial enexauribilidade". Trecho retirado do Acórdão do Julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro do MS-22164 / SP em 30/10/1995, tendo como relator o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello.

meio de sua relevância sistêmico-social (em que pese, atualmente, o autor discordar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais de proteção ao meio ambiente)<sup>146</sup>.

É, portanto, valendo-se dos direitos fundamentais que se pode integrar a preservação do ambiente no âmbito da proteção jurídica subjetiva (SILVA, V., 2002). As agressões ilegais, provenientes tanto de entidades públicas como privadas, só poderão ser defendidas mediante a consagração do direito fundamental ao ambiente, tal qual é expresso na Carta Constitucional Brasileira.

Já ao analisar a estrutura dos deveres fundamentais a primeira idéia que se deve trabalhar, após a reflexão sobre de seu conceito, é a que diz respeito à sua titularidade. Em decorrência da compreensão de seu conceito, pode-se afirmar que todos os deveres fundamentais são, em certo sentido, deveres para a comunidade e estão diretamente a serviço da realização dos valores assumidos pela coletividade organizada em estado, como valores seus (NABAIS, 1998). O que significa que os deveres fundamentais são expressão da estadualidade ao seu mais alto nível<sup>147</sup>.

A partir destas primeiras afirmações já se pode iniciar uma reflexão concernente à titularidade dos deveres fundamentais e, especialmente, uma reflexão a respeito da titularidade do dever fundamental de proteção ambiental. Dessas reflexões restarão algumas questões que, obrigatoriamente, deverão ser respondidas, dentre elas: se o dever fundamental decorre da existência de um Estado Democrático de

---

<sup>146</sup> É o reconhecimento da existência de um direito subjetivo ao ambiente sem esquecer o seu caráter de bem jurídico unitário de toda a comunidade: por outras palavras, a titularidade individual de um direito subjetivo ao ambiente não traz consigo a subversão do ambiente como bem jurídico coletivo, ou seja, não perde a sua titularidade difusa, conforme o entendimento de Canotilho (1998, p.29).

<sup>147</sup> Aqui está se referindo aos titulares/destinatários do direito/dever fundamental de defesa do meio ambiente (titularidade difusa, coletiva e individual), tendo como titulares o Estado e a comunidade (particulares), produzindo entre os particulares eficácia direta.



Direito, somente o Estado e o cidadão serão, desta forma, titulares dos deveres fundamentais? Assim, com base em questionamentos como este, se avança no estudo.

Nesse entendimento, a titularidade ativa dos deveres fundamentais das relações intersubjetivas nas quais eles se consubstanciam vai muito mais além do que a "*expressão da estadualidade*". Parte-se do entendimento de que não são deveres para com o Estado, mas sim para com a sociedade em geral, são deveres para a comunidade nacional e, em alguns casos, para a comunidade internacional<sup>148</sup>. Em decorrência de sua titularidade e função podemos destacar três situações decorrentes dos deveres fundamentais: os deveres fundamentais clássicos, os deveres fundamentais de conteúdo econômico, social ou cultural e os deveres fundamentais cujo titular ativo são determinadas categorias ou grupos de pessoas enquanto titulares de direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais clássicos como sendo aqueles que constituem os verdadeiros pressupostos da existência e do funcionamento da comunidade organizada politicamente em um Estado Democrático de Direito (NABAIS, 1998). Os deveres fundamentais clássicos são aqueles eminentemente associados ao funcionamento econômico e ao funcionamento democrático da comunidade, ou seja, são deveres fundamentais que possuem como titular ativo a comunidade, uma vez que são deveres que devem ser cumpridos para com o Estado. Constituem representantes desta categoria de deveres fundamentais os deveres de defesa da pátria.

---

<sup>148</sup> Quando se afirma que alguns deveres fundamentais correspondem a deveres para com a comunidade internacional, em alguns aspectos, queremos dizer que em alguns deveres fundamentais, dentre eles o dever fundamental de proteção ambiental, a sua titularidade extrapola um entendimento nacional, se está diante de uma responsabilidade para com toda a humanidade.

O segundo grupo de deveres fundamentais encontra-se naqueles cujo titular ativo são determinadas categorias ou grupos de pessoas titulares de direitos fundamentais. Nabais (1998)<sup>149</sup> entende ser esse o caso do dever dos pais de manutenção e educação dos filhos, pois o dever para com os filhos assume uma configuração complexa em razão de ser ao mesmo tempo um direito e um dever. Direito-dever de liberdade dos pais e um direito associado dos filhos de serem mantidos e educados. Os deveres fundamentais desse segundo grupo exprimem uma exigência comunitária autônoma, uma necessidade social, que o Estado impõe para compensar a debilidade da realização daqueles direitos em razão da fragilidade de seus titulares.

Esse conjunto de deveres fundamentais possui uma natureza peculiar, tendo que ser configurado como direitos-deveres ou poderes-deveres com dupla natureza (ANDRADE, 2006). O referido autor esclarece a definição dispondo que esses deveres fundamentais são casos nítidos de deveres reversos dos direitos correspondentes. Lamprecht (apud NABAIS, 1998)<sup>150</sup> menciona uma característica de extrema importância no papel exercido pelos deveres fundamentais e um dos sustentáculos deste estudo, qual seja, a condição de prestar auxílio ao próximo em situação de necessidade, a de se considerar um dever fundamental e não apenas um dever meramente legal.

---

<sup>149</sup> Nabais (1998, p.103-104) ressalta, ainda, que partindo dessa idéia de que o direito dos filhos apenas vale face ao Estado e não relativamente aos pais, baseia o referido dever de manutenção e educação dos filhos, assim como aqueles que se aproximem em seu conteúdo, por exemplo o dever de prestar auxílio ao próximo em situações de necessidade, na intangibilidade ou inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, afirmando que "o preceito este que seria o fundamento dos deveres fundamentais para com os outros homens individualmente considerados".

<sup>150</sup> R. Lamprecht, *Menschenwürde des Kindes*, p.887 apud Nabais (1998, p.104) afirma que "[...] parece-nos que é um dever correlativo do direito fundamental à intangibilidade da dignidade da pessoa humana, direito este que o art.1º, I, (1), da Lei Fundamental consagraria como **um direito mínimo para valer no caso de outros se mostrarem inoperantes** (grifo nosso)"

E, finalmente, o terceiro grupo de deveres fundamentais são os deveres fundamentais que se apresentam como deveres para com o próprio destinatário, são aqueles de conteúdo econômico, social ou cultural. Os deveres fundamentais cívico-políticos são oriundos do Estado Democrático de Direito, estes deveres fundamentais são, basicamente, fruto do Estado Social e se destinam a tutelar determinados valores sociais que, pela sua importância para a coletividade, a Constituição entendeu privilegiar (NABAIS, 1998). O terceiro grupo de deveres fundamentais não tem por titular ativo o Estado e sim a coletividade. Nabais afirma,

[...] deveres como o dever de trabalhar, o dever de cultivar a terra, o dever de defender e promover a saúde, o dever de defender o ambiente, o dever de escolaridade obrigatória, o dever de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural, são deveres cujo cumprimento tem sobretudo a ver com a existência de uma 'dada' sociedade e não com a existência do próprio Estado (1998, p. 103).

É possível afirmar que os deveres fundamentais, como os deveres relativos à saúde, ao ambiente e ao patrimônio cultural podem ser considerados deveres ecológicos (NABAIS, 1998). Esses deveres extravasam sob o ponto de vista da titularidade, uma órbita nacional; as consequências de seu não cumprimento atingem fronteiras bem mais distantes, refletindo na comunidade internacional. Esta-se diante, portanto, de deveres para com toda a humanidade.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Observe-se, por exemplo, a situação estabelecida com em face da gripe que foi apelidada de "suína" que assola o mundo nos dias de hoje, não adstrita ao local de origem. Provocada pela forma que os animais são criados e como são tratados em razão das exigências de uma sociedade de consumo que visa o lucro acima de tudo.

Borges (1998) sustenta que o direito ao meio ambiente é um direito "*erga omnes*" em duas direções; primeiro, porque todos têm direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, dispondo que não existe um *status* que atribua a titularidade a este direito<sup>152</sup>; e, segundo, porque as obrigações a que se referem são de toda a sociedade.

Já se pode concluir que o titular ativo do dever fundamental de proteger o meio ambiente, mais do que o Estado ou mesmo nem sequer o Estado, é a coletividade. Esse dever fundamental de preservar o ambiente é assumido como um valor jurídico-constitucional e como um suporte para a imposição de um padrão de comportamento aos indivíduos.

Nabais (1998) ressalta que todos os deveres fundamentais estão a serviço de valores comunitários, de valores que são assumidos pela coletividade como valores seus, constituindo deveres para com toda a comunidade e, nesta medida, afirma ser o Estado o titular ativo número um de todos os deveres fundamentais. Nabais refere, ainda, "que neste sentido, todos os deveres fundamentais são deveres do cidadão, não havendo assim lugar para deveres do homem" (1998, p.191).

Com base na afirmação supracitada, cabe um minuto de reflexão acerca dos deveres do homem e dos deveres do cidadão no concernente ao dever fundamental de proteção ambiental. De acordo com manifestações anteriores, se está diante de um dever fundamental que possui como titular muito mais do que somente o Estado, tem-se como titular a coletividade. Caracteriza-se como um dever que afeta mais do que uma comunidade nacional, afeta toda comunidade humana, ou seja, afeta toda a humanidade.

---

<sup>152</sup> Posição esta de que não se compartilha, uma vez que se entende ser a titularidade dos direitos fundamentais de terceira dimensão, especificamente, no que concerne ao direito à preservação ambiental, direitos de titularidade difusa, como já foi explorado anteriormente.

Partindo, portanto, da premissa de que o descuido com o meio ambiente levará, indubitavelmente, à extinção da vida na Terra, não seria temerário outorgar somente aos cidadãos, sob o ponto de vista jurídico, o dever de preservar? Não seriam todos responsáveis pela manutenção do planeta, não importando a idade ou capacidade das pessoas?

A titularidade ativa dos deveres fundamentais não esgota toda a posição jurídica dos respectivos titulares, no caso do Estado e outros entes públicos (NABAIS, 1998). Esses titulares, além da posição ativa, no sentido de contrapartida da imposição de deveres, possuem, em regra, uma posição passiva. A posição passiva, também denominada de obrigação expressa ou de destinatário, consubstancia-se na organização e no funcionamento de serviços administrativos especializados, quer na realização de tarefas estatais quer no cumprimento de imposições constitucionais.

Seguindo a mesma linha de argumentação, Miranda afirma que a imposição de deveres não tem como única contrapartida uma situação ativa ou de vantagem por parte do Estado ou de outra entidade pública, tem ou pode ter uma face passiva ou de obrigação. O referido autor salienta, ainda, que o Estado deve assegurar condições, de várias ordens, para o cumprimento das normas imbuídas de deveres de estrutura constitucional como é o caso do dever fundamental de proteção ou defesa do ambiente (MIRANDA, 1998).

Os deveres fundamentais devem respeitar o princípio da universalidade, significando que todos os cidadãos estão sujeitos aos deveres fundamentais, salientando

Este princípio contende mesmo com o conceito material de deveres fundamentais, os quais ou são expressão de posições jurídicas universais, excluindo portanto toda e

qualquer discriminação racionalmente não fundada na sua imposição, ou não são (verdadeiros) deveres fundamentais. Pois, traduzindo-se na participação dos membros da comunidade no suporte dessa mesma comunidade [...], os deveres fundamentais outra coisa não são, ao fim e ao cabo, senão direitos a uma repartição universal ou geral dos encargos comunitários, dos encargos que a existência e funcionamento da comunidade estadual implicam (NABAIS, 1998, p.139).

Assim, ao analisar a titularidade do dever fundamental de proteção ao meio ambiente é de se reter na afirmação medular deste item, qual seja, a determinação de que a coletividade e o Estado, como Poder Público, são titulares ativos e passivos deste dever fundamental. E, quando se referem à coletividade, se está incluindo todos os indivíduos de nossa sociedade, independentemente de sua capacidade política ou enquadramento político. A luta pela preservação do ambiente saudável e equilibrado entre homem e natureza, consubstanciado nesse dever fundamental, possui como titular a humanidade.

### **3.6 A proteção ambiental como dever fundamental**

Pode-se afirmar, que intrinsecamente vinculado ao direito de proteção ambiental existe um dever fundamental. Esse dever fundamental caracteriza-se pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos partícipes de nossa sociedade em manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado, seja por intermédio de cuidados básicos para com o meio seja

através de grandes participações populares na luta pela não-destruição do *habitat* natural.

Quando se perspectiva em direito e dever fundamental à proteção ambiental, faz-se referência à questão primordial de se possuir o direito fundamental de viver em um meio ambiente saudável e equilibrado e do dever, também fundamental, de lutar com todos os meios legítimos disponíveis para que este ambiente assim se mantenha por muitas gerações.

Os deveres fundamentais estão intimamente relacionados com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mesmo que não exclusivamente. Sarlet defende que direitos “[...] (fundamentais ou não) não podem ter a existência pautada pela desconsideração recíproca” e em razão disso reforça a “máxima de que direitos não podem existir sem deveres” (2009, p. 240). Na mesma linha, defende Andrade (2006) ao asseverar que os deveres fundamentais são geralmente relacionados a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com ideais de defesa da democracia, promovendo a participação ativa dos cidadãos na vida pública, instigando um empenho solidário de todos na transformação de estruturas sociais consolidadas. E mais, é vital a compreensão de que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado (e contra o particular), não seria possível, nem mesmo suficiente ou adequado para exprimir juridicamente as relações entre o cidadão e o Poder Público, uma vez que ao cidadão não cabe apenas direito nem ao Estado apenas deveres (ANDRADE, 2006).

Incontestável e irrepreensível a lembrança de Andrade (2006) acerca dos deveres fundamentais, enquanto dimensão objetiva (coletiva):

Ninguém duvida, pelo menos, do interesse pedagógico e da importância espiritual e ética que reveste a idéia dos deveres fundamentais dos cidadãos, significando que o homem

não existe isoladamente, nem a sua liberdade é absoluta e que os indivíduos são responsáveis no campo político, econômico, social e cultural pela segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade (ANDRADE, 2006, p. 160-161).

De toda forma, os deveres fundamentais, podem ser analisados sob o prisma de seus conteúdos e é possível classificá-los como deveres positivos e negativos em virtude de imporem ao destinatário um comportamento positivo ou negativo. Os deveres fundamentais de cunho positivo podem ser divididos, ainda, em deveres de prestações de fato ou em deveres de prestações materiais.

Contudo, alguns deveres fundamentais em virtude da complexidade de seus conteúdos não podem ser enquadrados, exclusivamente, em alguma das duas categorias. Existem, portanto, deveres fundamentais que são simultaneamente positivos e negativos e deveres fundamentais que são, concomitantemente, deveres de prestação de fazer e de prestação de dar. Para exemplificar essa afirmação, Nabais (1998) dispõe que no primeiro caso se está diante dos deveres de defesa e da promoção da saúde e no segundo caso encontram-se os deveres fundamentais de defesa da pátria.

O dever fundamental de proteção ao meio ambiente em virtude da complexidade múltipla de seu conteúdo integra a categoria mais elaborada dos deveres fundamentais. Essa complexidade está vinculada ao fato de que o dever de defesa do ambiente caracteriza-se como um dever de cunho positivo e negativo, uma vez que impõe ao homem um comportamento positivo, seja através de uma prestação de fato (fazer) ou de uma prestação de coisa (dar), e também se caracteriza como um dever de cunho negativo, cujo comportamento exigido é o de se abster de fazer algo em prol da defesa ambiental.



Miranda (1994) inclui o dever fundamental de defesa do ambiente no âmbito dos deveres fundamentais conexos com direitos fundamentais, ou seja, não autônomos. Dessa feita, pode-se classificar o dever fundamental de defesa do ambiente como um dever eminentemente aderido a um direito, haja vista a impossibilidade de um existir sem outro. Nesse dever de defesa aqui abordado, não há espaço para limitações ou exclusões do respectivo direito fundamental, o que ocorre é exigência do cumprimento de um dever para que se possa usufruir em sua plenitude o direito fundamental a um ambiente sadio e equilibrado.

Dessa forma, os deveres fundamentais pertencem e integram o sistema complexo dos direitos fundamentais, ora como deveres coligados a direitos, ora como deveres limitadores de direitos, mesmo que alguns deles não estejam disciplinados no capítulo destinado aos direitos e deveres fundamentais, na Constituição Federal de 88. O dever fundamental de defesa do ambiente é um dever conexo ao direito fundamental de desfrutar um ambiente saudável, sem representar uma restrição ou uma limitação, em virtude de ser um dever não autônomo.

Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensões, o direito difuso (de terceira dimensão) a um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável possui características bastante singulares. A principal característica dos direitos fundamentais do homem, que estão compreendidos na terceira dimensão, consubstancia-se no fato de se desprenderem, em um primeiro momento, da figura do "homem-indivíduo" como titular do direito e tomarem como destinação à proteção de "grupos humanos", assinalando-os como direitos de titularidade difusa e/ou coletiva, também podendo ser designada como uma dimensão transindividual, contemplando direitos difusos e coletivos<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Conforme Moraes (1996, p.124) pode-se afirmar que a categoria dos

Em suma, pode-se concluir que interesses juridicamente difusos são definidos como necessidades comuns a conjuntos indeterminados de indivíduos e que estas necessidades somente podem ser satisfeitas em uma perspectiva comunitária. Em decorrência disso, estabelece-se a denominação pluriindividual, uma vez que não são nem interesses meramente coletivos, nem puros interesses individuais, apesar de que possam projetar-se de modo específico, direta ou indiretamente, nas esferas jurídicas de ambas as pessoas. Dessa forma, o meio ambiente caracteriza-se por ser interesse difuso; Benjamin sustenta, nesse sentido, que “interesses ou direitos difusos são, de modo simplificado, aqueles que têm como titulares grandes parcelas de pessoas não representadas adequadamente por porta-vozes unívocos e individualizados” (BENJAMIN, 1995, p. 92), pois se trata de interesses dispersos por toda a comunidade e apenas ela, enquanto tal, pode prosseguir, independentemente de determinação de sujeitos. O autor salienta que nos termos da legislação brasileira pode-se fazer luz a definição do Código de Defesa do Consumidor que, no inciso I, do art. 81, dispõe que se trata dos direitos “transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, sendo, portanto a indivisibilidade a sua característica mais marcante (BENJAMIN, 1995, p. 92).

Já ao analisar a estrutura dos deveres fundamentais a primeira idéia que se deve trabalhar,

---

interesses transindividuais permite uma aproximação qualificada às questões transpessoais. O autor esclarece, ainda, que “o prefixo trans permite, assim, que possamos apreender a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comum(nitários), tocam imediata e individualmente – embora este termo individual não tenha o mesmo conteúdo excludente de quando está empregado como direito individual, como salientado há pouco – cada componente desta coletividade [...]. parece que esta passagem do singular para o coletivo não se faz aniquilando o indivíduo mas, inserindo-o numa dimensão comunitária.” Ainda segundo Bolzan de Moraes, dentro do gênero dos interesses transindividuais aparecem, em primeiro lugar, os interesses coletivos e, em seguida os interesses difusos.

após a reflexão de seu conceito, é a que diz respeito à sua titularidade. Em decorrência dessa compreensão, pode-se afirmar que todos os deveres fundamentais são, em certo sentido, deveres para a comunidade e estão diretamente a serviço da realização dos valores assumidos pela coletividade organizada em estado, como valores seus. O que significa, de acordo com o entendimento do referido autor, que os deveres fundamentais são expressão da estadualidade ao seu mais alto nível (NABAIS, 1998, p. 101)<sup>154</sup>.

A partir destas primeiras afirmações já se pode iniciar uma reflexão concernente à titularidade dos deveres fundamentais e, especialmente, uma reflexão a respeito da titularidade do dever fundamental de proteção ambiental. Nesse entendimento, a titularidade ativa dos deveres fundamentais das relações intersubjetivas nas quais eles se consubstanciam vai muito mais além do que a "expressão da estadualidade". Parte-se do entendimento de que não são deveres para com o Estado, mas sim para com a sociedade em geral, são deveres para a comunidade nacional e, em alguns casos, para a comunidade internacional<sup>155</sup>. Em decorrência de sua titularidade e função podem-se destacar três situações decorrentes dos deveres fundamentais: os deveres fundamentais clássicos, os deveres fundamentais de conteúdo econômico, social ou cultural e os deveres fundamentais cujo titular ativo é determinadas categorias ou grupos de pessoas enquanto titulares de direitos fundamentais (NABAIS, 1998).

---

<sup>154</sup> Aqui está se referindo aos titulares/destinatários do direito/dever fundamental de defesa do meio ambiente (titularidade difusa, coletiva e individual), tendo como titulares o Estado e a comunidade (particulares), produzindo entre os particulares eficácia direta.

<sup>155</sup> Quando se afirma que alguns deveres fundamentais correspondem a deveres para com a comunidade internacional, em alguns aspectos, se quer dizer que em alguns deveres fundamentais, dentre eles o dever fundamental de proteção ambiental, a sua titularidade extrapola um entendimento nacional, se está diante de uma responsabilidade para com toda a humanidade.

Importante anunciar que, para além dos deveres fundamentais de proteção ambiental, na sua multifuncionalidade, a Constituição Federal de 88 anunciou o dever fundamental de proteção da fauna, objeto dessa pesquisa, no inciso VII, do § 1, do art. 225 ao dispor que incumbe ao Poder Público: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”<sup>156</sup>. Não se pode olvidar de que o ordenamento jurídico é um sistema que deve ser lido em conjunto, portanto, não é possível desvincular o parágrafo do *caput* e nem mesmo do espírito da Carta. Nesse sentido, importa registrar que o dever não se restringe ao Poder Público, mas também recai sobre a coletividade.

No que tange os direitos e os deveres de proteção do meio ambiente, no sentido amplo dos direitos a prestações, na acepção de que este direito à proteção outorga ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens (SARLET, 2005), pode-se ressaltar o próprio *caput* do artigo 225, quando dispõe, claramente, o direito e o dever, tanto do Estado quanto da coletividade, de prestar proteção ambiental.

A interpretação do artigo 225<sup>157</sup> de Constituição Federal de 88 permite afirmar que a proteção ao meio ambiente, para além de um direito fundamental do cidadão, é um dever fundamental. O dever fundamental de proteção ao meio ambiente está alicerçado na

---

<sup>156</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10/12/2008.

<sup>157</sup> O artigo 225 da Constituição Federal disciplina que “**Todos têm direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever** de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

pressuposição de que os deveres fundamentais, no caso específico, os voltados ao meio ambiente, à condição de nele incluir princípios sócio-humanos de convivência que, por sua vez, instruem e são instruídos pelas questões presentes no direito fundamental ao contemplar o direito à igualdade, à liberdade, à solidariedade (ANDRADE, 2006). Como tal, defende Alexy (1997), mesmo que em oposição à idéia de deveres fundamentais, a condição de mandato de igualdade, direito geral de liberdade, a necessidade, como direito fundamental, de ordenar as ações à atender esses direitos.

E, nessa linha, Alexy (1997), propugna a fórmula marxiana de que tem de se tratar igual aos iguais e desigual aos desiguais. Formulando um raciocínio, extrapola-se esta condição, por similitude, aos deveres fundamentais. Esta mesma fórmula empregada para balizar e justificar parte dos direitos fundamentais funciona também como um argumento válido, um argumento de endosso da constituição de deveres fundamentais em relação à proteção ao meio ambiente. Tendo a proposta de uma vida digna e justa, do ponto de vista individual e coletivo, e assumindo o pressuposto de que o meio ambiente necessita ser tutelado por diversos ramos do Direito, emerge a necessidade de constituição de uma esfera de deveres associada ou não aos direitos fundamentais. Esses deveres fundamentais norteiam o *ethos* de obtenção de uma vida digna, solidária, com liberdade e igualdade.

Rechaçando a idéia da exata simetria entre direitos e deveres, vale referir lição de Habermas (2000) que, destacando o papel dos deveres, adota o entendimento de Patzig. Este autor destrói a simetria entre direitos e deveres, indicando um argumento válido ao tema em apreço neste estudo. Sua proposta, no que Habermas (2000) concorda, uma vez que esta se baseia que o reconhecimento recíproco entre os sujeitos, ao menos em potência livres e iguais, constitui uma

necessidade conceitual e, em face disso, determina o patamar dos deveres frente aos animais.

Continuando no processo de análise dos deveres, HABERMAS questiona

[...] os deveres hão de ser de tão maior peso quanto maior for a sensibilidade dos animais a dor. Com isso, modifica-se o conceito de dever: já não se trata de deveres em um sentido deontológico, mas sim a comparação de bens. A partir daí, só há um passo até a ética ecológica, equivalentes as questões éticas referentes ao tipo de vida que pessoalmente se leva, devem pôr-se de outro modo de ver as coisas, a saber, o teleológico, reservando ao planejamento deontológico unicamente aos problemas relativos à convivência bem ordenada entre as pessoas (HABERMAS, 2000, p. 231).

O autor introduz ao seio da discussão dos deveres dos animais humanos para com a proteção dos animais não-humanos a questão dos seres sencientes. Afirma, assim, que quanto maior for a capacidade de sentir de um ser vivo, maior é o dever de proteção do ser humano para com ele.

Nesses termos, dentre as duas categorias dos deveres fundamentais propostas por Andrade (1998)<sup>158</sup> em sua obra, pode-se enquadrar o dever fundamental à

---

<sup>158</sup> Andrade (1998, p.157) de acordo com o exposto, dispõe que “Os direitos ao ambiente e à fruição do patrimônio cultural não se limitam ao direito à intervenção prestadora do Estado, nem sequer à exigência do respeito por um bem próprio (individual). Implicando directamente com o tipo de comportamento de todos os indivíduos e sendo exercido num quadro de reciprocidade e de solidariedade (...), são direitos circulares, cujo conteúdo comum é definido necessariamente em função do interesse comum, pelo menos em tudo aquilo que ultrapassa a lesão directa de bens individuais”.

proteção ambiental como um dever associado ao direito fundamental de usufruir um meio ambiente saudável.

No âmbito do Direito Internacional, segundo Trindade (1993), podemos trazer à cena a Declaração de Haia sobre a atmosfera de 1989, afirmando que "o direito de viver é o direito do qual emanam todos os demais direitos", e acrescenta que "o direito de viver com dignidade em um meio-ambiente global viável" acarreta o dever das "comunidades das nações de preservar o ambiente saudável e equilibrado para as gerações presentes e futuras", o que o autor enfatiza é a dependência humana da qualidade ambiental.

Ante o exposto, pode-se dizer, que intrinsecamente vinculado ao direito de proteção ambiental existe um dever fundamental. Esse dever fundamental caracteriza-se pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos partícipes de nossa sociedade em manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado, seja por intermédio de cuidados básicos para com o meio seja através de participações populares na luta pela não-destruição do habitat natural.

Dessa feita, o direito à proteção ambiental é um direito de expectativas a que correspondem obrigações, conforme defende Borges (1998). Porém, por ser o direito de preservação ambiental um direito fundamental de terceira dimensão, e não um direito social, que coloca o indivíduo em uma posição passiva no ato de agir, as obrigações que lhe são decorrentes não são apenas deveres do Estado, são, essencialmente, deveres próprios de todos os cidadãos.

Ressalta-se, assim, ao dispor que as obrigações decorrentes do dever fundamental de proteção ao meio ambiente são de toda a sociedade, queremos dizer que não cabe apenas ao Estado zelar pelo ambiente no qual vivemos. O zelo e o dever de cuidado é de toda a sociedade, todas as pessoas têm o dever de preservar o ambiente de nosso planeta adequado para a sadia qualidade de vida das presentes e das futuras gerações,

aplicando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana em conexão com um princípio muito maior, qual seja, a dignidade da própria vida.

A situação estabelecida de um dever fundamental de proteção ambiental de terceira dimensão, em que se busca uma base de solidariedade para a sua execução reflete que, definitivamente, esse é um direito que se funda na solidariedade por exigir a participação de todos, para que este mesmo todo mantenha a vida. Dessa forma, na medida que o direito à preservação ambiental se funda na solidariedade, não poderiam ser chamados de direitos propriamente ditos, ao passo que, segundo Borges (1998), a solidariedade fundamentaria deveres que, somente indiretamente, dariam lugar a direitos.

Nessa perspectiva de análise atesta Borges (1998) que este direito/dever, caracterizado como um direito difuso difere dos direitos das dimensões anteriores, uma vez que não nascem de uma relação contratual, nem de uma determinada posição em face de um Estado. Esse direito/dever nasce da valorização da pessoa humana no final do século passado que passam a possuir direitos fundamentais invioláveis, inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis.

Defende-se, então, a idéia de que deva haver uma prioridade dos direitos fundamentais sobre os deveres fundamentais e de que os deveres não devem ser encarados, ou mesmo entendidos, como simples limites dos direitos. Portanto, para que haja equilíbrio entre as relações e a coletividade passe a fazer parte, de forma atuante e verdadeira, da forma social a que pertencem, os deveres fundamentais são estritamente imprescindíveis, pois se valendo de sua efetividade e eficácia poder-se-á cobrar da população uma posição atuante e responsável, tão responsável quanto aquela que cobramos dos Poderes Públicos.

Nessa perspectiva, para haver uma efetiva proteção ao meio ambiente, seja ele cultural, natural ou do trabalho, por exemplo, é imprescindível uma ação



conjunta com a comunidade (FREITAS, V., 2000). O autor ressalta o fato que ao se pensar acerca de proteção do ambiente, vêm em mente sanções aos transgressores pelas degradações ambientais cometidas, no entanto, é evidente que se faz necessário trabalhar a prevenção. Dessa feita, é preciso conscientizar a comunidade no que tange a importância e a necessidade da proteção do ambiente para, aí sim, partir para a imposição de limitações e sanções, pois é preciso que todos participem, ativamente, da defesa do ambiente, como já garante o próprio *caput* do art. 225.

Por meio de posições e entendimentos como os de Freitas, dentre outros tantos autores<sup>159</sup> que pensam a proteção ambiental, é que se avista uma possibilidade de tomada de consciência social para a preservação do meio em que vivemos. O referido autor sustenta, ainda, que este sentimento preservacionista, essa consciência de que fazemos parte do todo e que a omissão não é a solução para a manutenção da vida saudável e equilibrada na Terra, já vem se desenvolvendo em nossa sociedade, meio tímida e com muito que fazer, mas já é um começo. E, este estudo, além de toda a pretensão jurídica ainda possui uma vontade maior, a vontade de despertar nos leitores o desejo de participar ativamente na preservação da Terra e da própria humanidade.

Quando se perspectiva um direito e dever fundamental à proteção ambiental, esse estudo faz referência à questão primordial de se possuir o direito fundamental de vivermos em um meio ambiente saudável e equilibrado e do dever, também fundamental, de lutar-se com todos os meios legítimos disponíveis para que este ambiente assim se mantenha por muitas gerações.

Uma análise dos conteúdos dos deveres fundamentais é necessária ao entendimento de que

---

<sup>159</sup> Ver sobre a temática: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009; FIORILLO, Celso A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

esses podem ser classificados como deveres positivos e negativos em virtude de imporem ao destinatário um comportamento positivo ou negativo. Os deveres fundamentais de cunho positivo podem ser divididos, ainda, em deveres de prestações de fato ou em deveres de prestações materiais.

Os deveres positivos de prestações de fazer podem ser considerados como sendo a generalidade dos deveres fundamentais e pode-se trazer como exemplo, no direito brasileiro, o dever de prestar serviço militar e o dever de votar (NABAIS, 1998). Os deveres fundamentais positivos de prestações materiais de dar podem ser exemplificados por intermédio do dever fundamental de pagar impostos, no qual o cidadão, mediante o dever fundamental, é obrigado a pagar ao Estado. De outra feita, os deveres fundamentais de caráter negativo estão consubstanciados em não fazer alguma coisa, são deveres de abstenção, como é o caso do dever de isenção político-partidária das forças armadas.

Contudo, alguns deveres fundamentais em virtude da complexidade de seus conteúdos não podem ser enquadrados, exclusivamente, em alguma das duas categorias acima referidas. Existem, portanto, deveres fundamentais que são simultaneamente positivos e negativos e deveres fundamentais que são, concomitantemente, deveres de prestação de fazer e de prestação de dar. Para exemplificar essa afirmação, Nabais (1998) dispõe que no primeiro caso se está diante dos deveres de defesa e da promoção da saúde e no segundo caso encontram-se os deveres fundamentais de defesa da pátria.

O dever fundamental de proteção ao meio ambiente em virtude da complexidade múltipla de seu conteúdo integra a categoria mais elaborada dos deveres fundamentais. Essa complexidade está vinculada ao fato de que o dever de defesa do ambiente caracteriza-se como um dever de cunho positivo e negativo, uma vez

que impõe ao homem um comportamento positivo, seja através de uma prestação de fato (fazer) ou de uma prestação de coisa (dar), e também se caracteriza como um dever de cunho negativo, cujo comportamento exigido é o de se abster de fazer algo em prol da defesa ambiental.

Essa particular característica do dever fundamental de defesa do ambiente exprime a idéia de uma dupla função, de prestação e de abstenção, tal como existe no direito fundamental de viver e conviver em um ambiente saudável. Os deveres que se encaixam nesta especial categoria "têm um vector de defesa – que tem um conteúdo predominantemente negativo, e um vector – o vector de promoção – que assume um conteúdo nitidamente positivo" (NABAIS, 1998, p. 446), caso específico do dever objeto deste estudo.

Gavião Filho (2005), nessa seara, considera a situação a partir do ponto de vista de que na função ambiental da propriedade, por exemplo, surgem os deveres negativos e positivos para o proprietário, devendo esse, se comportar de modo a não desenvolver atividades lesivas que possam resultar em dano ao ambiente, assim como deve adotar medidas preventivas, com o escopo de que o exercício da titularidade seja adequado à proteção e preservação do ambiente.

Do ponto de vista constitucional, pode ser feita uma distinção entre os deveres fundamentais imediatamente aplicáveis ou exigíveis e os deveres fundamentais apenas mediamente aplicáveis, ou seja, que necessitam de lei para a sua perfectibilização. Nabais (1998), contudo, alerta que, de acordo com o seu entendimento, os deveres fundamentais, mesmo que estejam determinados na Constituição, não são diretamente aplicáveis, exigindo para o seu emprego a intervenção do Poder Legislativo.

No entanto, tratando-se do dever fundamental de proteção ambiental discorda-se do referido autor, no quesito de sua mediata aplicabilidade. O dever de defesa

do ambiente é singular quanto à importância de seu conteúdo e da urgência de sua exigibilidade, quando a Constituição Federal de 88 regulou a existência de uma norma disciplinando o dever do Estado e da Coletividade em preservar o ambiente sadio e equilibrado, imbuindo a norma de princípios e valores jurídicos e éticos que determinam a sua aplicabilidade imediata para que se preserve a vida na Terra.

Ainda trabalhando o quesito conteúdo, destaca-se a distinção entre os deveres fundamentais não autônomos e os deveres fundamentais autônomos. Os primeiros correspondem àqueles que possuem um conteúdo constitucional que integra a exclusão da liberdade negativa, ou, como ressalta Nabais (1998), o não-exercício dos direitos, que se encontram associados e que coincide com parte do conteúdo dos específicos direitos fundamentais a que estão associados, configurando-se como autênticos direitos-deveres, em que existe a predominância dos deveres. Nesta classificação encontra-se a grande maioria dos deveres fundamentais, e seu conteúdo possui uma relação de integração com os direitos fundamentais.

Por outro lado, aproveitando ainda o entender de Nabais (1998), os deveres autônomos têm um conteúdo constitucional completamente excluído de outros específicos direitos fundamentais. Encontramos como exemplo desta categoria, todos os deveres que são coligados a direitos fundamentais por terem sido constitucionalmente constituídos com o objetivo de enfraquecer ou limitar certos direitos fundamentais, podendo traduzir uma situação de exclusão ou de delimitação (NABAIS, 1998). Esses representam a minoria dos deveres fundamentais como, por exemplo, dever de pagar impostos, dever de defesa da pátria, dentre outros.

Ainda pensando os deveres fundamentais na Constituição, apresenta-se o entendimento de Andrade (2006) ao afirmar que os deveres fundamentais

autônomos são os impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito, trazendo como exemplos o dever de obediência aos atos legítimos dos poderes públicos, os deveres de defesa da pátria e o dever de pagar impostos, dentre outros. No concernente aos deveres fundamentais não autônomos, os quais Andrade (2006) denomina deveres associados a direitos fundamentais, ressalta o reconhecimento de que estes deveres fundamentais podem alterar não só a estrutura, mas também o significado dos direitos fundamentais.

O que é certo é que se encontra no corpo da Constituição a previsão de deveres fundamentais que estão conectados a direitos fundamentais (ANDRADE, 2006). O dever fundamental de defesa do ambiente, por sua vez, enquadra-se na classificação dos deveres fundamentais não autônomos, pois estão intimamente relacionados ao direito fundamental de usufruir um ambiente sadio e equilibrado. É um dever fundamental associado a valores ou interesses comunitários, no caso em tela, relacionado à categoria dos direitos fundamentais de solidariedade.

Miranda (1998), consoante a interpretação defendida, inclui o dever fundamental de defesa do ambiente no âmbito dos deveres fundamentais conexos com direitos fundamentais, ou seja, não autônomos. Dessa feita, pode-se classificar o dever fundamental de defesa do ambiente como um dever eminentemente aderido a um direito, haja vista a impossibilidade de um existir sem outro. Nesse dever de defesa aqui abordado, não há espaço para limitações ou exclusões do respectivo direito fundamental, o que ocorre é exigência do cumprimento de um dever para que se possa usufruir em sua plenitude o direito fundamental a um ambiente sadio e equilibrado.

Outra forma de classificação dos deveres fundamentais, no que diz respeito ao seu conteúdo, apresenta-se na distinção existente entre os deveres de conteúdo cívico-político e os deveres de conteúdo sócio-

econômico-cultural. Os deveres fundamentais de conteúdo cívico-político estabelecem o comprometimento e a responsabilização das pessoas para a existência e o funcionamento do próprio Estado. Quanto aos deveres fundamentais de cunho sócio-econômico-cultural, pode-se dizer que estão associados e exprimem, sobretudo, a responsabilização dos indivíduos na conservação e na promoção de uma dada sociedade (NABAIS, 1998).

O dever fundamental de defesa do ambiente se encaixa nesse segundo modelo como agente que exige a prestação de um dever para a manutenção ou fomento de uma determinada sociedade e, pensando na importância do ambiente para toda a humanidade, afirma-se ser esse dever imprescindível para a conservação, preservação e promoção de todo o gênero humano.

Assim, afirma-se que o dever fundamental de defesa do meio ambiente pode ser classificado como um dever fundamental de cunho positivo e negativo, uma vez que impõe ao indivíduo um comportamento dual de defesa, ora através de uma ação, ora através de uma abstenção, caracterizando uma dupla função desse dever fundamental de defesa ambiental.

Pode ser classificado, ainda, como um dever fundamental diretamente aplicável, devido à relevância de seu conteúdo para a manutenção da vida; é um dever fundamental não autônomo, uma vez que está associado a um direito fundamental; é um dever fundamental de caráter sócio-econômico-cultural, em virtude de vincular o homem principalmente nas suas relações com a coletividade, exprimindo uma concepção jurídico-ética de atuação.

Dessa forma, os deveres fundamentais pertencem e integram a matéria dos direitos fundamentais, ora como deveres coligados a direitos, ora como deveres limitadores de direitos, mesmo que alguns deles não estejam disciplinados no capítulo destinado aos direitos e deveres fundamentais, na Constituição. Esta idéia de

integração dos deveres fundamentais com o tema dos direitos fundamentais em nada é prejudicada em virtude de alguns deveres fundamentais encontrarem-se esparsos no texto constitucional, seja nas partes relativas à organização política do Estado seja na parte dedicada à organização econômica, ainda traduzem a correta compreensão das relações entre direitos e deveres em um Estado Democrático de Direito, uma vez que estão a serviço da realização da dignidade da pessoa humana como membro da comunidade estatal (NABAIS, 1998).

Do todo que se deduz até aqui, podemos afirmar, sem dúvidas, que das intensas relações entre os direitos e os deveres fundamentais vai a idéia de que não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos. Essa assertiva se consolida na seguinte imagem:

[...] não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fáctica dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um Estado de Direito Democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos [...] (NABAIS, 1998, p. 119).

Desse modo, pode-se inferir que os direitos e os deveres fundamentais se encontram em uma relação de conexão funcional, que de um lado impede o exclusivismo dos direitos fundamentais e, por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia dos

direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres, uma vez que estes ainda servem, mesmo que indiretamente, ao objetivo constitucional da liberdade (NABAIS, 1998). O que, de fato, parece bastante plausível, seria insustentável apoiar um Estado Democrático de Direito unicamente em uma estrutura de direitos, assim como não mais se concebe sequer imaginar a inexistência de um catálogo de direitos e a concepção, na contramão da história, de uma revista única de deveres, há de se estabelecer o equilíbrio.

O dever fundamental de defesa do ambiente é um dever conexo ao direito fundamental de desfrutar um ambiente saudável, sem representar uma restrição ou uma limitação, em virtude de ser dever não autônomo. Representa um dever que não pode existir sem um direito, haja vista não se poder ter o direito de usufruir ambiente equilibrado se não impor a obrigação jurídico-ética de colaborar para a sua preservação. É um dever perante a coletividade para a manutenção da vida com qualidade. Frisa-se, para tanto, a necessidade de uma interpretação sistemática para outorgar aos direitos e deveres fundamentais ligados à proteção do meio ambiente, juntamente com as diversas normas constitucionais incidentes (e, eventualmente, conflitantes) na adequada eficácia e efetividade.

### **3.7 Um dever fundamental de proteção ao animal não-humano**

O direito fundamental de proteção ambiental é, como já anunciado, um direito fundamental diferenciado, é um direito que se apresenta a partir de uma nova ótica, haja vista consubstanciar em sua estrutura um direito-dever, calcado na terceira dimensão dos direitos fundamentais, portanto, direito de solidariedade. A marca distintiva do direito ao ambiente se faz justamente



por conceder “um maior da sua perspectiva objetiva na conformação normativa de posições jurídicas, em detrimento da sua perspectiva subjetiva, que guarda menor peso, mas também se faz presente” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 198).

À luz da temática ambiental, urge realizar a transferência da proteção ao ambiente do terreno dos direitos fundamentais para o âmbito dos deveres, como já foi referido. Tal situação reflete, como afirma Canotilho (2004), uma necessidade de se ultrapassar a euforia dos direitos fundamentais sob a ótica do individualismo e de se alicerçar o conceito de uma comunidade responsável em face dos problemas ambientais.

Seguindo a mesma seara, Bosselmann assevera a relevância da influencia recíproca entre direitos e deveres no que concerne uma realidade ambiental. O referido autor entende que o ser humano, ao mesmo tempo em que necessita explorar os recursos naturais, é também completamente dependente deles, o que torna imprescindível para uma boa vida, para uma vida digna, uma “auto-limitação do comportamento humano” (BOSELLEMAN, 2006, p. 12) em termos práticos e normativos.

Os deveres se manifestam, portanto, como a ‘face oculta da liberdade e dos direitos’, expressão cunhada por Nabais (2007, p. 133), exprime uma noção de responsabilidade e dos deveres e custos que materializam que, nem sempre, é bem-vinda ao discurso social e político, nem mesmo à retórica jurídica. O autor incita a que se discuta a questão dos deveres e dos custos dos direitos, “como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do individuo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais” (NABAIS, 2007, p. 107). Dessa forma salienta-se que

[...] os direitos e os deveres são colocados no mesmo plano, no mesmo

plano constitucional. Pois tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor da pessoa. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar (NABAIS, 2007, p. 134).

Essa discussão é relevante para o rumo dessa pesquisa porque o natural tem sido o esquecimento dos deveres pela doutrina constitucional contemporânea, não lhe sendo destinado um regime constitucional equivalente (ou mesmo próximo) àquele que é destinado ao regime dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 240). O próprio Nabais (2007) considera que o tema se constitui em um assunto que não tem despertado grande entusiasmo na doutrina. O autor refere que, muito pelo contrário, se levamos em consideração a doutrina européia do segundo pós-guerra, observar-se-á, com muita facilidade que tanto os deveres em geral, quanto os deveres fundamentais em particular, foram objeto de um pacto de silêncio, de um total desprezo, de um escolhido esquecimento

Diante dessa realidade, cumpre questionar, então, qual o fundamento dos deveres fundamentais? Que noção de deveres fundamentais tem-se em face da proteção de direitos. NABAIS defende no que se refere aos fundamentos dos deveres fundamentais, que se pode falar de duas causas: a primeira uma razão lógica de ser e, a segunda o seu fundamento jurídico. O autor assevera,

No que respeita ao primeiro aspecto, ao fundamento lógico, podemos afirmar que os deveres fundamentais são expressão da soberania fundada na

dignidade da pessoa humana. Pois os deveres fundamentais são expresso da soberania do estado, mas de um estado assente na primazia da pessoa humana. O que significa que o estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana (NABAIS, 2007, p. 138).

Portanto, pode-se depreender que a noção de deveres fundamentais possui como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>160</sup> E é a partir desse conceito que se esculpe o alcance dos deveres fundamentais e a proteção dos animais não-humanos.

Sunstein (2000) salienta, a título exemplificativo, que sem muito alarde ou alguma providencia específica de avanço, o Direito americano tem reconhecido um vasto leque de proteção aos animais. É certo que não seria demasiado dizer que a lei federal e as estaduais garantem, agora, um robusto conjunto de direito dos animais, pelo menos nominalmente. Sunstein (2000) sustenta, ainda, que algumas pessoas acreditam<sup>161</sup> que enquanto existe um vazio no que se referem aos direitos dos animais, os seres humanos tem deveres para com eles (SUNSTEIN, 2000).

---

<sup>160</sup> A respeito do estabelecimento de um conceito de dignidade da pessoa humana, adotamos o conceito de Sarlet (2008, p. 147), que considera: “[...] a dignidade da pessoa humana, a não ser a circunstancia – ainda assim resultado de uma opção racional – de que se cuida da própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito das suas relações intesubjetivas) do ser humano e que desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional decorre de um complexo de posições jurídicas fundamentais”.

<sup>161</sup> Sunstein (2000, p. 1336) recorda a manifestação de Kant que defendia que os deveres indiretos devidos aos animais somente existiam em razão dos seres humanos. Com isso afirmava que os animais não tinham valor em si mesmo. SUSNTEIN, Cass R. Standing for animals (with notes on animal rights).

Contudo, em que pese o posicionamento de Sunstein, urge salientar que, independentemente da existência (ou mesmo da defesa) dos direitos aos animais não-humanos a noção do reconhecimento de deveres fundamentais do animal humano para com o animal não-humano já é um adiantado papel na proteção de todos os seres vivos e no reconhecimento da dignidade desses seres<sup>162</sup>. Fensterseifer (2008) defende a idéia de que o reconhecimento do valor intrínseco dos animais não-humanos facilita e viabiliza o reconhecimento de sua dignidade em face de uma noção de respeito à vida.

Em face da existência do reconhecimento de um valor intrínseco para as demais formas de vida, se reconhece um dever moral e um dever jurídico dos animais humanos para com os animais não-humanos. E tais deveres se descrevem como deveres fundamentais. Portanto, os deveres fundamentais e, em especial, o dever fundamental de proteção aos animais não-humanos se consubstanciam na necessidade de limitação e contenção da liberdade de atuação dos animais humanos, quando suas práticas não estiverem pautadas pelo respeito à vida e à dignidade de todos os membros da cadeia da vida.

Essa noção da pautar limites de liberdades é muito bem traçada pelas linhas de Pascual quando destaca que os direitos fundamentais também direitos a obter a proteção do Estado frente a agressão de terceiros (particulares) e que isso não significa que há diminuição de direitos fundamentais, muito ao contrário. O autor defende que, essa proteção contribui para garantir o gozo, real e efetivo, dos direitos fundamentais. Os cumprimentos das obrigações de proteção, segundo

---

<sup>162</sup> Relevante ponderar que acredita-se, piamente, na necessidade do reconhecimento dos direitos dos animais, haja vista defender-se que os animais não-humanos não sejam "coisas" e sim seres vivos com sentimentos, níveis diferenciados de inteligência e capacidade cultural e social desenvolvida. Portanto, não podem continuar a serem tratados como simples propriedade, sem direitos em face de sua própria natureza.

Pascual exigirá, muitas vezes, o limitar da liberdade de alguns cidadãos, porém, esta circunstância não tem o poder suficiente para negar-las. Pode parecer um paradoxo, como provoca o autor, contudo a manutenção da liberdade exige que a limite (PASCUAL, 2006). E é essa idéia que se fará presente em muitas das situações de aplicação do dever de proteção dos animais não-humanos.

Grimm (200-) destaca que não há dúvida que a função principal dos direitos fundamentais foi a de levantar barreiras de proteção contra a ação do Estado da liberdade individual e fornecer ao indivíduo, meios legais de se defender das agressões do poder público, mas afirma que permaneceu obscuro se os direitos fundamentais teriam eficácia vertical ou eficácia horizontal, e se o dever de proteção está aplicado à somente dignidade ou também aos demais direitos fundamentais. Aqui se defende o entendimento que a dignidade é o conceito que permeia tanto direitos e quanto deveres fundamentais e, em face da dignidade se alcança a proteção dos animais não-humanos.

Recolhe-se a lição de Gannon que ressalta o estranho relacionamento que os seres humanos estabelecem com os seus amigos peludos:

Nós os comemos e os afagamos. Nós os alimentamos e brincamos com eles, nós fazemos dinheiro com eles, nós construímos turismo a volta deles, nós criamos eles, nós os ensinamos truques e fazemos leis para os proteger (GANNON, 2002, p. 589).

O estranho relacionamento, paradoxalmente, se formula em uma linha antropocêntrica, para ser menos indefensável, uma vez que depois de todos os afagos, as brincadeira, as criações, os truques, as leis de proteção, os animais humanos fazem uso das suas peles, comem

da sua carne, e fazem uso do seu sangue e dos seus órgãos.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Saladin, quando dispõe acerca da necessidade de um novo modelo constitucional para tratamento da questão ambiental. O referido autor, destacado por Bosselmann, aponta a relevância de reconhecermos, pelo menos, três princípios éticos para a proteção do ambiente pelo ordenamento jurídico-constitucional, no caso da pesquisa em tela, destaca-se o princípio do respeito humano pelo ambiente não-humano, também conhecido como princípio de justiça interespecies (BOSELLEMAN, 2001, p. 41).

A teoria jurídica dos deveres fundamentais, na senda da proteção do ambiente, direito fundamental de terceira dimensão (e nessa seara fazendo com que a proteção a fauna seja um direito fundamental de terceira dimensão). Esse dever instiga o titular a sair da sua zona de conforto fixada pela primeira e pela segunda dimensão dos direitos fundamentais (porque individual e/ou coletiva) e passa a mudar o comportamento, forçando a preocupação com aquilo que extrapola o homem-indivíduo ou mesmo o grupo-coletivo, consagrando os deveres constitucionais ambientais dos seres humanos para com os animais não-humanos e a vida em geral. Essa dimensão normativa se faz presente, e deve ser prevalente, porque aqui está designada uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, para além da responsabilidade de cada um. A dimensão normativa que aqui se defende se justifica pela proteção da dignidade da vida e, portanto por uma prevalência do interesse público sobre o particular o que, à luz da teoria dos deveres fundamentais<sup>163</sup>, possibilita tanto a limitação de direitos subjetivos como a redefinição do conteúdo desses direitos.

---

<sup>163</sup> Ver SARLET, 2009; ANDRADE, 2006; NABAIS, 1998; MIRANDA, 1998; CANOTILHO, 2004.