



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Fabiano Neves Macieywski

Reparação individual do dano ambiental

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E
EXTENSÃO EM DIREITO**
Mestrado em Direito Econômico e
Social

Curitiba, 26 de julho de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CCJS - CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Fabiano Neves Macieywski

Reparação individual do dano ambiental

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Doutor Vladimir Passos de Freitas

Curitiba
26 de julho de 2006

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Fabiano Neves Macieywski

Reparação individual do dano ambiental

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Professor Doutor Vladimir Passos de Freitas
Orientador

Departamento de Direito - PUCPR

Professora Doutora Consuelo Yatsuda M. Yoshida
Departamento de Direito - PUCSP

Professora Doutora Jussara Maria Barbosa
Departamento de Direito – PUCPR

Professora Doutora Claudia Maria Barbosa
Departamento de Direito – PUCPR (suplente)

Curitiba, 26 julho de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Fabiano Neves Macieywski

Graduou-se em Direito na PUCPR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná) em 2000. Concluiu a Especialização em Administração e Gestão do Direito Empresarial na FAE Business School – Faculdades Bom Jesus, em 2000. Foi membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PR em 2001; é Presidente do Comitê de Meio Ambiente da Câmara Americana de Comércio – AMCHAM - Paraná desde 2001 e advogado sócio do escritório Bahr, Neves & Mello Advogados Associados.

Ficha Catalográfica

Macieywski, Fabiano Neves
Dano ambiental individual e sua reparação / Fabiano Neves Macieywski; orientador: Vladimir Passos Freitas. – 2006.

**M152d
2006**

181, [1] f. :il. ; 30 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006

Inclui bibliografia.

1. Direito Ambiental. 2. Responsabilidade por danos ambientais. 3. Crime contra o meio ambiente. 4. Reparação civil. I. Freitas, Vladimir Passos. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

À minha mãe e ao meu pai,
IVETE e VITOR.

À minha esposa e filha, queridas e
amadas, BÁRBARA e BRENDA.

Agradecimentos

Agradeço à vida, as oportunidades e a possibilidade de vislumbrá-las e aproveitá-las.

Agradeço aos amigos e colegas.

Agradeço aos meus sócios, Heroldes e Saulo e aos meus colaboradores, especialmente, Fernando, Beto e Iuri.

Agradeço aos meus professores de graduação, especialização e de mestrado, em especial ao meu orientador, caro Professor Vladimir Passos de Freitas, face ao cuidado, zelo, apoio, incentivo e ensinamentos.

Agradeço também ao Professor Carlos Frederico Marés de Souza, desde a graduação, passando pela entrevista de admissão ao mestrado e chegando às inúmeras obras lidas pela sua indicação.

Agradeço aos meus pais, à minha irmã, meus sogros e demais familiares.

Amo Bárbara e Brenda, esposa, filha e companheiras de jornada.

Resumo

Macieywski, Fabiano Neves; Freitas, Vladimir Passos de. **Dano ambiental individual e sua reparação**. Curitiba, 2006. 181 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A dissertação possui como tema o *Dano ambiental individual e sua reparação* e discorrerá sobre a questão da influência e os danos resultantes de acidentes e crimes ambientais, na esfera social, econômica, pessoal e ambiental, enfatizando o direito material e processual aplicável, conseqüentemente trazendo de maneira sistemática a responsabilidade civil no Direito Ambiental Brasileiro, tanto na esfera supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional. Discutirá, também, a responsabilidade objetiva, a relativização do nexo de causalidade, a solidariedade entre os poluidores, a legitimidade passiva e ativa, o efeito sistêmico do dano ambiental, o dano moral e patrimonial coletivo, o dano moral e patrimonial individual, a reparação do dano ecológico, os meios processuais a serem utilizados para a tutela dos direitos, tanto de forma individual quanto de forma coletiva e difusa, bem como o posicionamento dos operadores e aplicadores do direito diante dos danos ambientais.

Palavras-chave

Dano; ambiental; individual; coletivo; social; econômico; moral; patrimonial; tutela.

Abstract

Macieywski, Fabiano Neves; Freitas, Vladimir Passos de (Advisor). **Individual environmental damage and its repairing**. Curitiba, 2006. 181 p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

This dissertation has as theme the *Individual environmental damage and its repairing* and it will talk about the subject of the influence and the resulting damages of environmental accidents and crimes, in the social, economical, personal and environmental extents, emphasizing the applicable material and procedural right, consequently bringing in a systematic way the civil responsibility in the Brazilian Environmental Law, in the supraconstitutional, constitutional and infraconstitutional extents. It will discuss, also, the objective responsibility, the relativization of the causality connection, the solidarity among the pollutant ones, the passive and active legitimacy, the systemic effect of the environmental damage, the collective moral and patrimonial damage, the individual moral and patrimonial damage, the repairing of the ecological damage, the procedural ways that are used for the guardianship of the rights, as much in an individual way as in a collective and diffuse way, as well as the positioning of the operators and applicators of the law before the environmental damages.

Keywords

Damage; environmental; individual; collective; social; economical; moral; patrimonial; guardianship.

Sumário

1. Introdução	10
2. A evolução cultural da sociedade de consumo	13
2.1. As raízes do sujeito moderno	14
2.2. As raízes do capitalismo	16
2.3. Subjetividade moderna	17
2.4. Sobre modernidade e subjetividade	18
3. A cultura da modernidade e da pós-modernidade: As bases da sociedade de consumo	19
3.1. O surgimento da modernidade	21
3.1.1. Modernidade e modernismo	22
3.2. A idéia da pós-modernidade	25
4. A cultura e o sujeito pós-moderno	29
4.1. A indústria da cultura	34
4.2. A indústria cultural, o sujeito moderno e o Direito pós-moderno	37
4.2.1. Como a cultura afirmativa “gerou” o sujeito moderno e como o Direito o conformou	39
4.2.2. A tecnicidade na cultura e sua influência sobre o Direito	40
4.2.3. As influências da indústria cultural sobre o pensamento jurídico	41
5. A ideologia liberal sujeitando homem e natureza à lógica de mercado	44
5.1. A evolução da sociedade de mercado e a política de estabilidade social	47
6. O homem pós-moderno e a natureza	51
6.1. Meio ambiente	53
6.2. O Direito Ambiental e a qualidade de vida	57
6.2.1. Aspectos objetivos do Direito Ambiental	58
6.2.1.1. Aspectos jurídicos do Direito Ambiental brasileiro	60
6.3. A internacionalização do Direito Ambiental	62
7. O Direito Fundamental Ambiental e suas relações com o Estado e com os particulares	67
7.1. O direito fundamental ao meio ambiente	67
7.2. Relações entre Direito, Estado e particulares	70
7.3. Os direitos particulares que decorrem do Direito Fundamental Ambiental	74
8. Princípios de Direito Ambiental	78

8.1. Princípio da precaução	80
8.2. Princípio da informação	82
8.3. Princípio da participação	83
9. Dano ambiental e suas características	85
9.1. O dano no Direito Civil	85
9.2. Responsabilidade Civil	88
9.2.1. A evolução da Responsabilidade Civil	89
9.2.2. A evolução da Teoria Subjetiva à Objetiva	93
9.2.3. Responsabilidade Civil por dano ambiental – Responsabilidade Objetiva	95
9.3. O dano no Direito Ambiental	100
9.4. O alcance do dano ambiental	106
10. Dano ambiental individual	108
10.1. Reparação do dano individual ambiental	112
10.2. Dano moral ambiental ou dano extrapatrimonial ambiental	114
10.2.1. Dano moral	114
10.2.2. O dano moral ambiental: Aspectos gerais	116
10.2.3. O dano extrapatrimonial ambiental: Aspectos específicos	125
10.2.4. Dano ambiental individual em sua esfera extrapatrimonial	127
11. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente	130
11.1. A crise jurídica do processo civil clássico defronte aos interesses difusos, com ênfase no Direito Ambiental	132
11.2. Das tutelas jurisdicionais próprias à defesa do meio ambiente	137
11.2.1. Lei de Ação Civil Pública	141
11.2.2. Ação popular como forma individual de exercício da tutela ambiental com vistas ao interesse coletivo	145
11.2.3. Ações indenizatórias individuais	147
12. Últimas considerações	150
12.1. Ambiental: O novo império do Direito	156
12.2. A interpretação do Direito Ambiental	159
12.3. Da atitude de interpretação para a eficaz aplicação	167
13. Conclusão	170
14. Referências bibliográficas	171
Anexo I – Fotos dos Pescadores do Litoral do Paraná – Guaraqueçaba; mobilizando-se, individualmente, em face de acidente ambiental ocorrido em 2004.	177
Anexo II – Manchete do Jornal Gazeta do Povo – Domingo, 28 de novembro de 2004	181

1

Introdução

A evolução da sociedade moderna possibilitou à humanidade inúmeras conquistas no campo da ciência e da cultura, refletindo, conseqüentemente, na própria sociedade. Entretanto, a mudança de paradigma acarretada pela modernidade e continuada pela pós-modernidade conformaram, até o presente momento, o homem ao mundo capitalista e à sua lógica de mercado.

Justamente por fazer parte de um mundo ávido pela inovação e pela aquisição de bens de consumo é que o sujeito passou a integrar um perigoso mundo de riscos, suportados apenas pela perspectiva de ganho futuro e de atendimento às necessidades criadas pela sociedade de consumo.

Neste escopo, reside o objeto desse trabalho; primeiro entendendo como o indivíduo se configurou na sociedade moderna e como esta o conformou para suas próprias ambições. E, a partir dessa realidade, como a sociedade de consumo se expandiu, chegando, nos dias atuais, a um nível de tal maneira preocupante que expõe a risco a própria humanidade, já que destrói o seu habitat.

Fundamental é a absorção do conceito de meio ambiente, e o entendimento de como a sociedade moderna (e pós-moderna) o exauriu a ponto que hoje, ameaça a própria vida. Desse modo, necessária se fez a normatização de princípios e regras de preservação ambiental e de fruição do meio ambiente de forma responsável e auto-sustentável.

O presente estudo é dedicado à demonstração da reparação de danos ao meio ambiente, e a terceiros na esfera subjetiva, de maneira a sustentar objetivamente o dano moral e material a partir dos danos causados ao meio ambiente que afetam aos indivíduos, gerando, por conseguinte, verdadeiro ônus ao empreendedor que assumiu o risco ambiental e gerou o dano ambiental.

Para se alcançar este propósito, torna-se relevante a análise dos fundamentos da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico pátrio, bem como compreender a efetividade e a justiça social e ambiental como foco.

Não obstante relacioná-los ao dano ambiental por meio da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, na qual também deve ser demonstrada a evolução da teoria subjetiva para a objetiva, como também as teorias do risco integral e risco criado.

O crescimento populacional mundial, a demanda, a voracidade do mercado capitalista e a proteção ambiental emergem para a necessidade urgente de adequação dos países ao desenvolvimento sustentável, sem deixar de lado os direitos individuais e coletivos.

Desta forma, o direito ambiental surge como o meio para alcançar estes fins, e esse trabalho visa mostrar os efeitos causados pelos danos ambientais, não apenas materiais, incluindo o dano moral e os ecológicos ocorridos nos ecossistemas atingidos, tanto de maneira direta quanto indireta; reflexa, sistêmica, coletiva e individual.

Cabe salientar, portanto, que o dano ambiental é visto por diversos prismas e não só o dano causado ao ambiente envolvido, haja vista que o homem é parte integrante do ecossistema danificado, o que lhe garante o direito de ressarcimento na medida em que o dano lhe atinge, quer no interesse individual, quer no coletivo.

O dano moral surge como direito personalíssimo valorizado pelo jurista moderno, o qual consegue visualizar que o dano se perfaz também na alma do sujeito, não lhe inferindo apenas danos materiais, mas também danos subjetivos, psíquicos imensuráveis, porém, não menos importantes.

Essa valoração se torna pertinente a partir do momento em que nossa carta magna prevê a responsabilidade civil pelos danos extrapatrimoniais entre as garantias e direitos de nossos cidadãos, cuja aplicação deverá ser explicada em decorrência de danos ambientais, o que vem sendo salientado pela doutrina e jurisprudência.

Assim, pretende-se demonstrar que a reparação do dano moral e material ambiental, individualmente, é a melhor forma de tutelar efetivamente uma mudança de conduta da nossa sociedade e dos empreendedores que, atualmente, em nosso país, estão albergados por absoluta falta de efetividade e resultado final

das ações ambientais, tanto na esfera penal, como administrativa e em especial nas cíveis coletivas.

2

A evolução cultural da sociedade de consumo

“O estudo da realidade social pressupõe a compreensão da inafastável unidade dialética¹ entre natureza e cultura.”² Esta citação é ideal para permitir a reflexão sobre a noção de que cada sociedade produz sua cultura de uma determinada forma, no entanto essa produção depende da interação entre ambas. Ou seja, a construção cultural da humanidade está intrinsecamente ligada à forma “(...) como cada sociedade se apropria dos recursos naturais e transforma o ambiente em que vive.”³

Conclui-se, portanto, que a avaliação das origens culturais do homem moderno é necessária para o entendimento da atual relação da humanidade com a natureza.

A construção cultural do homem moderno surgiu da relação que uma determinada sociedade, sobretudo a européia nos fins do séc. XIX e início do séc. XX, teve com o meio em que vivia. Trata-se de uma marcante evolução cultural baseada em novas formas de relacionamento com a natureza. Obviamente, o homem já havia, por diversas vezes, e das mais variadas formas, posto a seu serviço a natureza⁴, todavia fora neste período da história humana que a utilização dos recursos naturais passou a ser tão exigida, gerando efetivamente, o fortalecimento da preocupação com a finitude dos recursos naturais,

¹ Neste ponto vale ressaltar o conceito elaborado por Luiz Fernando Coelho acerca do tema: “A dialética consiste justamente nessa visão dos objetos do conhecimento em sua totalidade e dinamicidade imanentes, o que a metodologia tradicional omite”. (COELHO, 2004, p. 127)

² DERANI, 1997, p. 68.

³ Ibid., p. 69.

⁴ Muito mais marcantes, como bem frisa DERANI, são as atividades humanas, nesta relação cultura e natureza, que colocam esta como instrumento das ambições humanas. Trata-se da exploração como finalidade, primeiro pela subsistência, depois pela evolução do comércio e do conseqüente aumento de necessidades humanas.

principalmente em face da limitação das terras européias para suprir alimentos e bens industrializados⁵.

Sobre a mudança cultural européia e a revolução industrial registre-se o relato de BURNS:

A Revolução Industrial foi mais do que um episódio importante na história econômica e tecnológica do mundo. Ela contribuiu para reformular a vida de homens e mulheres, primeiro na Grã-Bretanha, depois na Europa continental e nos Estados Unidos, e por fim em grande parte do mundo. Mediante o aumento da escala de produção, a Revolução Industrial criou o sistema fabril, que por sua vez determinou o êxodo de milhões de pessoas do interior para as cidades. Depois de migrarem, esses homens e mulheres tinham de aprender um novo estilo de vida, e depressa: Organizar a vida de acordo com o apito da fábrica e sobreviver no cortiço, se eram trabalhadores urbanos de primeira geração; administrar uma força de trabalho e alcançar proeminência respeitável na comunidade, se eram homens de negócios ou suas esposas. Uma lição especial ensinada pela industrialização e pela urbanização foi a consciência de classe. Muito mais do que até então, homens e mulheres começaram a ver a si mesmos como parte de uma classe com interesses próprios e opostos aos dos homens e mulheres de outras classes.⁶

Durante anos, a sociedade viu expandir o mercado, resistindo, com velhas instituições a esta expansão desenfreada marcada pela ideologia liberal⁷. Dessa época, traz-se a denominação de sociedade moderna; lançavam-se ali as bases de nossa civilização, consumista e de mercado.

2.1.

As raízes do sujeito moderno

O advento da modernidade não é um acontecimento histórico precisamente localizado no tempo. Ao contrário, ele é resultado de um sucessivo embate de poderes que culminou, de forma lenta e descontínua, no caso da chamada “sociedade tradicional” e na insurgência de novos, e revolucionários, valores sócio-culturais.

A modernidade não surgiu em momento específico ou de um progenitor específico. Ela, em verdade, surgiu em um período histórico no qual uma série de

⁵ Realidade que acabou lançando os Países daquele continente em uma nova fase de colonizações em busca de novos mercados que pudessem suprir suas faltas e receber seus produtos.

⁶ BURNS, 1980, p. 529. Muito importante é a contribuição deste autor, analisando as preocupações do novo sujeito moderno.

⁷ POLANYI, 2000, p. 161.

pensamentos convergiu para a “gestação da modernidade”. Essas idéias não eram sempre concordes e seus autores, muitas vezes, revezavam-se entre idéias tradicionais e pré-modernas.

Dentre as várias transformações que começavam a tomar forma entre os séculos X e XI destaca-se a individualização do pensamento e da própria análise (assim como da formação social). Deixa-se, durante aqueles séculos, de tomar os elementos da sociedade apenas como integrantes de grupos que se determinam por fatores alheios ao homem. Em outras palavras, a cultura holística, tipicamente grega, deixa de ser levada a cabo e o homem que figurava como coadjuvante da grande trama divina, tendo seu destino e suas atribuições determinadas desde o berço, passa a ser o ator principal de sua vida, sendo, a partir de então, compreendido por uma teoria atômica que prevê a diferenciação e a individualização do sujeito.

Atendo-se apenas às análises do período medieval deve-se compreender que a sociedade da época era guiada por um conjunto de ordens que compunham verdades absolutas a todo o ser humano, tais como a justiça, a honra e a “verdade” (compreendida nos moldes da época). Mas mesmo esses valores absolutos tinham de ser transmitidos, repercutindo “(...) de degrau em degrau, disciplinadamente”.⁸

Essa divisão de responsabilidades em degraus (substratos sociais), entretanto, não significa a individualização. Ao contrário, diz respeito a uma teoria organicista, dentro da qual o indivíduo seria vislumbrado segundo seu papel dentro da hierarquia, dentro do sistema, como “pai, vizinho ou clérigo...”. Em suma, a sociedade tradicional era, eminentemente, estratificada.

Do modelo social supra, pode-se, consoante Hespanha⁹, concluir três coisas: a) A harmonia social dependia do respeito às funções de cada órgão, pois, assim como no corpo humano, a soma de diferentes funções (e, portanto, a junção de desigualdades) é que permite o bom funcionamento de todo o sistema; b) Os órgãos sociais devem ser auto-regulamentáveis para que sua autonomia se confirme. O que ocorre pela possibilidade de se editar suas “normas e estatutos” além da possibilidade de “julgar seus conflitos internos”; c) toda a administração deveria respeitar seus limites em relação à área de atuação de outras

⁸ DUBY apud FONSECA, R., p. 31 et. seq.

⁹ HESPANHA apud FONSECA, R., p. 32 et. seq.

administrações de órgãos da sociedade, o que confirma sua autonomia (apesar da correlação para a formação da sociedade).

Sinteticamente, a sociedade tradicional assegurava os direitos dos indivíduos apenas como integrantes de grupos. Estes possuíam, inclusive, autonomia na formação de normas, o que representa a pulverização do poder entre os vários substratos sociais.

Para que se pudesse chegar à modernidade foi necessário romper com essa visão corporativista, inserindo distinções claras entre sociedade-civil e Estado, como também entre “público” e “privado”, em que se começa a enxergar a “criação do indivíduo” enquanto conceito social.

2.2.

As raízes do capitalismo

No início do século XI, observa-se o florescer de uma nova sociedade na Europa Ocidental, o que passou a ocorrer com o estímulo ao comércio dado pelo excedente de produção agrícola que passou a circular por aquela região. Além disso, o surgimento de grandes e influentes centros urbanos foi outro marco para o desabrochar da modernidade, visto as cidades expandirem seus horizontes e passarem a atrair toda sorte de interesses.

Nesse ponto, as raízes do capitalismo já podem ser sentidas com o aumento do comércio decorrente da “libertação” do camponês, o que permite o aumento da produção além da prestação de serviços especializados não ligados ao campo, que passam a ser ofertados nos burgos (são as chamadas oficinas ou ofícios urbanos).

Outra significativa mudança é o surgimento gradual da moeda (dinheiro propriamente dito) como elemento de negociação e a transformação da terra num bem negociável. Conforme Marx e Hobsbaum é aqui que surgem as bases do capitalismo (aproximadamente).

Importante nota não pode deixar de ser destacada, no sentido de chamar a atenção para o fato de que se passou a individualizar a produção e, por conseqüência, a sociedade. Se a propriedade da terra já não mais representa íntima ligação com os que nela estão, então passa a ser simples mercadoria na mão de seu possuidor que pode dela dispor segundo seu interesse pessoal.

E é especificamente esta visão individualista sobre a propriedade da terra que deve informar quanto ao despontar do capitalismo e sua ligação com a modernidade. Vale salientar que cada região da Europa teve evoluções diferenciadas rumo à modernidade capitalista e a sua configuração contemporânea, já que a história é descontínua e pode apresentar vários caminhos que levem a diversos resultados (ainda que similares).

2.3.

Subjetividade moderna

Finalmente, as teorizações de séculos vêm a eclodir por volta do séc. XVII, o que ocorreu, principalmente, com o advento dos Estados Nacionais (em sua maioria absolutistas) modernos que, de acordo com Perry Anderson, em oposição ao que corriqueiramente se afirma, foram a nova face de uma nobreza decadente, acuada pelas mudanças e que passou a proteger-se na figura de um Estado unido, mais forte, para enfrentar o devir da modernidade.

Na formação do Estado moderno, várias medidas vieram a convergir; entre elas a recuperação dos estudos de Justiniano, de forma a contribuir para unificação do poder estatal e legislativo em contraposição a uma política pulverizadora desses mesmos poderes (típica da era feudal). Outras medidas foram importantes, tais como a formação de exércitos regulares, a adoção de políticas comerciais que extrapolavam o território nacional (principalmente por meio da guerra), entre tantas outras.

A constituição do Estado contribuiu para o aparecimento de uma série de conceitos dualistas, entre eles o conceito de súdito que evoluiria para o conceito de cidadão. A importância está na institucionalização de um modo apropriado pelo qual o sujeito da ação política deve se portar perante a autoridade, o que trouxe à tona a já citada idéia de individualidade. Outro passo em direção à subjetividade e individualidade é o debate surgido à época sobre a liberdade de culto, pertinente a cada sujeito da sociedade. Este embate gerou a antecipação de discussões, inclusive sobre a democracia.

Tudo isso, somado à queda de velhos dogmas, à descoberta de novos meios de produção, de novos continentes e de novas formas de se pensar o

comércio, levou ao aparecimento de uma nova sociedade voltada à experimentação, mais aberta às contribuições individuais.

As relações jurídicas não ficaram de fora dessas mudanças; criando novas formas de contrato e o surgimento de novos sistemas financeiros, com investimento em crédito, a moeda passou a ser um produto de comercialização.

2.4.

Sobre modernidade e subjetividade

Na antiguidade medieval, o naturalismo era estudado como advindo de Deus, uma vez que o justo era o natural e a natureza era uma criação divina, portanto o justo é divino e está sob a guarda da Igreja neste mundo.

Quando se comenta acerca do jusnaturalismo da modernidade, deve-se lembrar da transferência de uma filosofia teocentrista para uma antropocentrista. Há, então, que se falar de jusracionalismo, ou a natureza nos moldes racionais; o direito torna-se neste ponto emanção do direito do homem.

Alguns atribuem à escola de Salamanca os primeiros sinais do jusracionalismo, desde Francisco De Vitória até o embate entre Juan Ginés e Bartolomé de Las Casas, chamada de “Disputa de Valladolid”; onde Bartolomé apelou a razões racionais em favor da liberdade dos índios no novo continente, não mais apelando à autoridade, como era o costume na época precedente à modernidade. Neste momento, deve-se registrar a consolidação da idéia de direito subjetivo; de fato, sua estrutura ganhou contornos finais com o jusracionalismo, pois os direitos pertinentes à vida, à defesa, à alimentação enfim, à sobrevivência do individuo só passaram a ser inteiramente constatados com a racionalização dessas necessidades enquanto direito de todo ser humano (nota-se, aqui, a importância da individualização concretizada no pré-modernismo).

Não se pode deixar de citar importante filósofo da época, *Hugo Grotius*¹⁰ (1583-1645), que consolidou em definitivo as idéias subjetivas ao transmitir a noção de capacidade jurídica inerente ao próprio ser humano que, por isso, a classifica como um poder de liberdade própria ao direito. O ser racional e individual passa a ganhar um caráter privado, próprio.

¹⁰ GROTIUS apud FONSECA, R., p. 52 et. seq.

3

A cultura da modernidade e da pós-modernidade: As bases da sociedade de consumo

A cultura da sociedade moderna e pós-moderna é ponto fundamental para o entendimento das sociedades de consumo e para o surgimento do atual mercado, que, por fim, são os responsáveis, certamente, pelo significativo aumento da degradação ambiental em virtude da elevação sem limites da produção com vistas ao atendimento da crescente demanda. Logo, é primordial entender a evolução da sociedade de consumo em suas bases culturais.

O conceito de pós-modernidade ou pós-modernismo é um conceito antagônico; retira seu significado tanto do que procura negar quanto daquilo que procura incluir. O que se entende é que a modernidade acabou, que se está agora avaliando seus efeitos, criticando suas conseqüências e procurando sua razão de ser (ou ter sido).

Cabe, contudo, um parêntese: O que é modernidade? Quais seus pressupostos? Quais os parâmetros que definem o que é ou não moderno? Conseqüentemente, o que se entende por sua superação, pelo próprio pós-modernismo.

Por modernidade, compreende-se um conjunto de mudanças (sociais, políticas e intelectuais) que criaram o mundo moderno, que não pode ser confundida com modernismo. Modernismo é o movimento cultural surgido ao final do século XIX que, apesar de abarcar muitas características do pensamento moderno, foi a principal fonte de críticas à modernidade.

Embora a discussão acerca da modernidade seja recente, o termo modernidade surgira muito antes da realidade histórica que se entende por período

moderno¹¹. A expressão foi criada, ao que se sabe, em meados do século V d.C. e tinha a responsabilidade de inserir a idéia de uma nova realidade, de uma nova concepção de tempo e, mesmo, de verdade.

A idéia seria desfazer a noção posta pela antigüidade clássica de que os deuses vivem em um mundo aparte ao nosso, no qual podem satisfazer a todas as suas necessidades; os deuses e o céu dos gregos eram, sobremaneira, diversos do Deus e do céu cristão; enquanto para os gregos, a Terra vivia apenas um capítulo na grande história dos Deuses, sendo tempo, uma mera noção terrena sem importância para os céus ou para a história em si; para os cristãos, a noção de tempo fica bem definida, entre antes e depois de Cristo. Neste sentido vale salientar a importância da vinda de Deus (ou Jesus) a Terra apenas por seus filhos (o homem).¹²

Notam-se, portanto, duas mudanças fundamentais entre o pensamento antigo e o suposto pensamento “moderno medieval”: de um lado a centralidade que a pessoa humana passa a ganhar na história, como agente de suas ações por Cristo e pela salvação, ou seja, o sujeito como ator da própria sorte, aqui e para além. De outro lado a idéia de tempo, antes entendida apenas como uma concepção terrena, sem importância no plano divino, agora vista como a contagem regressiva para o juízo final¹³ (iniciada e anunciada pela vinda de Cristo).¹⁴

Para os gregos, a realidade era eterna e imutável, sendo as ações humanas mera tentativa de alcançar a estabilidade divina, já para os cristãos, o novo seria o esforço humano individual para a salvação da humanidade.

O que ocorreu, apesar do início promissor da Idade Média, com uma mudança de paradigma e de filosofia, foi que a própria igreja acabou por resgatar o pensamento clássico; relegando ao ostracismo a idéia de modernidade anteriormente proposta. O que fosse moderno, ao contrário do que se poderia supor, era taxado como sandice, ou mesmo como heresia. O pensamento clássico, assim, manteve suas bases pela filosofia medieval retirando, inclusive, o tempo

¹¹ Cabe salientar que a própria concepção histórica passada nas escolas e, mesmo, em algumas faculdades é, ainda, extremamente influenciada pela lógica positivista (ela própria, fruto da modernidade) o que se faz questionar sua importância acadêmica, tendo-se em vista as importantes contribuições da nova história à cátedra e ao estudo da história em geral. Nesse sentido, podem-se avaliar os escritos de Fernand Braudel e outros da mesma linha (até mesmo Foucault pode ser consultado, sobretudo em relação à teoria sobre a construção do discurso).

¹² KUMAR, 1997, p. 80 et. seq.

¹³ Ganhando importância divina.

¹⁴ KUMAR, loc. cit.

das mãos dos homens. O ser humano não pode procurar o fim dos tempos como uma idéia próxima porque o juízo final pode estar longe ou próximo, cabendo SOMENTE a Deus saber de sua chegada. Cabe ao homem preparar-se sem questionar sobre o quando. Esta posição, obviamente, joga por terra a idéia de importância adquirida pela humanidade no planejamento do mundo; ou seja, a noção clássica de tempo e história permanece, com algumas ressalvas, nos tempos medievais¹⁵.

3.1.

O surgimento da modernidade

Houve uma época em que se pensava ter sido no séc. XVII que tinha surgido a idéia de modernidade, para tal argumentação utilizava-se da retórica sobre o embate entre os modernos e os antigos, no qual os modernos teriam saído vitoriosos, fincando o marco do início dos tempos modernos. Para a defesa desse raciocínio, chama-se à pauta muitos pensadores, dentre os quais deve-se destacar Francis Bacon¹⁶ por ter, ele próprio, identificado as características da modernidade como um processo essencialmente renovador e prático. A antiguidade era vista como o período do aprendizado, sendo a história a cronologia da sociedade¹⁷ e de sua evolução. O saber antigo era capaz de dizer, de pensar, mas não de fazer, característica própria da modernidade e de seus eventos. O conflito que se dá entre a noção de evolução técnica e material e declínio moral e ético. A evolução da humanidade mostrar-se-ia, diz Bacon, no ocaso do Estado, e esta evolução está fadada, ainda, aos ciclos clássicos de ascensão e queda pertinente às fases da história humana. Aliás este é, fundamentalmente, o ponto que impede a adequação da modernidade no século XVII, mesmo porque, ao contrário do que possa parecer, a modernidade não surge apenas da evolução técnica, mas paradigmática também.¹⁸

Por tudo isso, o século que melhor recebe a modernidade e a consolida é o séc. XVIII pois não experimentou apenas a evolução técnica mas, também, a

¹⁵ Ao homem não cabe, novamente, as rédeas do futuro. KUMAR, 1997, p. 82 et. seq.

¹⁶ BACON citado por KUMAR, op. cit., p. 87.

¹⁷ A sociedade como um ente único, envolto no tempo, envelhecendo e aprendendo como o ser humano. Neste contexto os humanos são apenas células de um corpo social, que não morreu, apenas envelheceu e aprendeu.

¹⁸ KUMAR, loc. cit.

cultural, social e mental. Todo o substrato social se modificou e sua demonstração máxima e efetiva pôde ser sentida durante a revolução francesa. A modernidade finalmente desbancara a antiguidade, não pela mudança política em si, mas pela difusão de idéias e referências totalmente inovadoras, que incorporaram a grande mudança do séc. XVII e se fortaleceram com a superioridade burguesa. Poder-se-ia, portanto, citar inúmeras alterações de pensamento, como o movimento positivista, o salto do racionalismo e a aplicação do Estado enquanto instituição do direito, no entanto uma mudança é fundamental nesta interpretação: a noção do tempo! De passado e futuro...

O tempo não é mais distante do ser humano e da coletividade em geral, não se espera mais o apocalipse divino, se vai vivê-lo, será neste mundo, a expectativa temporal não leva mais a mudanças cíclicas de paradigma, que retornam ao saber original e fundamental, trata-se agora de evolução, de ir rumo ao futuro, sem final definido. O futuro é, agora, o principal incentivo ao pensamento e o passado, uma versão desatualizada da humanidade.

“Não foi no vigor da Alta Idade Média, nem na explosão criativa da Renascença, tampouco na Revolução Científica do século XVII, mas sim na Idade da Razão, na segunda metade do século XVIII, mais de duzentos anos depois de o monge romano erudito Cassiodorus traçar a primeira distinção entre os *antiqui* e os *moderni*, que nasceu a idéia de modernidade.”¹⁹

3.1.1.

Modernidade e modernismo

“A idéia de modernidade, uma vez formulada no final do século XVIII, enfrentou uma complexa reação em fins do século XIX. Isso aconteceu sob a forma do movimento cultural denominado modernismo, que simultaneamente afirmava e negava a modernidade, mas dava continuidade a seus princípios e desafiava-a em seu próprio núcleo.”²⁰

Rimbaud escreveu que era necessário ser absolutamente moderno, todavia o que isso significava? Para Matei Calinescu existiam duas modernidades diferentes que se conflitavam. É aí que surge uma cisão no conceito de

¹⁹ KUMAR, 1997, p. 96.

²⁰ Ibid., p. 96.

modernidade, um sob o ponto de vista social e político, o outro como visão estética.

Nesse sentido, é válido observar que a própria literatura moderna fora antagonista à cultura que a gerou²¹, ou seja, objetivou criticar seu próprio substrato criativo. Da mesma forma, outros pensadores identificaram uma forte cisão entre a realidade funcional da ordem tecno-econômica da sociedade moderna e o impulso anárquico e hedonista para a individuação e auto-realização²² que constitui a base da cultura moderna²³.

O modernismo passou a criticar a objetividade da modernidade, a razão, a praticidade, o óbvio. Tal crítica buscava (por meio de vertentes artísticas como Iluminismo, ou o romantismo) criar um mundo cultural alternativo, com base no fantástico, no subjetivo, no sobrenatural; a idéia parecia ser a de derrubar a noção de verdade absoluta, porque esta não existe. O positivismo não fora capaz de abarcar a verdade única, mas apenas a verdade parcial, a verdade pessoal. Em suma, a própria realidade é questionável por ser vista por olhos individuais; o certo e o errado, seja do ponto de vista lógico ou estético, são criações subjetivas, sua objetivação é humana e, conseqüentemente, naturalmente contraditória²⁴.

O romantismo pode, dentre as artes modernistas, ser identificado como um grande aríete do ataque à modernidade, entretanto havia no romantismo uma forte

²¹ Que Lionel Trilling considera como “violenta frente de hostilidade contra a civilização (moderna)”. TRILLING, Lionel apud KUMAR, 1997, p.97.

²² BELL, Daniel apud KUMAR, op. cit., p. 97.

²³ Neste sentido, cabe um comentário: Será possível que Kumar não tenha identificado o caráter acessório e complementar que o modernismo tem frente à modernidade? Aliás, o próprio caráter hedonista, citado por Bell não caberia como definição mais apropriada ao surgimento, ainda que de forma insípida do pós-modernismo (ou pós-modernidade)? Resta claro que o grande trunfo do capitalismo (realidade econômica e, por que não, social em que vigorou a idéia de modernidade) é a capacidade de trazer em si tanto sua força quanto sua fraqueza, ambas em confronto interno ao sistema capitalista. Tal sistema não encontra divergências externas, passando a falsa idéia de liberdade. Neste sentido, o modernismo como crítica não passa de instrumento para a validação das concepções modernas; ao aceitar o antagonismo, a modernidade diminui o potencial revolucionário de seu contrário, dissipando a pressão social por meio da livre manifestação (a própria democracia demonstra, quando funcional, baixa capacidade de gerar conflitos extremos, pois os mantém internos ao sistema). Como resultado deste embate “sadio” tem-se a pós-modernidade que integrou todas as vertentes modernas e modernistas em uma única concepção, aparentemente declarando-se como a síntese absoluta, para a qual não deve existir antítese. O que gera alegações um tanto exageradas de “a história acabou...”, “o capitalismo venceu...” etc.

²⁴ Nesse aspecto, encontra-se a criatividade, como expressão do indivíduo, como visão pessoal. Seja no passado para entender o presente, seja no futuro para contrapor o passado (o romantismo buscava no passado uma visão própria da realidade, não se tratava de enxergar o passado como construção do presente, mas de analisá-lo com olhos modernistas; a avaliação era trazida para a realidade subjetiva do sujeito moderno. Nesse sentido, pode-se identificar grandes críticas ao positivismo).

corrente utópica que considerava sua época um tempo de novos começos e possibilidades ilimitadas, enquadrando-o nos pressupostos da modernidade.

Até o destaque à subjetividade do indivíduo, que alguns julgaram como mais típico do espírito romântico, em absoluto era estranho à mente moderna, pelo contrário, a individuação gerou os sujeitos auto-suficientes, capazes de polemizar a própria modernidade. O romantismo é, por conseguinte, apenas expressão parcial do modernismo, tendo contatos latentes com a modernidade, não só pela sublevação do sujeito autodirigido, mas também pela reação aos ideais de universalidade da beleza e do personagem. Ao utilizar os romances de cavalaria, o romance deu destaque ao ator, ao agente, focalizando-se no “(...) historicamente específico e concreto, em toda a particularidade da vida desta época. Em oposição ao universal e ao eterno, interessou-se pelo relativo e pelo temporal.”

O resultado dessa ambivalência é o paradoxo do romantismo como progenitor do modernismo e como parceiro da modernidade.

Personagem importante desta complicada equação foi Baudelaire, a quem muitos atribuem papel fundamental nas raízes da modernidade, no entanto as ações deste escritor e, principalmente, crítico, parecem demonstrar uma profunda raiz modernista, sobretudo na obra de sua autoria (freqüentemente mal interpretada) “O pintor da vida moderna”. No texto em questão, Baudelaire exorta a figura do pintor Constantin Guys apresentando-o como autor de pinturas vivas, mas que traz a arte ao encontro do contemporâneo. Apesar de reproduzir cenas antigas, Guys consegue apresentar dois fatores fundamentais da pintura, o elemento eterno e o variável; este é responsável por adequar-se à visão de quem aprecia a obra, já o primeiro confere à obra a capacidade de resistir ao tempo, aos modismos e à própria variação da arte. “É isso que o pintor moderno procura, ou deveria procurar. ‘Seu objetivo é extrair do padrão a poesia que reside em seu envoltório histórico, extrair o eterno do fugaz’”.²⁵

O modernismo, então, contava com seu próprio tipo de confiança. Seu fascínio pelo novo o colocou ao lado do progresso, da inovação, ligando-o à modernidade. Alega-se que o próprio interesse pelo novo acabou por romper a

²⁵ Essa passagem de “O Pintor da vida moderna” traz grande referência à modernidade como estética, segundo Baudelaire “Modernidade é o transitório, o passageiro, o contingente, é uma das metades da vida, e, a outra, o eterno o imóvel.” Outro aspecto abordado por Baudelaire é que a modernidade, como estética que é, pode ser identificada em todas as épocas, cada pintor viveu o seu moderno, e sua capacidade de adequar a realidade vivida às telas que pinta define sua predisposição ao sucesso artístico. (OBRAS, 1993, p. 217 passim)

conexão existente entre modernidade e modernismo. A mudança veio a ser considerada um fim em si mesmo, sem objetivo ou objeto definido; a antiga crítica à tradição tornou-se, ela própria, tradicional, surgiu a “tradição do novo”. Sob a influência do modernismo à modernidade veio tornar-se nada mais que uma mudança sem fim, fundiu-se à moda...

3.2.

A idéia da pós-modernidade

Quando se pensa em modernidade e modernismo é possível fazer distinção entre ambos, pois há diferenças marcantes entre os dois e, como se viu, até mesmo antagonismos. Contudo, tal distinção não parece ser possível entre pós-modernidade e pós-modernismo, já que a própria origem da pós-modernidade é a fusão entre a modernidade e seu antagônico. Portanto, ao longo deste texto, deverá-se considerar as definições de pós-modernidade e pós-modernismo como sinônimas.

Esta definição, ou a falta dela, traz uma noção prévia importante acerca da pós-modernidade: ela une as diversas vertentes do pensamento filosófico, estético, social, cultural, político, em um único compêndio teórico. Ou seja, a grande característica deste movimento é a queda de divisórias entre os mais variados reinos da sociedade e sua união, não de forma organicista, mas de maneira pluralista. A pós-modernidade aceita as diferenças criadas pela modernidade e reconhece teorias divergentes, e este é o ponto fundamental dessa vertente intelectual. Na pluralidade, a pós-modernidade encontra seu substrato material, seu molde.

Nessa vertente, muitas são, portanto, as teorias integradas ao que se considera pós-modernismo, dentre elas o pós-fordismo, a teoria da sociedade pós-industrial, entre outras, figuram como importantes contribuições. Enquanto sua formação teórica demonstra grande pulverização, suas manifestações parecem remeter a uma unidade integrada, o que, em parte, justifica o sucesso da teoria pós-moderna. Porém dificulta, igualmente, sua interpretação e sua avaliação científica, afinal, sem objetivo definido, a pós-modernidade representa uma deficiência lógica berrante. Sobre este aspecto, os teóricos do pós-modernismo se orgulham; ao contrário do que se possa imaginar, os participantes desta nova

corrente não gostam de se ater a definições, por isso apreciam a dificuldade de se definir a pós-modernidade como uma teoria completa e acabada, afinal a auto-renovação e a autocrítica são elementos indispensáveis a sua existência particular.

“A era pós-moderna é um tempo de opção incessante. É uma era em que nenhuma ortodoxia pode ser adotada sem constrangimento e ironia, por que todas as tradições aparentemente tem validade.”²⁶ O resultado é o sujeito “globalizado”, integrado ao mundo, todavia, como consequência, absorvido por ele. Logo há uma coincidência parcial entre sociedade da informação e pós-modernidade; em vez de tradição do novo há um pluralismo de tradições, a tradição do diverso.

Seguindo o pensamento de integração e aceitação da cultura divergente o exemplo mais notável costuma ser a arquitetura. Ela não só criticou a modernidade, mas integrou a diversidade do modernismo ao utilitarismo da sociedade capitalista; de um lado o prédio moderno, com sua eficiência, de outro o design com sua beleza estética. A junção de ambos em uma obra arquitetônica representa, em síntese, a expressão da pós-modernidade, não existe mais conflito, existe integração. Em vez de imposição de um gosto, aceita a diversidade de “culturas de gosto”, cujas necessidades procura satisfazer, oferecendo uma pluralidade de estilos.

A expressão mais comum do que se chama de pós da modernidade passou a se verificar em meados dos anos 60, estendendo-se aos movimentos alternativos dos anos 70. A contra-cultura da década de 60 desbravava o ser coletivo; não existia mais pudor ou medo, a contemplação perdeu espaço para a ação pura e simples, o desejo do corpo deveria ser satisfeito, a alma era apenas um simulacro do resquício da individualidade, era o elo para o coletivo. O sujeito perde seus limites pois não age mais sozinho, seu corpo responde às necessidades de prazer e sua mente à popularização da arte²⁷.

A pós-modernidade celebra o apocalíptico, o anti-racional, a diversidade na união; a integração apesar das diferenças (presentes na alma²⁸). O pós no modernismo quer dizer uma quebra de paradigmas, uma revolta contra a

²⁶ Acerca deste tema, é interessante questionar o caráter pluralista da pós-modernidade. A figura da verdade absoluta do positivismo desapareceu, não há nada mais absoluto, talvez resida aí o segredo na interpretação da pós-modernidade. Tudo é relativo, cada idéia representa a expressão de uma verdade particular; quem aceitar este “fato” é, então, um pós-moderno. KUMAR, 1997, p. 115.

²⁷ Música Pop, a “nouvelle vague”, etc.

²⁸ Sobre o assunto ler MARCUSE, 1997, p. 89 passim.

imposição de padrões, de gostos ou de visões particulares; o que se quer é a anarquia cultural, a quebra da apatia e a popularização do eclético, do socialmente diferente. Trata-se, aparentemente, da constituição do indivíduo por meio de discursos, símbolos e imagens, o sujeito é o que parece, e parece-se com o que vê, com o que vive, trata-se da construção do homem por intermédio da prática discursiva e da universalidade pelas práticas de poder e de saber²⁹.

O pós-modernismo representa a ruptura interminável com o passado, por mais radical que este tenha sido em sua própria época; é o que dá ao modernismo seu significado. Por essa avaliação, torna-se possível questionar a definição supra de pós-modernismo, afinal ficou claro que o próprio modernismo pregava o modernismo, a mudança e a ruptura. Assim pode-se dizer que a contracultura, ainda que pós-modernista, levou a lógica do modernismo às últimas conseqüências.

Não se trata de negar seu caráter pós-moderno, mas de definir-lhe um traçado histórico, de interpretá-lo como uma quebra radical de paradigmas, assim como previa o próprio modernismo.

Pode-se, por conseguinte, fazer outra definição de pós-modernidade, com um caráter de continuidade, de aproveitamento e união de teorias, é o que faz Umberto Eco em “O Nome da Rosa”, afinal procura apoiar-se no passado conferindo-lhe ares de presente, atribuindo-lhe a lógica moderna; nesse sentido, há uma superação que leva ao pós-modernismo³⁰.

Por meio dessa avaliação muitas críticas foram levantadas acerca do modernismo. Mesmo dentro de uma linha marxista de pensamento, pode-se dizer que a unificação da cultura aos substratos materiais da produção; acabaram por gerar uma confusão entre superestrutura e as bases materiais de produção. Entretanto este não foi o único resultado, outro, foi a garantia de um mercado de consumo bem formado para aceitar as mais diversas formas de cultura representadas em produtos e serviços; não há mais necessidade lógica, mas, sim, fisiológica, a distinção entre indivíduos findou-se. Tal alegação baseia-se na sociedade de consumo e na uniformização de pensamentos. O sujeito individual dá lugar ao coletivo e o modernismo parece atingir seu ápice.

²⁹ FOUCAULT apud FONSECA, R., p. 83 passim.

³⁰ No entanto não era isso que o modernismo entendia como superação artística? Juntar-se o eterno e o efêmero na formulação de uma obra irrestrita ao tempo?

O pós-modernismo é a síntese de todas as teorias, donde se pode presumir a aparente imagem de uniformidade completa de um conjunto plural de pensamentos e teorias.

4

A cultura e o sujeito pós-moderno

“A personalidade é a portadora do ideal cultural.” Mas o que isso significa?

A cultura provém do interior do ser humano, de sua alma. Trampolim de sua personalidade, é da alma que o sujeito da cultura afirmativa retira as forças para aceitar o quinhão de felicidade que puder agarrar e é com a personalidade que o indivíduo se afigura para o mundo.

Porém, a explicação não se mostra suficiente, resta saber o que, então, seria a personalidade e o que seria a alma. É importante destacar a diferenciação feita por Marcuse acerca do pensamento antigo, clássico, e do pensamento moderno. Para esse autor, na antiguidade o espírito era o portador da cultura, era responsável por fazer figurar no mundo real a felicidade própria do mundo ideal de Platão; seria o espírito a janela para a felicidade e a cultura, a expressão desta felicidade. Vale destacar que nem todos os antigos seriam capazes de atingir a felicidade ou ter acesso à cultura, porque apenas alguns poucos “escolhidos” (os filósofos) seriam aptos a pensar e a abstrair a cultura e, por meio dela, a própria felicidade; aos outros (comuns) seria facultado o encargo de fornecer ao filósofo tudo o que este necessitasse para satisfação de suas necessidades básicas. Ao Ser Comum restava sobreviver, na esperança de que o filósofo fosse, de alguma forma, capaz de pensar um mundo ideal de felicidade para todos.

Na era moderna, o capitalismo surge como resposta da burguesia a este mundo ideal para todos; o indivíduo era fonte de ataque ao mundo pelos ideais da alma: de igualdade, liberdade e, sobretudo, de fraternidade. Enquanto lutava por seus ideais e pela transformação do mundo, a burguesia expressava sua verdadeira cultura ideológica, criada a partir do espírito. Agora os burgueses faziam às vezes

dos filósofos da antiguidade, chamando a si a responsabilidade pela construção na terra do mundo ideal.

A grande mudança ocorre com a realização do estado burguês, que passa a criar uma ilusão de igualdade. Contudo a situação não se altera em relação a antiguidade clássica, pois as condições para o acesso à cultura e à liberdade de criação do pensamento³¹ continuam pertencendo a poucos, no entanto duas mudanças são fundamentais: (1) a forma de se pensar o mundo e a cultura e (2) os objetivos deste pensamento.

- 1) Durante a antiguidade, os pensadores não criavam uma falsa idéia de igualdade e utilizavam o método filosófico para a consecução de um mundo melhor, já na época moderna/contemporânea, o sujeito do pensar utiliza a lógica científica para a transformação do mundo e esta transformação não atende mais ao ideal de perfeição; ao contrário, ela atende aos preceitos capitalistas em que o objetivo do sábio não é mais o bem comum e sim a acumulação de riquezas para a qual, teoricamente, todos são aptos. Quando se fala de mudança na forma de se pensar o mundo não se quer referir-se apenas ao método científico de produção da verdade, mas também à distinção interna que se apresenta. Esta distinção advém da banalização do espírito como fonte da subjetividade intrínseca e de sua subsequente substituição pelo conceito de alma; é a alma que confere individualidade e que transforma o ser em “(...) uma linha de recuo protegida por trás do front. Em sua interioridade, como pessoa ética, ela constitui a única propriedade segura que o indivíduo não pode perder.” A alma não é fonte de conquista, mas de renúncia ao mundo “material”. É fonte de resignação ao que, de fato, não tem importância, afinal o “ser” está resguardado pelas fronteiras da alma. O espírito era livre e, por vezes, dissonante do mundo material, revoltoso e abstrato demais para o entendimento materialista da ciência burguesa; ele era místico e não poderia conformar o sujeito a igualdade formal e racional. Nessa esteira, a alma permite a conformidade e possibilita a igualdade e a resignação. A

³¹ “A sociedade burguesa libertou os indivíduos, mas como pessoas que se mantêm no controle.” (MARCUSE, 1997, p. 114) Ora, quem define o que é se manter no controle na sociedade burguesa? O Estado? Mas quem controla o Estado?

cultura, portadora da felicidade, é conformada e interiorizada à alma que a transmite mecanicamente, retirando-lhe o verdadeiro *animus*, subtraindo da cultura seu caráter perene.

A cultura, agora, é expressão do material, do real, e não mais a idéia do perfeito, do sublime, não existe mais o mundo perfeito, externo ao nosso; o que existe é o exemplo do mundo em movimento de Aristóteles, que busca autarcia³², porém, sem a busca verdadeira da perfeição. O perfeito é a resignação, a compreensão de que nada é “inteiramente justo” ou “inteiramente correto”.

- 2) O pensamento dos antigos buscava alcançar o perfeito, alçar a humanidade à perfeição divina. O ponto fundamental da cultura grega era a transmissão de um ideal e sua materialização no mundo. O que ocorre na modernidade é a união deste mundo externo ao mundo real, e de sua fusão, o surgimento do conformismo de que nunca atingir-se-á a perfeição. A cultura não busca fundamento no divino ou no ideal, mas em sua realidade material, deixando de ser instrumento de transformação. Portanto, o objetivo do pensamento moderno é conformar a sociedade com base nos ideais de igualdade. É a sociedade que define o que é arte, e dessa definição surge a falsa idéia de homogeneidade, pois o que se transmite é o pensamento burguês; o que se chama cultura é aquela permeada pela constante transformação própria do pensamento capitalista de reformulação de um produto. Mesmo antes de a cultura ser vendida, ela já expressava a ideologia do mercado: a transformação como diversificação de produtos. Qualquer coisa “antiga” deveria ser considerada antiquada, e o que fosse consagrado deveria ser determinado como expressão do que se produziu de bom no passado³³.

Nos primórdios da burguesia, o Estado seria o Leviatã sob controle da sociedade, que cederia parte de seu poder ao monstro para que este a protegesse.

³² Para Aristóteles, Autarcia seria a capacidade divina de se bastar na imobilidade, na imutabilidade, não precisando de mais nada para ser perfeito. Segundo este pensador, o ser humano buscaria no movimento (das sociedades) imitar a imobilidade divina, o imperfeito imitaria o perfeito.

³³ Mas que hoje não deveria lograr êxito.

Todavia, com o avançar do processo capitalista, o monstro sujeita a sociedade para garantir sua preservação. Agora, ao invés de uma sujeição parcial da pessoa frente ao Estado há uma sujeição total do indivíduo como forma de se preservar a sociedade³⁴. Esta é a configuração do Estado autoritário como contraposto dos ideais burgueses de humanitarismo, individualidade, etc. Contudo, esse processo não transfigura a função da cultura objetiva, ele apenas modifica “(...) os caminhos pelos quais essa função se realiza.”

A maneira mais clara de se verificar a continuidade da cultura afirmativa, mesmo dentro de uma realidade de Estado autoritário, está na idéia de interiorização³⁵ idealista. Por meio da interiorização da noção de coletividade, a cultura confere ao indivíduo a falsa idéia de que, independente da realidade material, todos possuem o mesmo valor, todos são livres e dignos interiormente.

Esse novo método do processo disciplinador do Estado, só é possível, por intermédio da rejeição dos processos culturais anteriores. Ainda que mais feliz antes da nova “ordem” o indivíduo influenciado pela cultura afirmativa, entende que a integridade da coletividade depende de sua resignação e conseqüente infelicidade. A manutenção do *status quo* se realiza pela maioria em detrimento do indivíduo; neste argumento reside o motivo pelo qual a cultura hoje protesta de forma tão inexpressiva contra sua nova forma. Destaca-se, também, a importância da interiorização idealista, o sujeito percebe que sua nova realidade material é inferior, cada vez mais, a anterior, no entanto ele aceita isso como conseqüência da preservação da coletividade; a cultura crítica não é tida como errônea, apenas, não é aceita diante da “racionalização em fatos”³⁶. O ser pode se transfigurar de modo trágico e heróico visto que conserva toda a riqueza de sua alma.

O que dá base, então, à formação ideológica do Estado moderno é a interiorização idealista, mas o que fornece a figura real desta interiorização é a chamada exterioridade heróica; em outras palavras, a ideologia do Estado

³⁴ O próprio termo já sugere uma coletividade (na modernidade não como uma união de indivíduos mas de células de um sistema), o pensamento individual deveria ser sacrificado em face da coletividade. Sobre isso consultar “Admirável Mundo Novo” de Aldous Huxley.

³⁵ “Interiorização: a conversão de instintos e forças explosivas em domínios da alma (...)” (MARCUSE, 1997. p. 123)

³⁶ Fica clara a “verdade” transmitida pelo Estado autoritário, ou seja, de que não é possível manter a paz e as boas relações sociais senão via sacrifício individual, o que se comprova pela racionalidade, que tem como base o fato expresso (e.g.: “deve-se entregar a sociedade à barbárie do estado natural? Do ser primitivo, livre para invadir a liberdade alheia? A teoria darwinista, a sobrevivência do mais forte?”.)

moderno burguês se pauta em duas culturas diversas e, ao mesmo tempo, afins: a interioridade idealista (já explicada) e a exterioridade heróica. Estas são, resumidamente, as bases, também, da cultura afirmativa.

O viés heróico da cultura afirmativa se representa pelo entendimento de que “Assim como o vencedor escreve a história, isto é, cria seu mito, assim também ele determina o que deve ser considerado arte.”³⁷, a arte também precisa se colocar a serviço da defesa nacional, da disciplina militar e do trabalho. Deve-se destacar que o próprio Estado autoritário transmite isso em seus desfiles, discursos e eventos, e aqui cabe a conexão entre a interioridade ideológica e a exterioridade heróica; o indivíduo está a serviço da sociedade e sua representação é o Estado. Tudo o que for preciso fazer pelo estado deve ser feito pois preserva a coletividade, e sua liberdade está restrita ao interior, a sua alma, uma vez que seu espírito deve ser rejeitado, afinal permite aflorar paixões e altera a realidade. Portanto, tanto a coletividade quanto a individualidade devem rejeitar o espírito, ou, ao menos, domá-lo, por isso os discursos políticos se dirigem ao coração, garantindo a supremacia da alma sobre o espírito.

Falar-se-á, agora, de como a cultura afirmativa se ligou aos processos de formação do indivíduo, ao condicionamento de seu eu e, sobretudo, de sua felicidade. Ficou claro, até o momento, que a cultura afirmativa busca suplantar o individual, conduzindo à satisfação do coletivo e negando qualquer forma de felicidade que não atenda aos preceitos “globais de cultura”. Ora, isso é feito por meio da incorporação da cultura no mundo material, o sujeito deve se contentar com a felicidade que puder agarrar e essa felicidade deve ser útil ao Estado, logo ela é contabilizada e conectada à realidade da massa. Cada dia de descanso custa ao patrão, por conseguinte deve ser despendido em época oportuna. As horas de descanso devem ser racionalizadas, o piquenique vira competição ao ar livre, o passeio no bosque se converte em tempo gasto em grandes estádios de futebol, o descanso não deve gerar despesas à sociedade, se o indivíduo não estiver produzindo deverá estar pagando a outro que trabalhe por ele³⁸, é o que se chama de utilitarismo, o interesse do “um” unificado ao todo.

³⁷ JÜNGER, 1932, p. 198.

³⁸ Se não estiver no serviço deverá estar gastando seu dinheiro com quem está produzindo, como o pipoqueiro, a televisão; em suma, ele deve manter o estado, que foi pensado de maneira capitalista.

4.1.

A indústria da cultura

Os primeiros a tratarem do tema segundo esta designação foram Adorno e Horkheimer em *Dialética do Esclarecimento*, os quais queriam fazer significar como “(...) a integração deliberada, a partir do alto, de seus consumidores. Ela força a união dos domínios, separados há milênios, da arte superior e da inferior.” Esta integração teria como objetivo principal a adaptação de produtos da cultura às massas, não só produzindo para ela, mas determinando o que a generalidade deveria consumir. O termo indústria se mostra pertinente na medida em que a produção da “arte” adota um critério técnico mecanicista, mais ou menos em série. Fala-se, por exemplo, da apresentação teatral gravada e seccionada para caber em capítulos e ser apreciada, ou melhor, consumida aos poucos, para gerar lucro e ansiedade consumistas. O sujeito não deve apreciar a obra industrial, ele deve sorvê-la, deve interiorizar a informação que recebe e adaptar sua receptividade à transmissão que vem do alto, das classes dominantes, em suma.

Toda a técnica empregada pela indústria da cultura se transfere, sem escrúpulos, para a manipulação das massas, que são, em verdade, o óleo lubrificante da máquina, sendo o capital seu condutor.

Toda a criação, ainda que fruto da genialidade do artista, deve ser adaptada à ideologia burguesa, funcionando como instrumento de pacificação do indivíduo frente à ordem vigente, à autonomia da arte, que, desde os primórdios, jamais fora totalmente vinculada apenas a criação corriqueira; vê-se totalmente controlada pelo interesse de uns poucos e defendida pelo argumento de generalização, acesso e igualdade.

A crítica principal que se pode fazer à industrialização da cultura está na assimilação que se faz do processo cultural à realidade material; anteriormente o ideal cultural observava a realidade e tecia suas críticas às condições humanas, no entanto ao ser incorporada ao mundo material, a cultura se transfigura e passa a adotar as posturas da realidade objetiva. O que antes era criticado passa a ser fundamento de validação da obra de arte, o objeto avaliado passa a ser

incorporado à própria cultura e esta unificação entre crítico e criticado compromete a veracidade, ou mesmo, a importância da avaliação³⁹.

Não se deve esquecer do caráter comercial da cultura, ela não é apenas produzida conforme a necessidade das massas, mas atende ao princípio da criação de novos mercados. Há um estudo técnico por trás de cada produto, há projeções e avaliações de potencialidade que levam à criação de produtos direcionados, cada item produzido no seio da indústria cultural recebe o auxílio da publicidade e é difundido como inovação travestida de modernidade, quando na verdade é apenas a nova roupagem de uma velha ideologia⁴⁰.

O indivíduo é alvo dessa ideologia e enxerga a solução de seus problemas no enquadramento aos papéis difundidos pela mídia. Um bom produto cultural convence o sujeito de que os papéis veiculados pela cultura industrializada são as fontes para a pacificação social e para felicidade geral; a generalidade das pessoas se convence de que o mundo seria um lugar melhor se cada um procurasse se enquadrar nos papéis de “bom moço” difundidos pela mídia em geral.

Deve-se considerar a indústria cultural como tal apenas pelo processo de convencimento e de massificação veiculado por seus produtos, pelas formas industriais de organização e de produção, contudo cada produto é único, originado por um processo criativo específico. Entretanto é justamente esta individualidade que confirma a ideologia, “(...) na medida em que desperta a ilusão de o que é coisificado e mediatizado é um refúgio de imediatismo e de vida.”

Uma questão ainda permanece sem resposta diante da explanação tecida acerca do assunto supra: afinal, como a indústria cultural se legitima? Existem muitas respostas e muitas delas, freqüentemente, estão corretas. Ater-se-á apenas às justificações dos Frankfurtianos, que obedecem a uma linha de raciocínio próxima.

³⁹ Não se deve confundir tal exposição com os ideais positivistas de distanciamento do objeto como garantia de qualidade da avaliação, o que se deve levantar aqui é a corrupção do artista como enquadrado às idéias burguesas. Neste sentido, a própria técnica positivista de produção da verdade deve ser tomada como enquadramento da crítica artística às concepções de massa. Só deve ser aceito aquilo que obedecer à técnica de produção dos veículos de massa.

⁴⁰ “O que na indústria cultural se apresenta como um progresso, o insistentemente novo que ela oferece, permanece, em todos os seus ramos, a mudança de indumentária de um sempre semelhante; em toda parte a mudança encobre um esqueleto no qual houve tão poucas mudanças como na própria motivação do lucro desde que ela ganhou ascendência sobre a cultura.” A indústria cultural, texto baseado nas considerações de COHN, 1994, p. 94.

A Indústria Cultural se legitima, basicamente, por meio da interiorização dos preceitos burgueses travestidos de generalidade, o que lhe confere a aparência aceitável de produto, e também por intermédio da aceitação daqueles capazes de perceber o engodo da cultura afirmativa⁴¹. Esta aceitação se dá pela resignação, os mais argutos percebem o que se produz e com que finalidade, porém justificam tal atitude como uma falsa idéia de democracia ou, pior, pela justificação mercadológica mesmo, de que o que se vende só se vende porque existe uma demanda para tanto. Na pior das hipóteses, dizem os resignados, a indústria cultural serve à pacificação das massas, embora esta seja uma espécie de engodo.

A idéia de que o mundo quer ser enganado ganha cada vez mais justificação lógica. O sujeito esforça-se por fechar os olhos, antevendo sua própria enganação, todavia ele se deixa levar pela beleza fugaz daquilo que lhe apresentam, e de pequena felicidade em pequena felicidade o indivíduo legitima, ainda que de forma inconsistente, a indústria cultural; ou seja, a maior fundamentação da ideologia industrial da cultura está na aceitação da coletividade que se interioriza no indivíduo. Em sua alma, o cidadão moderno anseia por ser enganado, pois não precisará resolver seus problemas, afinal eles se resolvem todos os dias em frente à televisão, aos folhetins e às novelas, sempre, através de terceiros.

Não há, no conceito de indústria cultural, uma fundamentação em si mesma, ou na transmissão valorativa. O fundamento desta ideologia está na manutenção do *status quo*, ela é aceita sem nenhuma avaliação dialética, ou análise. Ele apenas enuncia a necessidade de submissão, mas não indica a que; por mais obscuro que pareça o significado por trás da informação transmitida, a massa aceita a informação, justificando-a pela falácia da generalidade, assim ela tem justificação em si mesma.

É óbvio, entretanto, que o leitor mais arguto deve ter notado que toda esta falta de significância da informação veiculada pela cultura atual serve para desligar a ideologia de sua fonte. Quando se compra a cultura, compra-se da massa, do povo, desliga-se o produto de sua fonte verdadeira, a classe burguesa dominante. Desta forma, comprova-se o que se afirmou no início: a indústria

⁴¹ Considerações que se pode fazer por meio de Adorno, Horkheimer e Marcuse.

cultural lança seus produtos e os insere no pensamento popular, “A indústria cultural é a integração deliberada, a partir do alto, de seus consumidores.”

“Se as massas são injustamente difamadas do alto como tais, é também a própria indústria cultural que as transforma nas massas que ela depois despreza e impede de atingir a emancipação para a qual os próprios homens estariam tão maduros quanto as forças produtivas da época permitiriam.”⁴²

4.2.

A indústria cultural, o sujeito moderno e o Direito pós-moderno

No final da Idade Média a humanidade começou a passar por uma grande transformação. Surgia uma nova configuração social, a qual não ocorria ordenadamente e, muito menos, cientificamente. A mudança ocorreu do conflito de uma ideologia nascente e de outra decadente, do embate de ambas uma nova ordem social surgiu. Esta nova configuração buscava atender à supremacia de uma nova elite social e cultural, para tanto todo um aparelhamento técnico, teórico e, sobretudo, ideológico, despontou.

Aparecia, assim, a figura do Estado burguês, primeiro dividindo espaço com a nobreza decadente, por meio de uma corte dirigida por reis e estruturas que não pareciam servir à nova ordem. Com isso, nova onda de mudança e conflitos se apresentava e, com a revolução francesa (ao menos de forma simbólica), a burguesia não tinha somente um Estado para comandar, tinha toda uma sociedade para modelar. Desafio que não foi tão complicado como parecia frente à crescente velocidade de modernização técnica que principiou a aflorar no seio da nova sociedade, agora sim, capitalista e de mercado.

Neste ponto, especificamente, entra a função do direito moderno, não mais como uma simples conjunção de condutas, mas como o critério de validação de todo o estado burguês. Vale salientar que o Estado moderno era apenas manifestação da cultura burguesa, dos contratualistas e dos positivistas mais

⁴² Aqui, Adorno não esconde sua origem teórica Marxista, e destaca a maior importância da crítica a indústria cultural: ela, a indústria cultural, é uma das principais responsáveis por sufocar a rebelião das massas frente às forças produtivas burguesas. Em suma, a manutenção do *status quo* se dá através da diminuição da importância do indivíduo e de sua resignação frente à atual realidade. Cria-se a ilusão de que todos podem ser felizes neste mundo “pequeno burguês” e de que qualquer instrumento de contestação é utilizado pelo “bandido”, como nas histórias transmitidas pelos filmes.

ávidos pela codificação. Da mesma forma o era o direito, não se deve, portanto, aferir ao direito o crédito pela criação do Estado, muito menos da ideologia burguesa, no entanto o direito justificava o Estado burguês, e servia como aparelhamento à ideologia deste Estado; a manutenção do *Status* alcançado pela burguesia deveria ser função do sistema jurídico implantado. Para tanto, as mais diversas formas de justificação foram utilizadas, desde o argumento falacioso da tradição até a mais sólida construção teórica representada pelo positivismo e pelo contratualismo. O Estado surgia como a vontade dos cidadãos de manter a paz social e as leis despontavam como codificação escrita e validada pelo processo de criação dessa nova realidade contratual; as leis, portanto, seriam as cláusulas desse contrato social.

A crítica dos Frankfurtianos, precursores das elucubrações acerca da indústria cultural, ao direito passa pela sua crítica ao Estado burguês e à forma como este Estado tecnicizou e massificou a cultura em geral, sorvendo-lhe toda a originalidade e espírito crítico. O direito foi a maneira utilizada pelos burgueses para conferir validade ao processo de industrialização da cultura, e, da mesma forma, validade à violência do Estado contra o Indivíduo⁴³. O que, resumidamente, a escola de Frankfurt critica é o modo como a burguesia instrumentaliza a cultura, utilizando-a para conformar o sujeito. O ideal de liberdade pressuposto pelos movimentos de emancipação burguesa serve apenas até o limite interior, até a alma; para fora do sujeito apenas as ações conformadas pelo direito seriam aceitas, qualquer atitude contrária a este direito é considerada como invasiva à liberdade alheia. Cada vez mais surge, para evitar tal invasão, a figura do Estado autoritário como garantidor máximo da liberdade e da paz formais. A crítica reside no fato de que, para conservar a liberdade, a paz e garantir a falsa igualdade, o Leviatã⁴⁴ burguês retira do indivíduo toda a liberdade que este poderia lograr, o que é feito por meio da subjetividade da cultura e da objetividade do Direito.

⁴³ Em oposição ao cidadão, o indivíduo aparece como elemento de contestação e, por isso mesmo, de risco ao Estado. O cidadão é o “bom moço” é o aceito pela sociedade, enquanto o indivíduo é o pária, é a pessoa que, contrariando o “instituto” do animal social, atenta contra a coletividade, tentando desvincular-se dela. Neste sentido, Freud destacou o indivíduo como inimigo do Estado.

⁴⁴ Como referência ao Estado, ao contrato social.

4.2.1.

Como a cultura afirmativa “gerou” o sujeito moderno e como o Direito o conformou

Durante a revolução burguesa, a sociedade vislumbrou a ideologia pura advinda de uma classe que lutava para se afirmar; nesta ideologia uma série de preceitos estavam contidos, como os de igualdade, liberdade e fraternidade. De fato, a positivação das leis que se seguiu aos movimentos burgueses⁴⁵ conferiu à generalidade das pessoas, ao menos formalmente, a aquisição destes “direitos”. Contudo, esta mesma codificação tratou de conferir à nova classe social uma série de garantias à sua manutenção: as leis garantiam a propriedade privada (mesmo em face do Estado), o direito à usura, o direito ao lucro e à sua comercialização. Toda uma nova cultura se instalou, porém seu ápice só foi alcançado recentemente, com a evolução da técnica e a incorporação definitiva do pensamento capitalista à sua produção.

A cultura afirmativa é o processo pelo qual o Estado furtou do indivíduo a capacidade de se revoltar. A cultura afirmativa deu ao sujeito um mundo novo de esperanças vãs, de conformismo, transformando-o, senão em verdadeiro “cidadão”, em um indivíduo resignado⁴⁶. O objeto de ataque da cultura afirmativa é, fundamentalmente, a liberdade recém adquirida pelo sujeito, e este ataque não é nada mais exceto a confirmação da ideologia burguesa por meio do Estado autoritário; a figura do monstro estatal deglutindo seus criadores para sobreviver. No entanto, a classe dominante se mantém no controle desse monstro, alimentando-o com a liberdade alheia.

É, portanto, a própria cultura o veículo da ideologia para atingir a alma do cidadão, para trazê-lo ao mundo da satisfação fugaz representada pelo consumismo e para mantê-lo alienado por esta lógica perversa. Com isso pode ocorrer, é claro, que, mesmo com todos os instrumentos de convencimento e massificação da cultura e da ideologia burguesa, um indivíduo não que interiorize de bom grado as especificações da “sociedade” passadas como normas a serem seguidas. Neste caso, o direito deve identificar tal recusa, e remediar o sujeito

⁴⁵ Dentre os quais o código civil Napoleônico.

⁴⁶ “A separação entre o útil e o necessário, do belo e da fruição, constitui o início de um desenvolvimento que abre a perspectiva para o enquadramento da felicidade e do espírito num plano à parte da ‘cultura’.”

avesso à lógica da manutenção social. Aqui entra a figura do Estado que como detentor do monopólio da violência, obriga, coage o sujeito a se conformar.

Constitui exercício bastante profícuo buscar, no próprio direito positivo, a influência da cultura afirmativa e da ideologia burguesa. O primeiro destaque que se faz é a generalização das leis, sendo que, mesmo que não conheça uma determinada regra, o sujeito não pode alegar tal fato, sendo obrigado (literalmente neste caso) a conhecer o direito ou sofrerá as conseqüências. Mesmo os critérios de validação do direito positivado encontram-se no procedimento, na forma como a lei é produzida, e não em sua efetividade material ou, principalmente, em sua justiça. Assim uma lei que obedeça aos princípios de validação formal poderá lograr êxito e adentrar no sistema ainda que seu conteúdo seja, valorativamente, injusto. E, mesmo quando injusta, deve-se obedecer a lei, não sendo facultado ao indivíduo, salvo algumas exceções⁴⁷, a desobediência civil, posto que constitui quebra do sistema jurídico, sendo, por isso, reprimida.

O sujeito moderno é, por conseguinte, aquele conformado ao mundo material no qual vive; é o objeto sobre o qual incide toda a indústria da cultura, criando nele a idéia de necessidade da cessão de sua felicidade para a consecução da felicidade coletiva. O sujeito moderno esquece seu lazer, pois o confunde com seu trabalho, e briga pela alegria que puder agarrar.

O instrumento de conformidade desse sujeito ao mundo do capital, da aquisição da cultura e da felicidade pelo viés financeiro, é o direito, é o sistema jurídico positivado que confere ao sistema da cultura de massa a garantia da conformidade, ou seja, se a cultura é o produto, o direito é o certificado de garantia de seu funcionamento.

4.2.2.

A tecnicidade na cultura e sua influência sobre o Direito

Como já dito, muitas mudanças foram realizadas pela evolução da técnica burguesa, própria do sistema de produção capitalista, para a produção da cultura. O cinema, o rádio, a qualidade dos folhetins, enfim, todo um novo universo se abriu para a produção em série da informação e, conseqüentemente, da cultura.

⁴⁷ Que servem, de qualquer forma, para conferir a ilusão de justiça. “A lei pode ser contestada, desde que dentro dos termos legais.”

A voz no rádio se tornou onipresente, a imagem da televisão eternizou a figura do bom moço, e quando se diz figura, diz-se no aspecto de imagem também. Cada época produzia seu galã, cada folhetim provocava suspiros pelo tom romântico, a ciência do coração ganhava ares de manipulação, mas o que a massa mais queria era ser manipulada, pois a técnica seduzia o cinema com seus rostos perfeitos, o rádio com suas vozes melosas, os folhetins com seus finais emocionantes e todos com a ideologia da satisfação momentânea, transmitindo a idéia de que, para tornar a satisfação perene, é preciso garantir um estoque razoável daqueles itens para se manter sempre atualizado com a “realidade ali produzida.”⁴⁸

Tal tecnicidade não tardaria a chegar ao direito, o que se observa em sua própria produção e divulgação; hoje mesmo, todos podem acessar o site da justiça, sorver a “verdade jurídica”. A técnica transmitida para a produção do direito tardou a se fazer sentir, entretanto mostrou-se consolidada, o direito, ele próprio, é manifestação da cultura e, assim como a jovem apaixonada não pode esperar pelo final do pasquim, o jurista “atenado” não pode esperar pela renovação da velha⁴⁹ legislação.

A produção intelectual do direito (considerando como direito aquele positivado) sofre com as mudanças técnicas da cultura; para se adaptar, o legislador deve acompanhar as mudanças da sociedade, deve, ele próprio, ser um conformado e um informado pela cultura afirmativa para poder manter a estrita lógica de manutenção do *Status*. A nova roupagem da doutrina é, portanto, apenas uma transfiguração que não muda o que é em essência, ou seja, a própria ideologia burguesa e capitalista.

4.2.3.

As influências da indústria cultural sobre o pensamento jurídico

⁴⁸ Obviamente o termo, realidade produzida, já demonstra a noção de fantasia e enganação presente na idéia transmitida pelos veículos de mídia.

⁴⁹ Este conceito de velharia deve ser absorvido como forma de demonstrar a desconsideração que se faz ao antigo, até a lei efetiva pode receber críticas apenas por ser antiga; mesmo que o direito não se modernize com a velocidade da sociedade, a sua mudança constante é necessária para acompanhar a ânsia do novo presente na sociedade burguesa. Veja que o que se pretende aqui não é uma crítica, o direito positivo nasceu para, na medida do possível, acompanhar a sociedade, por isso apenas se constata a presença desta vontade também no universo dos juristas.

Até o momento, houve a preocupação de justificar as posições do direito em relação à cultura que o produz, e mesmo a influência da evolução técnica sobre sua produção, no entanto ocupar-se-á, agora, da descrição da influência que a indústria criada pela cultura afirmativa, e mantida íntegra pelo próprio direito, têm sobre seus fundamentos objetivos e positivados, quer seja, sobre as próprias leis.

Toda cultura produzida deve ter proteção do sistema do estado, ou, ao menos, não contrariá-lo. Uma peça teatral de fundo humanitário judaico na Alemanha hitlerista representava uma clara contestação à ordem vigente e, logo, não seria tolerada pelo sistema jurídico⁵⁰.

Na atualidade, a cultura produzida pelos telejornais, por exemplo, é protegida pela chamada liberdade de imprensa. Neste particular é gritante a preferência dada pelo Estado à coletividade em detrimento da individualidade. No caso citado tanto o sujeito quanto a coletividade possuem direitos garantidos pela constituição (brasileira), todavia a privacidade é colocada de lado contra a liberdade de divulgação da informação. Aqui reside a morbidez da indústria cultural, afinal, mesmo a informação inútil pode ser veiculada desde que de fundo verídico, o que abre espaço para revistas estritamente “fuxiqueiras” como se diz.

A indústria da cultura banalizou o indivíduo e validou-se formalmente pelo direito, a individualidade passou a ser luxo, não direito; é o sujeito o responsável por se autopreservar, por isso a alma é a trincheira atrás da qual a liberdade se mantém. Como o exemplo acima, muitos outros podem ser citados, como o do direito de imagem, a venda consentida do resquício de individualidade, a imagem custa, a aquisição da imagem custa. Qualquer pessoa que deseje ter acesso a outra pode tê-lo desde que pague o preço acertado. Em alguns casos, briga-se pelo direito de ter a imagem exibida; também pudera, todos querem ser conhecidos, já que todos querem ter acesso ao inconsciente coletivo. Como consequência, o direito tutela a prerrogativa de comercializar a imagem, de se exibir a individualidade e, com isso, torná-la corriqueira, sem importância, coletiva.

A indústria cultural influencia o Direito na medida em que é ela mesma a maior “lobista” da modernização das leis para acompanhar as demandas do avanço técnico, da transmissão e da massificação da cultura. O legislador deve

⁵⁰ Neste ponto reside a crítica à validação apenas pelo procedimento (típico do positivismo) e não pela valoração.

atender à demanda da Internet, das marcas e patentes, da propriedade intelectual eletrônica, dos direitos coletivos. Em suma, a indústria cultural demanda pela transformação do direito, para que este se conforme, uma vez mais, à nova realidade⁵¹. O direito deve garantir que os produtores das “novas culturas” lucrem com as mesmas, a idéia de produção, no sentido industrial, já deve pressupor o fundamento do capitalismo: o retorno em dinheiro⁵².

⁵¹ Mesmo que, como já destacamos, a ideologia transmitida permaneça a mesma.

⁵² Além, é claro, das funções já elencadas, como manutenção da ordem social.

5

A ideologia liberal sujeitando homem e natureza à lógica de mercado

A racionalidade moderna foi responsável não apenas pela mudança cultural do indivíduo, mas de toda uma sociedade. Há que se falar que tal mudança influenciou, portanto, nas bases da economia dessa sociedade; dentre as principais mudanças não estavam apenas o pensamento consumerista e capitalista que acompanharam, como se viu, o aparecimento da modernidade. Trata-se, sobretudo, de um novo pensamento quanto à forma que esta evolução Capitalista deveria adotar.

Com a produção mercantil – produção não mais para o consumo pessoal e sim para a troca – os produtos passam necessariamente de umas mãos para outras. O produtor separa-se do seu produto na troca, e já não sabe o que será feito dele. Logo que o dinheiro, e com ele o comerciante, intervém como intermediário entre os produtores, complica-se o sistema de troca e torna-se ainda mais incerto o destino final dos produtos. Os comerciantes são muitos, e nenhum deles sabe o que o outro faz. As mercadorias agora não passam apenas de mão em mão, mas também de mercado em mercado; os produtores já deixaram de ser os senhores da produção total das condições da sua própria vida, e tampouco pouco os comerciantes chegaram a sê-lo. Os produtos e a produção estão entregues ao acaso.

Mas o acaso não é mais do que um dos pólos de uma interdependência, da qual o outro pólo se chama necessidade. Na natureza, onde também parece imperar o acaso, há muito tempo que podemos demonstrar, em cada domínio específica, a necessidade imanente e as leis internas que se afirmam em tal acaso. É o que é certo para a natureza também o é para a sociedade. Quanto mais uma atividade social, uma série de processos sociais, escapam ao controle consciente do homem, quanto mais parecem abandonados ao por acaso, tanto mais as leis próprias, imanentes, do dito acaso, se manifestam como uma necessidade natural. Leis análogas também regem a eventualidades da produção mercantil e da troca de mercadorias; frente ao produtor e ao comerciante isolados aparecem como forças estranhas e no início até desconhecidas, cuja natureza precisa de ser laboriosamente investigada e estudada. Estas leis econômicas da produção mercantil modificam-se de acordo com os diversos graus de desenvolvimento dessa forma de produção; mas cada período da civilização está regido por elas. Até hoje o produto ainda domina o produtor; até hoje, toda a produção social

ainda é regulada, não segundo um plano elaborado coletivamente, mas por leis cegas, que atuam com a força dos elementos, em última instância, nas tempestades dos períodos de crise comercial.⁵³

Foi com a expansão da ideologia liberal, não apenas por sua influência, que o mundo observou atônito a criação de um novo sistema de mercado, capitalista sim, mas, o que é inovador, auto-regulado. Por esse motivo, o mercado pretendeu quebrar os grilhões impostos pelo Estado e por uma boa parcela da sociedade, a economia precisava crescer, não importavam as consequências pois, ao final, diziam os entusiastas liberais, toda acomodação necessária seria proposta pelo próprio mercado.

Consoante se expôs, a cultura é fruto da interação entre homem e natureza; quando se pensa no ideal capitalista e de mercado, o objetivo dessa interação é a produção. Neste caso, se a interação se organiza por um processo auto-regulado de troca, os sujeitos desta relação (homem e natureza) são obrigados a obedecer à lógica da produção, “(...) tem que se sujeitar à oferta e à procura, isto é, eles passam a ser manuseados como mercadorias, como bens produzidos para a venda.”⁵⁴

A partir dessa lógica o mercado sofreu um ajuste, englobando terras e pessoas como itens negociáveis, estas ao preço chamado salário, aquelas a um preço chamado aluguel. Desta forma, o capital investido poderia ser mensurado e racionalizado pela oferta e procura, além de poder ser avaliado conforme a interação de ambos⁵⁵. Os valores investidos nas várias combinações de ambos podiam trafegar entre os ramos da produção de acordo com os lucros obtidos.

O impasse surgiu por um único motivo: a conservação do próprio mercado. Enquanto a produção poderia, a princípio, ser organizada pela oferta e pela procura, a ficção do homem e da terra, enquanto mercadorias, desconsiderava que deixar ambos à mercê da lógica de mercado era tão perigoso para a sociedade quanto para o próprio sistema econômico.

⁵³ Este pensamento formulado por Engels, ainda que extremamente simplista do ponto de vista econômico, serve engenhosamente bem a demonstrar os meandros do pensamento liberal que permeava as teorias mercadológicas da época. Embora, como é de saber corriqueiro, Engels utilizara-se dessas classificações como meio de crítica ao capitalismo. ENGELS, 1986, p. 232 et seq.

⁵⁴ POLANYI, 2000, p. 162.

⁵⁵ É exatamente por este motivo que o movimento liberal que influenciou a economia é importante, pois incidiu sobre a racionalidade acerca dos bens naturais e humanos. Não se tratava mais apenas de uma revolução técnica, como fora a revolução industrial, mas de uma revolução ideológica.

Surge, então, e já no séc. XIX, uma cisão entre dois grupos, de um lado os liberais com vistas ao mercado auto-regulável pregando, para tanto, o *laissez-faire* e o livre comércio; de outro lado as classes trabalhadoras e fundiárias com base no princípio da proteção social, cujo objetivo era preservar o homem e a natureza⁵⁶, além da organização produtiva. Sobre o assunto, muito importante é a contribuição de Karl Polanyi:

*A ênfase sobre as classes é importante. Os serviços prestados à sociedade pelas classes fundiária, média e trabalhadora modelaram toda a história social do século XIX. Esse papel lhes foi atribuído pelo fato de estarem aptas a desempenhar várias funções decorrentes da situação global da sociedade. As classes médias foram as condutoras da nascente economia de mercado; seus interesses comerciais, como um todo, eram paralelos ao interesse geral quanto à produção e ao emprego. Se os negócios progrediam, havia oportunidade de empregos para todos e de aluguéis para os proprietários; se os mercados se expandiam, podia-se investir livremente; se a comunidade comercial tinha sucesso ao competir com a estrangeira, a moeda circulante estava segura. Por outro lado, as classes comerciais não tinham um órgão que pressentisse os perigos acarretados pela exploração da força física do trabalhador, a destruição da vida familiar, a devastação das cercanias, o desnudamento das florestas, a poluição dos rios, a deterioração dos padrões profissionais, a desorganização dos costumes tradicionais e a degradação geral da existência, inclusive a habitação e as artes, assim como as inumeráveis formas de vida privada e pública que não afetam os lucros.*⁵⁷ (grifo nosso)

Há que se entender, portanto, que a ideologia liberal pregada ao final do séc. XIX e início do séc. XX fora a chave mestra responsável por colocar em movimento uma cultura relacionada apenas ao mercado, que não encontrava satisfação na expansão do consumo e da produção, justamente por sujeitar homem e natureza a sua lógica, consumindo recursos naturais e humanos sem limites. Obviamente tal cultura encontrou resistência, não só dos costumes e mecanismos que visava suplantare, como também de seus próprios entusiastas que passaram a perceber que “(...) se se deixasse a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis ela criaria grandes e permanentes males.”⁵⁸ Atualmente esse mesmo questionamento vem sendo feito por diversos pensadores

⁵⁶ Necessário destacar que a defesa da natureza aqui colocada não trata do meio ambiente como falar-se-á mais tarde, mas sim da proteção da terra como elemento produtivo e, por que não, da manutenção de certos costumes dependentes da manutenção da fauna e da flora, como a caça e a extração de madeira. O que vale destacar é que a defesa era muito mais em prol de certos meandros da sociedade européia, ainda eminentemente agrária, do que propriamente do ecossistema, embora as consequências da industrialização já começassem a ser sentidas.

⁵⁷ POLANYI, 2000, p. 164.

⁵⁸ OWEN apud POLANYI, op. cit., p. 161.

que buscam uma solução a este impasse, dentre eles há que se citar Boaventura de Sousa Santos:

Inspirado em James O'Connor e Karl Polanyi, considero que o capitalismo é constituído, não por uma, mas por duas contradições. A primeira contradição, formulada por Marx, e simbolizada na taxa de exploração, exprime o poder social e político do capital sobre o trabalho e também a tendência do capital sobre as crises de sobre-produção. A segunda contradição envolve as chamadas condições de produção, ou seja, tudo o que é tratado como mercadoria apesar de não ter sido produzido como mercadoria, por exemplo, a natureza. A segunda contradição consiste na tendência do capital para destruir as suas próprias condições de produção sempre que, confrontando uma crise de custos, procura reduzir estes últimos para sobreviver na concorrência. À luz desta dupla contradição, o capital tende a apropriar-se de modo autodestrutivo, tanto da força de trabalho, como do espaço, da natureza, e do meio ambiente em geral.⁵⁹

Cabe ressaltar, porém, que embora a ideologia liberal não tenha se realizado por completo, sua influência perdura até nossos tempos e, mais importante, a lógica de consumo e de mercado expansionistas, típica do capitalismo, permanece marcante. Entretanto limites têm sido impostos e um equilíbrio parece ser o objetivo primordial do que se chama de desenvolvimento sustentável⁶⁰.

5.1.

A evolução da sociedade de mercado e a política de estabilidade social

A sociedade de mercado objetiva um crescimento baseado em três grandes premissas: concorrência, estabilidade da moeda e pleno emprego⁶¹. A primeira garante a necessidade de constante aprimoramento das tecnologias e serviços visando ao melhor atendimento ao consumidor; a segunda garante um ambiente favorável a longo prazo estimulando o investimento na base produtiva, nos bens de capital e na pesquisa; e, finalmente, a terceira garante um mercado de consumo

⁵⁹ SANTOS, 1995, p. 44.

⁶⁰ Tema que será tratado com mais ênfase adiante.

⁶¹ DERANI, 1997, p. 94.

estável, com grande potencial a longo prazo, sendo a base do crescimento econômico sustentável⁶².

Sabidamente o desenvolvimento econômico depende da obtenção do lucro, para tanto a economia de mercado necessita de um ambiente favorável, pois o lucro não ocorre instantaneamente. Trata-se, em verdade, de uma expectativa de ganho que depende de fatores alheios para ocorrer, ou seja, o ambiente macroeconômico influencia diretamente a obtenção do lucro. Por isso é tão necessária a figura do Estado no sentido de se minimizarem os riscos do investimento, garantindo um mercado de consumo “saudável”, capaz de absorver aquilo que é produzido por empresas, prestadoras de serviços, e afins.

A produção depende da quantidade de investimento, que, por sua vez, depende de um convencimento individual da possibilidade de um lucro futuro. Investimento significa expectativa de crescimento. Sem investimento não gira a economia, não há crescimento. Uma deficiência em investimento (input) causa um declínio no lucro. Um declínio no lucro causa um declínio na produção (output).⁶³

Fica claro por esta excelente exposição de Cristiane Derani que é necessária a faculdade de prever o desenvolvimento do mercado, bem como entender e aumentar suas necessidades. A estabilidade social e econômica são itens fundamentais à consecução dos fins da sociedade capitalista; em outras palavras, a previsibilidade do lucro é item fundamental a garantir o *animus* do investimento na produção. “Os fatores para investimento – ou também recursos – são aquilo de que se dispõe para iniciar a produção: crédito (liquidez, dinheiro), trabalho e material para produção – onde se destacam fundamentalmente os recursos naturais.”⁶⁴

O sucesso de toda sociedade reside na estabilidade das relações que lhes são próprias; no caso da sociedade capitalista, a felicidade da população reside na capacidade que cada indivíduo possui de se inserir no mercado de consumo e assim atingir os fins para os quais aquela sociedade o direcionou.⁶⁵ A forma que a sociedade capitalista encontra de prover aos seus participantes esta capacidade de inserção é o emprego, mediante o qual é possível a aquisição de bens, não só

⁶² Cabe deixar claro que, neste ponto, busca-se referir-se essencialmente à lógica de mercado, deixando, a princípio, de lado a necessidade de preservação ambiental para o sucesso das políticas econômicas e sociais.

⁶³ DERANI, 1997, p. 94.

⁶⁴ Ibid., p. 95.

⁶⁵ GALLIANO, 1986, p. 172 passim.

aqueles necessários a sua subsistência, como também aqueles que figuram como símbolos de status dentro desta sociedade.

Fica demonstrado assim a importância do pleno emprego à realização dos fins aos quais se destina nossa sociedade, ou seja, o crescimento econômico. A produção e o consumo são elementos dependentes da capacidade que o trabalhador tem de adquirir produtos essenciais e supérfluos, e somente com o incremento desta relação será possível um crescimento duradouro que evite ou atenuar os períodos de crise próprios do sistema capitalista.⁶⁶ É neste ponto que se encontra o real significado da política do bem-estar, dependente de um baixo nível de desemprego, de garantias de crescimento sustentável e de altos índices de consumo, tudo isso garantido e estimulado pelo Estado.

O papel do Estado ultrapassa o do mero atendimento às necessidades básicas, como saúde, educação e moradia. O Estado deve, também, regular, ou seja, deve normatizar as relações econômicas e sociais a fim de garantir o bem-estar⁶⁷. A figura do direito enquanto impulsionador das formas de conduta é essencial para o sucesso do capitalismo como fornecedor deste bem-estar. A sociedade pós-moderna depende, portanto, de um Estado capaz de estabelecer as “regras do jogo” estimulando determinados setores da economia e suprindo as deficiências de setores nos quais a iniciativa privada não queira atuar.

A importância da análise da política do bem-estar social, como bem percebe Cristiane Derani, reside na necessidade da “felicidade” social. Neste sentido, embora não seja notada por Keynes a necessidade de preservação ambiental, a conservação do meio ambiente ingressa na política do bem-estar social apenas como mais um elemento a ser observado. Sob essa ótica Morato Leite faz sagaz observação: “*O Estado de bem-estar marginalizou a questão social ambiental, pois, dirigido por políticas de pleno emprego e de maximização*

⁶⁶ Sobretudo quando se trata da lógica liberal por excelência, e não daquela pregada por Keynes, esta essencialmente intervencionista e dependente do investimento estatal. Pensamento que prosperou no pós-guerra até meados da década de 90. KEYNES, 1936.

⁶⁷ No entanto, não é somente a norma que estabelece as relações sociais, mas também a participação do indivíduo dentro dos sistemas sociais. Estes sistemas não podem se confundir com a totalidade da sociedade, pois são apenas recortes desta. Dentro de cada sistema, o indivíduo se exclui passando a ser mera unidade da sociedade e comparecendo em vários sistemas sociais com uma parte de sua personalidade, “interpretando” um determinado papel social. O que de fato compõe a unidade da sociedade (o indivíduo) é um conjunto de objetos culturais internalizados no sujeito, chamado de sistema de significação do ator. Para cada sistema social, por conseguinte, o indivíduo comparece com uma bagagem de crenças e valores e atua como uma engrenagem destes sistemas. GALLIANO, 1986.

da utilização dos fatores de produção, ignorou e deixou de desenhar uma política ambiental com vistas a melhor qualidade de vida.”⁶⁸

“(…) Os recursos naturais não são contabilizados em seus sistemas econômicos e, como conseqüência, a defesa do meio ambiente e o crescimento econômico são vistos como inconciliáveis e excludentes. Trata-se, de fato, de uma racionalidade econômica de curto prazo, orientada para a acumulação de capital.”⁶⁹

Conseqüentemente, os pressupostos do sucesso econômico e social prescindem da idéia de preservação dos recursos naturais; neste aspecto é fundamental a figura do direito no sentido de normatizar e conciliar estas duas importantes facetas da sociedade moderna.

⁶⁸ LEITE, 2003, p. 23.

⁶⁹ Ibid., p. 23.

6

O homem pós-moderno e a natureza

O desenvolvimento advindo da racionalidade capitalista e do liberalismo como forma de auto-regulação do mercado levaram a humanidade a um estágio científico e cultural antes inimagináveis. A necessidade da competição e a democratização, ainda que parcial, da educação foram fatores cruciais ao desenvolvimento humano. Todos esses argumentos são conhecidos, porém, hoje, mais do que nunca, são também conhecidas suas conseqüências.

A criação de um mercado de consumo vasto e com cada vez mais necessidades levou a humanidade a criar mais e mais produtos, retirando da natureza mais do que ela poderia repor. O sujeito moderno e pós-moderno criara seu paraíso e colocara nesta criação a base de sua ruína. Com o intuito de refletir acerca do tema de muita valia é a observação de Boff:

(...) o núcleo desta sociedade não está construído sobre a vida, o bem comum, a participação e a solidariedade entre humanos. O seu eixo estruturador está na economia de corte capitalista. Ela é um conjunto de poderes e instrumentos de criação de riqueza – e aqui vem sua característica básica – mediante a depredação da natureza e a exploração dos seres humanos. A economia é a economia do crescimento ilimitado, no tempo mais rápido possível, com o mínimo de investimento e a máxima rentabilidade. Quem conseguir se manter nessa dinâmica e obedecer a essa lógica acumulará e será rico, mesmo à custa de um permanente processo de exploração.

Portanto, a economia orienta-se por um ideal de desenvolvimento material que melhor chamar-se-ia, simplesmente, de crescimento, que se coloca entre dois infinitos, [...] o dos recursos naturais pressupostamente ilimitados e o do futuro indefinidamente aberto para a frente.

Para esse tipo de economia do crescimento, a natureza é degradada à condição de um simples conjunto de *recursos naturais*, ou *matéria-prima*, disponível aos interesses humanos particulares.⁷⁰

⁷⁰ BOFF, 2005, p. 21 et. seq.

É sabido que o meio ambiente é incapaz de fazer frente ao que lhe exigem, assim como que o acesso a direitos básicos para a sobrevivência do cidadão é impossível a todos nos atuais moldes do desenvolvimento planetário. Portanto é premente a mudança da racionalidade pós-moderna e, com ela, do modelo de desenvolvimento que se adota. O consumo desmedido não pode perdurar, visto que, como já colocado, traz em seu seio a ruína, não apenas para si, mas para a humanidade. Conforme bem coloca Millaré⁷¹: “Tudo decorre de um fenômeno correntio, segundo o qual os homens, para satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são *ilimitadas*, disputam os bens da natureza, por definição *limitados*. E é esse fenômeno, tão simples quanto importante, que está na raiz de grande parte dos conflitos que se estabelecem no seio da comunidade.”

Não há dúvida de que se está utilizando recursos naturais muito além do possível, extinguindo essas fontes naturais não apenas para as presentes, mas também para as futuras gerações.

Esta relação autodestrutiva, adotada pelo homem pós-moderno, encontra fundamento na separação que ocorrera quando o ser humano se apartar deste meio. Homem e natureza deixaram de ser integrados, transmudando-se, esta integração, em uma relação entre sujeito e objeto. Como bem coloca Derani:

*Fatalidades naturais como nascimento e morte, fenômenos climáticos e meteorológicos também compõe o ser de uma sociedade. Porém não somente por meio destes fenômenos implacáveis relaciona-se o homem com a natureza. Muito mais presentes são as atividades sociais em que a natureza é posta a serviço do homem em sua participação social (socialização da natureza), o que não significa necessariamente que o homem a compreenda. Pois na sociedade moderna é a natureza um instrumento. Tanto aquilo que apresenta de matéria como suas exigências naturais são compreendidas na exata medida de sua utilidade imediata.*⁷²

É sensível, então, a separação que o homem fizera face a sua progenitora. A figura do sujeito integrado ao meio *natural* em que vive desaparecerá; o homem passou a transformar seu meio, utilizando-se, para tanto, da matéria-prima que o cerca⁷³, ou seja, da própria natureza. É possível perceber que essa relação não é

⁷¹ MILLARÉ, 2005b, p. 49.

⁷² DERANI, 1997, p. 69.

⁷³ É possível perceber que a natureza, agora, não contém o homem (no sentido de integrar-se) mas o circunda, o cerca. O sujeito pós-moderno viu-se cercado pelo “natural” e buscou expandir os limites deste “cercamento” ao ponto de quase extingui-lo.

mais uma integração, mas uma sujeição; o homem hodierno escravizara a natureza.

Esta nova relação restringe-se ao fato de que à espécie humana é imposta uma barreira geográfica intransponível, até o momento, o próprio planeta Terra. A expansão da atividade produtiva, responsável pela noção de natureza apenas como recurso, está esgotando o território terrestre. Conclui-se, portanto, que o homem não está apenas acabando com o meio em que habita e do qual tira seu sustento, mas também com a essência de sua sociedade atual, com condições garantidoras da sociedade de consumo. A solução está na antagonia e no conflito, essenciais para o equilíbrio e a sustentação do *status quo*, ou seja, da prática de mercado.

É neste ponto que se encontra a fundamental importância do estudo que ora se realiza. A manutenção do meio em que se vive e, por consequência do modo de vida, depende, sobremaneira, da capacidade que a humanidade demonstra para regular as relações produtivas nas quais se fundamentam a economia e a própria sociedade. A expansão humana “rumo ao infinito” não pode perdurar; é necessário, mais do que nunca, racionalizar o crescimento das relações de consumo e da população⁷⁴.

6.1.

Meio ambiente

*“Qualquer que seja o conceito que se adotar , o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos.”*⁷⁵

A natureza, dentro do conceito econômico (economia ambiental) é tida como matéria prima ou como receptora de materiais danosos⁷⁶ e é assim que se encontra a definição de meio ambiente⁷⁷. O meio ambiente é o espaço em que o homem busca seus recursos, não apenas aqueles em estado bruto, mas aqueles já transformados por sua ação; ou seja, o meio ambiente não é apenas aquele espaço não influenciado pelo homem, como matas virgens, montanhas inexploradas, rios

⁷⁴ Não se pretende aqui, como alguns possam vir a pensar, qualquer alegação de cunho neo-malthusiano, o que se pretende é salientar a importância de boas políticas públicas de estímulo a pessoa humana.

⁷⁵ LEITE, 2003, p. 71.

⁷⁶ DERANI, 1997, p. 70.

⁷⁷ Importante destacar que tal definição constitui verdadeiro pleonasma como bem lembra Leme Machado. LEME MACHADO, 1998, p. 69.

intocados, savanas preservadas. Enfim, trata-se do meio que o ser humano criou para sua sobrevivência ou alterou, de alguma maneira, para seu deleite, ou seja, cidades, áreas agrícolas, etc.

O meio ambiente é, por conseguinte, de forma genérica, o espaço que o ser humano tem a seu dispor, seja aquele em que habita ou aquele que mantém para dele retirar recursos, bem como o espaço que, por qualquer razão, manteve intocado.

Milaré, como de costume, tem importante contribuição sobre o tema. Para o autor, a expressão pode ser entendida tecnicamente ou juridicamente. Tecnicamente meio ambiente seria “(...) constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações”; juridicamente, o conceito de meio ambiente poderia ser abordado de forma *estrita* ou *ampla*. A visão estrita diz respeito apenas àquilo considerado recurso natural, sendo expressão do patrimônio natural referindo-se à relação que os seres vivos tem com o mesmo e entre si. Já a visão ampla, da qual se compartilha, engloba não apenas aquilo tido como natural, mas também o ambiente transformado pela ação do homem e os bens produzidos pela sua racionalidade (os bens culturais).

Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, de outro, com o *meio ambiente artificial* (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ‘ecossistemas sociais’ e ‘ecossistemas naturais’.⁷⁸

A natureza dentro do entendimento humano é, conforme já destacado, mero objeto da razão e do intelecto humanos e, como não poderia deixar de ser, é assim tratada pelo direito. É relevante entender que o homem assumiu a posição de centro das relações sociais, pois o pensou e colocou em posição de destaque junto ao seu próprio entendimento; é este “poder” de entender, de compreender e de transformar que possibilitou ao ser humano postar-se como medida única de todas as coisas. Neste sentido, tudo era, e ainda é, avaliado sob a ótica do sujeito humano.

⁷⁸ MILARÉ, 2005b, p. 99.

O sujeito cognoscente tornou-se, desta forma, uma referência para tudo que criava, substituindo “Deus”. Afinal, nada mais “justo”, já que fora ele, “Deus”, que colocara o sujeito, a princípio, na posição de conhecer, sendo que a sabedoria advinda desta capacidade só poderia, portanto, ser usada em prol do próprio homem, a seu bel-prazer.

Pois é nesta relação de transformar por meio da razão que se encontra a lógica para a subordinação da natureza pelo homem que, ao se apossar dos recursos postos na terra à disposição da vontade humana (sem a qual o próprio homem não existiria), toma para si as rédeas de seu destino, controlando a natureza e os acontecimentos que o cercam. Fora por meio deste conhecimento que o ser humano alongara sua vida, derrotara a escuridão e tornou-se capaz de vencer as distâncias do planeta. “Dá-se, então, a revolução de Prometeu, que submete a energia divina à atividade dos mortais.”⁷⁹.

Essa alteração de paradigma, já bastante comentada aqui, teve início juntamente com a revolução industrial; a modificação dos meios de produção não se restringem mais ao empirismo e à observação da natureza, mas sim à técnica e à ciência, ou seja, à racionalização.

Ao alvorecer do séc. XVIII, a humanidade prostrou-se diante da magia do desenvolvimento tecnológico, o conhecimento encontrava-se, assim, no aproveitamento da natureza e não na interação por ventura criada com a mesma. Agora a sociedade só era capaz de compreender a transformação e a evolução proporcionadas pela indústria e pelo seu conhecimento.

A produção industrial tornou-se uma fonte de “reprodução de elementos da natureza.”⁸⁰ as relações de cada sociedade com esta produção⁸¹ é que vão determinar como o meio em que esta sociedade habita será transformado, restando

⁷⁹ DERANI, 1997, p. 72.

⁸⁰ Ibid., p. 73.

⁸¹ Neste tópico, interessante avaliar as teorizações de Adam Smith, diz este pensador: “A renda da terra não só varia em função da fertilidade da mesma, seja qual for a sua produção, como ainda com a sua situação, seja qual for a sua fertilidade.” (SMITH, 1979, p. 119) Obviamente o trecho em questão parece antiquado ao tema que se analisou, entretanto basta salientar que o tipo de produção capitalista já era, à época, avaliado de acordo com a relação que determinada sociedade tem com o meio em que habita. Neste sentido, um habitante de um grande centro dedicar-se-ia à manufatura, enquanto aquele próximo a estes mesmos centros poderia enriquecer fornecendo a matéria-prima aos primeiros. Da mesma forma, e à época, um País com bom solo poderia lucrar especializando-se na agricultura, enquanto um País de solo ruim deveria buscar a industrialização. Sabe-se, no entanto, que esta análise era por demais simplista, como a própria evolução econômica demonstrou, mas serve ao propósito de expor a ligação do sujeito racional com seu subsídio natural na realização de suas atividades, além de salientar a mercantilização da terra.

claro que esta produção depende da exploração dos recursos naturais dos quais disponha.

O entendimento dessa relação exploratória entre o homem e seu ambiente é fundamental para que se percebe que a dissociação entre o sujeito racional e seu meio os afasta de tal maneira que a destruição deste meio parece ser banal e, por que não, necessária. O Ser Humano não mais se identifica com o meio natural, ele necessita do artificial, ele se identifica com aquilo que criou, que transformou, não se reconhece mais na natureza, daí por que sua tendência em “destruir” o local que habita⁸². Desta forma, é cada vez maior a necessidade de se garantir a manutenção no mínimo necessário à qualidade de vida humana, o que só é possível por meio da normatização.

Insta ressaltar, neste ponto, que a manutenção dessa qualidade de vida está presente dentro do próprio sistema social vigente, ou seja, o objetivo último da sociedade é a felicidade, a qual é entendida como corolária da qualidade de vida. Portanto, embora o sistema capitalista e a lógica moderna sejam, em primeira análise, totalmente avessos à idéia de preservação ambiental por entenderem que esta impede o desenvolvimento econômico, esta análise não possui bases para perdurar. O motivo é apenas um: a fruição dos bens acumulados por meio da lógica de mercado depende de um meio ambiente sadio e propício ao bem-estar, ou, como diria Aristóteles, ao bem viver⁸³.

Assim, o direito ambiental não visa à inibição de atividade produtiva ou da lógica capitalista, mas sim de sua realização sustentável; trata-se de retirar os recursos da natureza com parcimônia. O direito ambiental, por sinal, raramente impõe restrições definitivas, apenas limites, seja ao nível de exploração, seja ao nível de poluição. Certamente a imposição desses limites impacta negativamente nas atividades sobre as quais incide, porém garante a manutenção desta exploração (haja vista, por exemplo, a restrição da pesca durante a piracema).

⁸² É claro que a destruição do meio tem objetivo racional dentro da sociedade hodierna, contudo isso só ocorre porque o sujeito moderno e pós-moderno só se identificam dentro deste cenário de racionalização econômica e utilitária. A destruição ocorre para garantir a morada ou o consumo. Mas por que estes elementos são tão necessários? Trata-se, como já se expôs, de uma necessidade cultural, de uma ansiedade pelo conforto e pelo consumo da vida moderna.

⁸³ Aristóteles apud DERANI, 1997, p. 78. “Este ‘bem viver’ traduziria a possibilidade efetiva do cidadão desenvolver suas potencialidades.”

A intenção da limitação dessa exploração, ou seja, a criação de regras para regular a tensão entre a apropriação e a conservação dos recursos naturais visa, em regra, estabelecer uma “ação comunicativa”⁸⁴ entre os interesses das presentes e futuras gerações, tanto com vistas à fruição quanto com vistas à exploração dos recursos da natureza.

O direito ambiental surge, então, com o intuito de alterar a visão que se tem sobre as formas de utilização dos recursos naturais, desta maneira impedindo que a humanidade caminhe à autodestruição. Logo, o direito ambiental tem função protetora e educadora, todavia anda em sintonia com a economia de mercado agora ciente da necessidade de manter um desenvolvimento a longo prazo, que não se comprometa pelo escasseamento desnecessário dos bens naturais. Conforme bem coloca Derani: “(...) a sociedade precisa agir dentro de seus pressupostos industriais, porém estes mesmos destinados ao prazer e ao bem-estar podem acarretar desconforto, doenças e miséria. Para o solucionamento deste conflito, desenha-se todo um novo cabedal legislativo, que, uma vez parte do ordenamento jurídico, produzirá efeitos em todos os seus ramos (...)”⁸⁵

6.2.

O Direito Ambiental e a qualidade de vida

O principal objetivo do direito ambiental está em garantir a fruição dos bens naturais às presentes e futuras gerações, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, passível de fruição por toda a coletividade (bem de uso comum do povo. CF art. 225 *caput*).

A inserção do conceito de qualidade de vida no âmbito normativo, isto é, em consonância com o direito ambiental, demonstra uma clara tendência da sociedade hodierna rumo a uma mudança de paradigmas. Cansou-se de buscar o meramente quantitativo; o sujeito da sociedade atual busca, além do sucesso material, o qualitativo. Ou seja, a tendência é a busca pelo “bem viver” (como destacado anteriormente).

⁸⁴ “Por meio do conceito do agir comunicativo, Habermas quer demonstrar como a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem (em todas as suas facetas), é conectada com a integração de indivíduos socializados comunicativamente. Assim, a integração social caracteriza-se pelo engate das diversas perspectivas de ação de modo que tais perspectivas possam ser resumidas em ações comuns.” (MOREIRA, 2002, p. 109)

⁸⁵ DERANI, 1997, p. 76.

Neste sentido, tanto as políticas públicas como a racionalidade individualista buscam o crescimento econômico com vistas ao bem estar da população, haja vista o aumento de incentivo público à produção visando a preservação ambiental, além da enorme tendência à valorização de produtos “ecologicamente corretos” junto ao consumidor.

Há uma disposição, ainda que insípida, da sociedade pós-moderna a uma mudança de padrão, agora não mais aceitando todo e qualquer produto originário da racionalidade de mercado. Preço e utilidade não são mais os únicos elementos que compõem a crítica do consumidor.

Consoante bem salienta Derani, a “(...) qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual. Uma sadia qualidade de vida abrange esta globalidade, acatando o fato de que um mínimo material é sempre necessário para o deleite espiritual.”⁸⁶

O tema marcante pertencente à concepção pós-moderna de qualidade de vida encontra-se no fato de que as necessidades humanas se ampliaram. O sujeito, interpelado pelas relações de poder, saber de si⁸⁷ possui hoje, muito mais questionamentos acerca de sua felicidade. Não mais se trata apenas da segurança fornecida pela soma das forças da sociedade em busca da harmonia⁸⁸, mas sim de um rol muito maior de desejos. O ser humano, além da segurança e harmonia quer, também: trabalho, educação, saúde, liberdade, realização pessoal, realização social e, sobretudo, que todos esses elementos estejam permeados pela justiça.

6.2.1.

Aspectos objetivos do Direito Ambiental

O justo, o normatizado, é, agora, realizado a partir da sociedade. O direito, assim como a política, depende hoje da interpretação dos fatos da sociedade, buscando atender à ansiedade sentida a partir deste diálogo construtivo. Neste ponto, é inevitável a percepção de que quanto mais uma sociedade for educada e tiver seu mundo cultural ampliado, bem como suas necessidades básicas

⁸⁶ DERANI, 1997, p. 77.

⁸⁷ FOUCAULT apud FONSECA, R., p. 83 passim.

⁸⁸ ROUSSEAU, 2002, p. 31.

atendidas, maior será a proliferação de idéias úteis que possam ser profundamente discutidas, revertendo em benefício da própria população.

Neste ponto, o direito ambiental não foge à regra. A constatação, por parte da sociedade, de que as práticas extremamente mercantilistas e irracionais promovidas nos últimos anos da história humana pela lógica capitalista enveredaram por um caminho fadado à ruína levaram a promoção de discussões ao redor do mundo, cujo principal tema é o meio ambiente e a necessidade de sua normatização.

Fora exatamente por meio deste raciocínio que o mundo começou a promover a conscientização ambiental para a qual demonstrou fundamental importância a Conferência de Estocolmo de 1973, a qual produziu a seguinte declaração: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio para as gerações presentes e futuras.”⁸⁹

Em suma, a obtenção da qualidade de vida depende, sobremaneira, da capacidade de uma dada sociedade entender e se relacionar com o meio em que vive. Para tanto, uma eficiente e democrática compilação jurídica é extremamente necessária, bem como a manutenção e o estímulo à ampliação da cultura e do bem-estar, criando as bases para o agir comunicativo face ao direito ambiental.⁹⁰

A chamada crise ambiental, como bem acentua Derani, não influi apenas sobre os sistemas ecológicos, trata-se de uma ameaça maior, que coloca em risco as condições sociais de existência. A tarefa do direito ambiental é garantir que as ações humanas possam ser coordenadas de maneira a garantir a continuidade daquelas condições sociais de existência.

Há que se notar o caráter globalizante do direito ambiental, ele não trata apenas dos sistemas ecológicos, ou daquilo que corriqueiramente classifica-se como natureza. Ele vai além, o direito ambiental regula toda a relação da sociedade com esta natureza, bem como os frutos advindos desta conexão. Ou seja, a produção, o consumo, as cidades, as construções, os rios, as árvores, as

⁸⁹ MATEU apud DERANI, 1997, p. 79.

⁹⁰ Sobre o assunto conferir DERANI, op. cit., p. 90: “Assim, posso afirmar que a concretização das normas do direito ambiental depende de uma participação ampla da sociedade. O que me leva a concluir que a realização da Constituição Federal e a aplicação do direito como um todo dependem imensamente do nível de consciência e informação dos destinatários da norma, ou seja da sociedade, nas suas mais diversas esferas de organização.”

montanhas, enfim, são todos objetos regulados pelo direito ambiental que não se basta como doutrina isolada.

O direito ambiental é “direito transversal”⁹¹, não se deixa capturar pelas separações clássicas do direito, embora seja por elas tratada. Neste aspecto, pode-se dizer que o direito ambiental trata de sua competência de forma inovadora, pois, ao contrário do que normalmente ocorre em outras áreas do direito, procura prevenir e educar impondo condutas que, até sua realização, eram inéditas.

Ele é, sobretudo, criador de relações sociais, não se trata mais apenas de responder aos anseios sociais, mas de efetivamente mostrar à sociedade o como (a maneira pela qual ela pode atender aos seus próprios anseios, e prevenir os riscos que lhe são inerentes⁹²).

Portanto, a palavra de ordem dentro do direito ambiental é prevenção, objetivo para o qual arregimenta diversas áreas do direito que, após sua influência, passam a ter o tom do discurso ambiental. Ou seja, com a incidência do direito ambiental, normas fiscais, por exemplo, podem ganhar ares preservacionistas, seja através do incentivo às empresas ecologicamente corretas, seja pela imposição de taxas mais pesadas às empresas poluidoras e seus produtos.

6.2.1.1.

Aspectos jurídicos do Direito Ambiental brasileiro

O meio ambiente, como já observado, tem uma concepção extremamente desenvolvida no sentido social e biológico, entretanto a questão que se aborda é: como estas concepções são normatizadas e passam a integrar o mundo jurídico, sendo por ele absorvidas e entendidas não mais apenas constatações científicas ou vontades sociais.

Em nosso país, a sistematização destes conceitos fora por demais pulverizada entre diversas leis, cada uma abordando itens específicos da política ambiental nacional. Por esse motivo, a proteção do meio ambiente, por muitos anos, fora pouco eficaz, protegendo apenas um ou outro bem ambiental. Neste

⁹¹ KLÖEPFER, 1989. p. 26 et. seq.

⁹² Quanto ao tema da sociedade moderna e o risco que lhe é inerente De Giorgi concede uma grande contribuição: “A sociedade moderna é caracterizada pela sua grande capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las. Este paradoxo acrescenta a necessidade de proteção e segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura: a necessidade de evitar que o desvio não se estabilize.” (DE GIORGI, junho/94)

sentido, a Lei 6.938 em seu artigo 3º, inciso I vem, já em 1981, ampliar os parâmetros da proteção ambiental. Diz o trecho da referida lei: *“Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – 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.”*

Esta abordagem legal tem recebido profundas críticas, tanto positivas quanto negativas, acerca de sua amplitude. Farias⁹³ diz que a amplitude da lei compromete sua objetividade e, por extensão, sua aplicabilidade. No entanto outros doutrinadores como Leme Machado⁹⁴, Mirra⁹⁵, Milaré e Leite⁹⁶ louvam a amplitude que a lei conferiu ao conceito de meio ambiente e salientam que tal conceito não se confunde com o de recurso natural, disposto no art. 3º, inciso V, da Lei 6.938, de 1981.⁹⁷ Vale, aqui, levantar o que expõe Afonso da Silva, citado por Leite, acerca do caráter globalizante que se conferiu ao conceito de meio ambiente:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico e turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas⁹⁸.

Sobre esse aspecto generalizante, percebido tanto em boa parte da doutrina brasileira quanto na legislação deve-se salientar a importância técnica que reside em sua adoção. A expansão da noção de direito ambiental gerou uma nova visão de bens a serem tutelados, não mais aqueles bens relacionados apenas aos recursos naturais, mas também aos recursos culturais e à forma do relacionamento desses elementos dentro da sociedade moderna. Assim deixa-se clara a posição no sentido de corroborar com a posição do legislador que preferiu o risco da generalização à insuficiência da individualização.

⁹³ FARIAS, 1992/1993, p. 81 passim.

⁹⁴ LEME MACHADO, 1994.

⁹⁵ MIRRA, 2002, p. 12 passim.

⁹⁶ LEITE, 2003, p. 78 et. seq.

⁹⁷ Ibid., p. 79.

⁹⁸ Ibid., p. 79.

Ou seja, fica nítida a idéia de deixar a cargo da doutrina e da jurisprudência a complementação da Lei, o que se mostra extremamente funcional pela capacidade de adaptação à realidade social quando de um eventual dano ao meio ambiente.

6.3.

A internacionalização do Direito Ambiental

Definitivamente, o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental do ser humano, mas será que é um direito humano internacional? Vejam-se alguns ensinamentos sobre a definição de Direitos Humanos, dado por Louis Henkin:

Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas “reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo”, reivindicações estas reconhecidas como “de direito” e não apenas por amor, graça ou caridade.⁹⁹

Ora, dentro do contexto histórico atual, em que o nosso planeta demonstra claros sinais de fadiga, no qual já se sabe que não se terá futuro sem proteção ao meio ambiente, em que já se tem ciência que haverá fome, desordem, guerra, violência e extermínio com a destruição e esgotamento dos recursos naturais, é evidente que a proteção ambiental é questão de dignidade, liberdade, igualdade e sobrevivência humana. A função social da terra é imperiosa e deve ser definitiva, ou seja, está-se em um momento de ruptura, de mudança de paradigma.

Por isso, a preocupação com o indivíduo, com o sujeito, com a sua dignidade, desde que cumprida a função social da propriedade e do contrato, é objeto de discussões da tutela nacional e internacional, inclusive quanto ao meio ambiente, já que sem o equilíbrio deste, sabe-se que não haverá espaço para a dignidade humana, pois sequer haverá vida humana.

Conforme enfatizado por Flávia Piovesan em sua obra¹⁰⁰, Henry Steinar ensina que:

⁹⁹ HENKIN, in PIOVESAN, p. 31.

¹⁰⁰ STEINER, in PIOVESAN, p. 39.

Muitos dos princípios nos quais o Direito Internacional dos Direitos Humanos está baseado relacionam-se à necessidade de assegurar que não apenas violações cessem, mas que a justiça seja feita em relação a ambos, vítimas e perpetradores. Estes princípios incluem o direito a um remédio, a responsabilização, a punição dos autores e ao pagamento de uma indenização apropriada, bem como a medidas que facilitem a reabilitação da vítima.

Conseqüentemente, a responsabilização dos indivíduos, das pessoas de direito privado ou público, ou até mesmo, dos estados violadores, se tornaram objeto da tutela internacional.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já demonstrava a preocupação da tutela internacional, bem como o alcance, a amplitude e a universalidade desta, então, nova tutela internacional, consoante a doutrina ensina:

(...) se caracterizou pela sua amplitude, compreendendo um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual, bem como, pela sua universalidade, sendo aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

... (omissis)

Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada.¹⁰¹

A amplitude e a universalidade, também presentes nas questões ambientais, aparecia com força no Direito Internacional. A afirmação de uma ética universal, um mínimo ético comum, serve, concomitantemente, para a melhora do relacionamento entre os seres humanos e entre os seres humanos e o meio ambiente. Finalmente sinergia e sincronia da ética antropocêntrica e da ética biocêntrica.

Na questão ambiental, o rio, os animais, a vegetação, os mares, as montanhas, o clima, também são universais, também são amplos, sendo bens e direitos dos cidadãos do mundo, dos atuais e dos futuros, devendo ser tutelados e protegidos por todos os homens, por todas as leis.

A preocupação com o meio ambiente e com os efeitos humanos e econômicos da devastação ambiental também se encontra materializada no PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E

¹⁰¹ PIOVESAN, p. 145.

CULTURAIS de 1966, especificamente em seu artigo 12, mas em várias passagens se faz alusão ao trabalho, à saúde, ao lazer, à qualidade de vida, à autodeterminação dos povos.

Portanto, os direitos humanos mais elementares, como o direito à vida e à dignidade, são denominados por alguns doutrinadores, como direitos humanos de primeira geração, que surgiram em virtude dos estados absolutistas; depois disto, surgem os direitos humanos de segunda geração, reflexo da revolução industrial, como o direito ao trabalho, à organização sindical, à educação, à saúde; e, finalmente, surgem os direitos humanos de terceira geração, que têm como titulares grupos humanos, tutelando direitos como a autodeterminação dos povos, direitos à paz e ao meio ambiente (atualmente já se fala nos direitos humanos de Quarta geração, manipulação genética, controle de dados informatizados, etc.).

Sobre este tema, vale, ainda, colocar a posição de Canotilho, citado por Leite, que sugere uma verdadeira

(...) evolução histórica dos direitos fundamentais e do meio ambiente, expressos no artigo 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, configurando-se como de quarta geração, “que abrangem as suas sucessivas sedimentações históricas ao longo do tempo: os tradicionais direitos negativos, conquista da revolução liberal; os direitos de participação política, emergentes da superação democrática do Estado liberal; os direitos positivos de natureza econômica, social e cultural (usualmente designados, de forma abreviada, por direitos sociais, constituintes da concepção social do Estado); finalmente, os direitos de quarta geração, como o direito ao ambiente e à qualidade de vida”.¹⁰²

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmou a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e avançou a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar, proclamando alguns princípios, senão veja-se:

¹⁰² LEITE, 2003, p. 88.

Princípio 1

Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Princípio 2

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 3

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Princípio 4

Para todos os estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Assim, verifica-se a inclusão definitiva do homem dentro do meio ambiente e não mais como um fator externo. A exacerbada preocupação com a fauna e a flora não podem ultrapassar os limites da ética e da proteção aos direitos individuais dos cidadãos, convertendo-se em fatores de exclusão social, gerando pobreza, discriminação e marginalização; porém deve ser considerada como essencial à realização destes limites.

O desenvolvimento sustentável deve ser a premissa, o objetivo, a missão da sociedade humana em detrimento da geração de pobreza, da destruição dos recursos naturais e da marginalização do ser humano. O homem, sem sustento, sem renda, sem educação é o maior fator de degradação ambiental, produzindo lixo sem captação, explorando toda e qualquer fonte de recurso de forma

irresponsável, caçando, matando, roubando, marginalizando-se, gerando a exclusão social.

Fica clara a noção de que o direito a um meio ambiente hígido se soma a outros importantes direitos que figuram essenciais em âmbito global, sendo, até mesmo, condicionante a preceitos de inclusão social face à manutenção e ampliação da dignidade da pessoa humana.

7

O Direito Fundamental Ambiental e suas relações com o Estado e com os particulares

7.1.

O direito fundamental ao meio ambiente

Alexy, citando Karl Schmitt, define direitos fundamentais como: “Aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución”.¹⁰³

A Constituição Federal de 1988 foi responsável pela ampliação dos parâmetros que definiam o direito ambiental brasileiro. Dentre as várias mudanças promovidas pela citada constituição, uma merece destaque especial, qual seja aquela promovida pelo artigo 225 da Carta Magna, que estabeleceu 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 ou preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Essa leitura globalizante é, evidentemente, uma releitura do que se estabeleceu quando da assinatura da Declaração proferida em Estocolmo em Junho de 1972¹⁰⁴. Tal declaração alçou o meio ambiente, e o direito à qualidade de vida por ele propiciada, ao nível de direito fundamental do ser humano.

Fora em virtude da recepção da declaração de Estocolmo que o direito nacional passara a considerar, por meio da constituição (conforme já mencionado), o meio ambiente como um direito fundamental. Embora não

¹⁰³ ALEXI, 1997, p. 63.

¹⁰⁴ Diz a citada declaração em seu princípio 1: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.” (LEITE, 2003, p. 86)

inserido “(...) no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, não é possível afastar o seu conteúdo de direito fundamental.”¹⁰⁵, mesmo porque “(...) o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, com essa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*.”¹⁰⁶

Outra consequência imposta à sociedade brasileira como um todo, entenda-se Estado e coletividade, foi o dever de preservar o meio ambiente; portanto este direito/dever não se coloca apenas à sociedade, mas também ao indivíduo. A partir desse entendimento, coloca-se o fato de que a fruição dos recursos naturais, objetivamente, e do meio ambiente por extensão não pode ser concedida à iniciativa privada sem a devida compensação; não é possível, por meio da constatação de que se trata de um direito de todos, a apropriação indiscriminada dos recursos naturais. E mais, não pode ser concedida ao consumo privado parcelas de um meio ambiente que a todos pertence, pois este é bem comum do povo e seu uso está ligado à realidade social.

Percebe-se, por intermédio da conceituação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, que este se insere ao lado do direito à vida, à igualdade e à liberdade. Pela de sua socialização enquanto direito fundamental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser uma meta imposta a todos; ao poder público cabe o dever de fornecer à sociedade e aos indivíduos os instrumentos para que esta possa exercer seu direito sobre o ambiente.

Pela existência deste dever, o Estado tem a obrigação de lançar mão de todos os seus recursos para garantir a higidez e a sustentabilidade do bem fundamental que visa proteger. Em contrapartida, resta à sociedade, coletiva ou individualmente, zelar pelo meio no qual está inserida, garantindo que os recursos naturais e culturais aos quais têm acesso serão preservados e mantidos em prol das presentes e futuras gerações.

“Deste teor, resulta que o direito fundamental ao meio ambiente detém uma dupla natureza jurídica, apresentando-se concomitantemente com um direito

¹⁰⁵ LEITE, 2003, p. 86.

¹⁰⁶ SILVA, 2004, p. 827.

subjetivo da personalidade e de caráter primordialmente público e também com elemento fundamental de ordem objetiva.”¹⁰⁷

O perfil objetivo dos direitos fundamentais encontra-se na ordem constitucional objetiva seja ao assegurar direitos subjetivos, seja quando concebidos como garantias individuais. Por esse motivo, a questão ambiental está tanto na esfera de responsabilidade do Estado (dimensão objetiva) quanto na esfera dos direitos fundamentais, de responsabilidade de todos (dimensão subjetiva).¹⁰⁸

Enquanto direito subjetivo de personalidade, o meio ambiente, assim como seu desfrute e sua manutenção, está presente na esfera individual do sujeito, sendo, em função disso, por ele pleiteada a sua manutenção frente à lesão ou ameaça de lesão, porque a preservação desse meio equilibrado é elemento essencial ao seu desenvolvimento. Trata-se de um direito subjetivo com vistas à manutenção, não só da qualidade de vida, mas da qualidade de vida de toda a sociedade. Neste particular reside o caráter coletivo que, habitualmente, se confere a este direito.

Fica claro, pelo que foi exposto, que a preservação do meio ambiente é dever de todos, não apenas como forma de garantir a sustentabilidade de nossa sociedade, mas, da vida em todo o planeta. Esse conceito se insere não apenas em nosso presente, mas no futuro de toda a raça humana, o qual cabe a cada um de nós garantir.

Sobre o tema, resta, ainda, frisar que o reconhecimento do meio ambiente enquanto direito fundamental lhe confere, segundo Tessler¹⁰⁹, quatro características jurídicas básicas:

1º - a irrevogabilidade, que se caracteriza pela imposição dos direitos fundamentais tanto em face do poder público quanto em face dos demais Estados no âmbito internacional;

2º - todos os pactos e tratados serão imediatamente recepcionados pelo direito nacional quando tratarem de direito ambiental (ou outro direito

¹⁰⁷ LEITE, 2003, p.88.

¹⁰⁸ TESSLER, 2004, p.76 et. seq.

¹⁰⁹ Ibid., p. 81 et. seq.

fundamental, evidentemente). Tudo nos termos do art. 5º em seu parágrafo 2º, o qual dispõe que: “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.”;

3º - a extensão do sistema *hermenêutico mais benéfico*, que se reconhece como característica dos direitos humanos, para o direito ambiental, sendo que deverá prevalecer a norma mais favorável aos anseios e princípios do direito ambiental;

4º - a característica da *imprescritibilidade*. Os direitos fundamentais logram a proteção do Estado pelo simples fato de sua existência, não se sujeitando, portanto à prescrição, ou seja, a falta de seu exercício não implica, necessariamente, a impossibilidade futura de exercê-lo. Aliás, pelo contrário, seu exercício é necessário e, por vezes, obrigatório.

Há, ainda, mais uma característica, própria dos direitos fundamentais, qual seja a de se inserirem no âmbito das cláusulas pétreas. Em outros termos, ao adentrar no sistema jurídico enquanto direito fundamental o direito ao meio ambiente passa a ser imutável conforme as prerrogativas que são próprias a esta modalidade.¹¹⁰

7.2.

Relações entre Direito, Estado e particulares

As leis naturais – como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam – por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a serem respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. Os pactos, sem a força, não passam de palavras sem substância para dar qualquer segurança a ninguém. Apesar das leis naturais – que cada um respeita quando tem vontade de respeitar e fazer isso com segurança, se não for instituído um poder suficientemente grande

¹¹⁰ Tudo nos termos do Artigo 60 da CF em seu parágrafo 4º.

para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.¹¹¹

Esta passagem serve ao objetivo de demonstrar a origem histórica do Estado, este detentor da força e do poder de fazer valer as leis que, a princípio, são criações da própria sociedade, embora, no caso de Hobbes, as leis tenham origem natural. Entretanto, cabe um questionamento: se a sociedade criou um “monstro” para defendê-la de si mesma e evitar que “as paixões” tomem conta dos pensamentos e destruam valores que nos são tão caros, como esta sociedade evitará que a criatura se volte contra o criador?

A resposta a esta indagação surgiu após extensas lutas pela criação de princípios fundamentais que regulassem a atuação do Estado, impedindo que este se voltasse indiscriminadamente contra seus cidadãos. Logo a instituição de princípios e normas fundamentais é a garantia fornecida à sociedade de que, enquanto perdurar o Estado de Direito, o Leviatã não se virará contra seus criadores.

Neste sentido, a Carta Magna nacional estabelece, em seu artigo 1º, parágrafo único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.”¹¹² Ao estabelecer este princípio basilar, a constituição garante ao povo brasileiro, por meio da democracia, e segundo a forma da constituição, o controle sobre o Estado.

Obviamente, e este é o ponto ao qual se pretendia chegar, esta garantia inicial está acompanhada de muitas outras que visam assegurar que o Estado não se voltará contra seus cidadãos; é neste rastro que a garantia fundamental ao meio ambiente se insere, ou seja, a partir do instante em que o direito ao meio ambiente hígido passou a ser fundamental, automaticamente vinculou-se ao Estado o dever de protegê-lo.

Essa relação de obrigação do Estado frente à manutenção dos direitos fundamentais é clara e simples de se perceber quando é o Estado que, por ação ou omissão, põe em risco um direito fundamental. Nessa situação, a mera constatação, por parte do Estado, da existência de risco ao direito fundamental,

¹¹¹ HOBBS, 2002, p. 127 et. seq.

¹¹² Cf. Art. 1.

obriga-o a alterar sua conduta, tornando-se devedor da obrigação de assegurar a manutenção daquele direito.

No entanto, a relação torna-se um tanto quanto confusa quando o risco provém do particular. Nesse caso, há dois questionamentos: o primeiro diz respeito à imediata eficácia e à validade do direito fundamental em face do particular; o segundo se coloca em face da solução de disputas entre particulares que detenham, ambos, alguma espécie de direito fundamental.

No primeiro caso, importa destacar a diferença existente entre vigência e eficácia; neste sentido, deve restar clara a noção de que os direitos fundamentais possuem vigência imediata sendo, válidos tanto no âmbito do Estado quanto no âmbito particular.

A eficácia das normas de cunho fundamental, contudo, só é sentida imediatamente pelo Estado, pois a ele se dirigem, sendo que, sobre o particular, estas mesmas normas exercerão influência mediata. Em outros termos, não é por que o particular não sente diretamente os efeitos da validade imediata dos direitos fundamentais em relação ao Estado, que não sentirá sua irradiação. Isso sobretudo por meio da ação do próprio Estado, seja enquanto produtor de normas direcionadas ao particular, seja por intermédio da tutela jurisdicional do Estado, realizada pelo poder Judiciário igualmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. Assim: “Impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido como *iuris dictio*.”¹¹³

Sobre o tema da validade e da eficácia dos direitos fundamentais sobre o particular, ensina Canaris, citado por Tessler: “só deve falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigirem imediatamente contra sujeitos de direito privado.” Sendo que, entretanto, “destinatários das normas de direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado”.¹¹⁴

No rastro do tema acerca da validade e da eficácia reside a resposta ao segundo questionamento colocado, qual seja, aquele acerca da solução de conflitos entre dois particulares detentores de direitos fundamentais. Neste caso,

¹¹³ MARINONI; ARENHART, 2004, p. 29.

¹¹⁴ TESSLER, 2004, p. 86.

exercerá o Estado sua prerrogativa de detentor do monopólio da força e do poder jurisdicional e irá integrar a lide como conciliador, mediando o conflito entre os particulares. Estes, incapazes de verem suas pretensões atendidas, visto que ambos são detentores de direitos fundamentais, e proibidos de imporem suas vontades ao outro, deverão recorrer ao Estado e este deverá eleger o direito que prevalecerá.

Milaré coloca uma firme posição acerca do conflito entre direitos fundamentais quando um destes afigurar-se enquanto direito ambiental fundamental, diz o autor:

Muitos são os interesses a conciliar, no amplo espectro dos direitos constitucionais, como a propriedade, a livre iniciativa, o empreendimento, a qualidade de vida com todos os seus fatores e componentes, a informação, e assim por diante. Aqui e ali surgem conflitos, reais ou aparentes; nem sempre as boas decisões podem ser salomônicas, como é óbvio. No caso da conciliação da qualidade ambiental e da boa gestão dos recursos naturais como imperativo do desenvolvimento econômico e social, surgirão, inevitavelmente, muitas situações de perplexidade. A saída passa pela porta da interdisciplinaridade e de uma visão abrangente do problema ou dilema que é posto. Quando surgir uma dúvida inamovível, prevalece o interesse maior: *in dubio standum est pro ambiente*.¹¹⁵ (grifo nosso)

Resta óbvia a posição de Milaré: quando houver conflito entre direitos fundamentais e sua solução razoável for impossível, prevalecerá o direito ao meio ambiente. Esta posição pode ser, em muito, contestada, afinal a razoabilidade das decisões deve ser colocada caso a caso; ou seja, quando o direito fundamental contraposto for por demais importante e igualmente irreparável, deverá o juiz decidir segundo a maior conveniência do momento e a importância relativa de cada um dos elementos em conflito.

Desta forma, será que o direito à exploração mineral de determinada área, responsável por empregar centenas de pessoas, deverá ser interrompida sob a alegação de que a mineradora está a poluir um pequeno córrego da região sendo, entretanto, que este mesmo córrego não é utilizado por nenhum habitante e o é apenas por uns poucos animais em virtude de sua perenidade? Neste sentido, se inevitável a poluição, e impossível o tratamento da água, deverão os mineiros perder seus empregos? A resposta deveria ser dada após extensa análise, porém, a princípio, se comprovado o baixo dano causado pela atividade, a dúvida deveria

¹¹⁵ MILARÉ, 2005b, p. 239.

reverter em prol do ambiente estrito¹¹⁶, mas sim em favor da gestão ambiental, gestão do risco, determinando que o empreendedor tome todas as medidas técnicas necessárias para minorar drasticamente qualquer possível dano, o qual, ocorrendo, terá obrigatoriedade de reparar e indenizar.

Esta mesma conclusão não seria possível se, ao invés de um córrego, a poluição fosse a de um rio, ou se ficasse comprovado que a mineradora não cumpria as normas específicas da atividade a fim de evitar que esta poluição se espalhasse pela região. Ou, ainda, se fosse comprovado que a poluição era mais extensa do que o previsto, neste caso caberia à mineradora a indenização, seja por meio da remoção do ilícito, seja, in pecúnia, ou ambos. Claramente não se pode desejar que todas as atividades de risco sejam suspensas, todavia deve-se, a todo custo, procurar evitar o dano e garantir que as atividades econômicas desenvolvidas procurem respeitar sempre os princípios do desenvolvimento sustentável, ou havendo dano oriundo do risco, que haja indenização, justa, educativa, penalizante e efetiva.

De qualquer maneira, após constatado o dano, ou o perigo do dano, adota-se o conceito de que o Estado é o destinatário das normas fundamentais; é a ele que os particulares deverão contrapor seus direitos, exercendo-os perante o Estado, o qual deverá encontrar maneiras razoáveis de responder ao pleito. Deve-se frisar que o cidadão não terá que esperar o Estado, podendo e devendo instigar o estado, buscando a tutela jurisdicional.

7.3.

Os direitos particulares que decorrem do Direito Fundamental Ambiental

Os direitos fundamentais ambientais concedem ao particular direitos que lhe possibilitam a manutenção do meio em que vive, entretanto a instrumentalização que possibilita a efetividade destes direitos tem de ser disponibilizada pelo Estado, seja diretamente, ou por meio do aparato judicial.

¹¹⁶ Como bem coloca Tessler: “Na colisão de princípios, aplicável aquele que possuir maior densidade normativa diante do bem jurídico tutelado naquele caso concreto, valendo-se dos critérios de proporcionalidade.” (TESSLER, 2004, p. 106)

O sujeito, no âmbito privado, passa a ter o direito de exigir do Estado ações positivas (prestações) e ações negativas (abstenções) que são características próprias dos direitos subjetivos.

Nesta esteira, sustenta Alexy que, uma vez reconhecido um direito como fundamental, surgem ao seu titular, de um lado, direitos a ações negativas, o que chama de direito de defesa; de outro, direitos a ações positivas, o denominado direito a prestações. Sob perspectiva do direito fundamental, a partir do momento em que o Estado reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), surgem aos seus titulares um direito frente ao Estado de que este não viole a higidez ambiental, assim como um direito de que o Estado proteja o ambiente.¹¹⁷

O direito ambiental, consoante entendimento de Alexy, reconhece ao sujeito tanto direitos de defesa, quanto os chamados direitos de prestação; estes últimos subdividem-se em direitos de proteção, direito ao procedimento e direitos a prestações fáticas, ao que dispõe:

Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental ambiental o su adscripción interpretativa a las disposiciones iusfundamentales existentes puede, por ejemplo incluir en este háas un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (*derecho de defensa*), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (*derecho a protección*), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para o medio ambiente (*derecho al procedimiento*) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fáticas tendientes a mejorar el ambiente (*derechos a una prestación fática*).¹¹⁸

As ações negativas, das quais trata Alexy, são de fácil observação pelo Estado, bastando, para tanto, que este observe seus limites e não viole o equilíbrio ecológico. O que realmente interessa neste estudo diz respeito aos direitos à prestação. Visto ser em relação a estes direitos que o Estado terá papel fundamental em conjunto com o sujeito privado.¹¹⁹

Passar-se-á, agora, a analisar cada um dos direitos à prestação:

1 - Direito à proteção: Este direito consiste na faculdade que o cidadão possui de exigir que o Estado proteja, de forma normativa ou mediante

¹¹⁷ ALEXY citado por TESSLER, 2004, p. 88.

¹¹⁸ ALEXY, 1997, p. 429.

¹¹⁹ Sobre o assunto, muito importante é a contribuição de Luciane Gonçalves Tessler, que promove aprofundada análise sobre o tema. Ver TESSLER, op. cit., p. 83 passim.

atuação direta, determinado ambiente, a fim de salvaguardar suas características ou de garantir sua fruição presente ou futura. Nesse sentido, é possível exigir do poder público que impeça a agressão de terceiros contra o meio ambiente, tanto de maneira formal, quanto, principalmente, no sentido material, afinal a principal idéia do direito ambiental é a prevenção.

2 - Direito à participação pelo procedimento: Este direito diz respeito à necessidade de legitimar o processo de preservação ambiental por meio da participação da população por ele afetada. Portanto, o procedimento aqui descrito não trata apenas da participação no processo (no sentido jurídico), mas sim na participação da tomada de decisão política, bem como durante o desenrolar de ações que digam respeito à preservação ou exploração do meio ambiente. Certamente o principal trunfo do cidadão concedido por este direito é o de ser parte legítima para propor ação em face do Estado ou de particulares para se manter a higidez do meio ambiente, ainda que o mesmo não seja diretamente prejudicado, mas que comprove o dano a sua eventual fruição do meio, assim como da fruição a que têm direito as futuras gerações.

3 - Direitos a prestações fáticas: Este direito decorre do direito à prestação. No entanto, como o próprio nome sugere, diz respeito à efetividade, à conversão das obrigações do Estado em prestações fáticas. Nesse sentido, a adoção de medidas concretas com o fim de garantir a preservação, tais como ampliação do serviço sanitário de uma cidade; instalação de aterros sanitários, desde que não gere outros danos ambientais; recuperação de uma determinada área devastada e ações do gênero, configuram-se como prestações fáticas. É de se notar porém que, ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, as prestações destinadas ao meio ambiente devem ser no sentido de prevenir o dano e, na ocorrência deste, de retirá-lo o mais rapidamente possível, sob pena de, posteriormente, ser impossível a restauração ao status anterior. O que torna a prestação referente ao meio ambiente de máxima importância e urgência, jamais devendo ser preterida.

A partir do acima exposto fica claro que “(...) o titular do direito fundamental ambiental possui frente ao Estado o direito de que este realize a ação positiva (prestação), enquanto o Estado passa a ter o dever de prestá-la.”¹²⁰

¹²⁰ TESSLER, 2004, p. 95.

8

Princípios de Direito Ambiental ¹²¹

Segundo José Afonso da Silva:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.¹²²

Princípios são, por conseguinte, portadores dos valores de uma sociedade; como resultado, estes valores podem exigir a positivação em forma de garantia àquela dada sociedade, que fica, desta forma, balizada frente aos abusos contra os direitos ali encerrados. Como característica visível, os princípios demonstram uma grande capacidade de abarcar um enorme número de situações, pois caracterizam-se pela sua forma genérica. Ainda, conforme Derani:

Princípios são normas que dispõe a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos. Princípios são portanto mandados de otimização (Optimierungsgebote) com característica de poderem ser preenchidos em diferentes graus. A medida deste preenchimento depende não somente dos fatos como também das possibilidades abertas pelo direito. A área das possibilidades do direito é delimitada pelo conjunto de princípios e regras vigentes.¹²³

Sobre princípios, pode-se dizer que sua integração ao sistema normativo (pois são normas) é de crucial importância no sentido de informar a este sistema

¹²¹ Não se tratará, neste tópico, de todos os princípios ambientais, mas apenas daqueles que se julgam mais caros ao desenvolvimento do tema que ora abordar-se-á.

¹²² SILVA, 2004, p. 92.

¹²³ DERANI, 1997, p. 44 et. seq.

quais são os anseios sociais, e quais são as liberdades que a coletividade confere, não apenas ao Estado, mas também a seus indivíduos. Entretanto, como ficou claro, princípios são normas de aplicação genérica que dependem de uma “materialização” no campo da efetividade jurídica para lograrem êxito. Em outros termos, os princípios influenciam o sistema normativo a criar regras que se destinam à aplicação no caso concreto, uma vez que estas regras servem ao intuito de conferir uma conduta específica, nem mais nem menos do que o conteúdo que ali se encerra.¹²⁴

Obviamente o conteúdo dos princípios informa muitas regras que buscam viabilizar sua concretização, contudo os princípios não se restringem apenas a informar a edição de regras, mesmo porque seu conteúdo é muito abrangente para estar contido nas regras, por este motivo; possibilitou o acompanhamento da evolução da sociedade, àquele princípio que possa contemplar o caso concreto. Ainda que não haja norma específica sobre o tema ou esta se mostre inadequada, deverá ser contemplado pela técnica jurídica, ou seja, a falta de resposta positivada (como regra) para uma dada situação implica a necessidade do judiciário em responder à demanda de acordo com os princípios do direito, influenciando sobre aquela dada situação de forma a tornar o princípio algo concreto.¹²⁵ Como bem salienta Tessler: “Os princípios configuram o elemento integrador do sistema, afastam as antinomias e permitem a coesão e a uniformidade, inerentes a qualquer ordenamento que pretende revestir-se de efetividade.”¹²⁶

A regra, como já destacado, é a concretização dos princípios e traz consigo a característica de necessidade no atendimento a estritos limites. Enquanto o princípio se caracteriza por seu caráter genérico, a regra se caracteriza por sua objetividade, sua aplicação a uma realidade específica.

Pode acontecer, no entanto, que haja conflitos normativos internos ao sistema, os quais não podem perdurar. Certamente, quando houver conflito entre regras, a solução estará nos critérios básicos para a sua solução:

¹²⁴ DERANI, 1997, p. 45.

¹²⁵ SILVA, 2004, p. 92 et. seq.

¹²⁶ TESSLER, 2004, p. 105.

Se de uma interpretação de uma regra jurídica resultar contradição com os princípios, essa interpretação será incorreta e deverá ser afastada; se uma determinada regra admitir, do ponto de vista lógico, mais de uma interpretação, deverá prevalecer como válida aquela que melhor se compatibilizar com os princípios; e ainda, se nós estivermos adiante de ausência de uma regra específica para regular uma situação determinada (é o caso da lacuna), a regra que faltar deverá ser completada, deverá ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios.¹²⁷

Porém, fica a dúvida: e quando a colisão for entre princípios? Como já anteriormente levantado¹²⁸, quando houver choque entre princípios, será extremamente necessário avaliar a situação concreta que poderá exigir soluções nem sempre satisfatórias, afinal a manutenção dos princípios fundamentais é sempre necessária e desejável. Entretanto, sendo impossível a manutenção de um princípio face a outro em determinado caso concreto, há que se avaliar a relação de precedência¹²⁹, e quando este choque envolver um direito ambiental fundamental, há que se procurar, ao máximo, mantê-lo, posto que é direito coletivo que encontra sua validade junto à constituição¹³⁰.

8.1.

Princípio da precaução¹³¹

¹²⁷ MIRRA, abr-jun/1996, p. 50.

¹²⁸ Cf. p. 69 et. seq. desta dissertação.

¹²⁹ “Alexy afirma que alguns princípios possuem relação de precedência – condicionada ou não condicionada – em relação a outros. Nestes casos, a colisão se soluciona de maneira bastante simples: basta que estejam presentes as condições de precedência para indicar o princípio a ser aplicado. Todavia, ressalta Alexy, nunca haverá uma relação de precedência absoluta, até por que esta ‘lei de colisões’ refere-se sempre a situações indeterminadas.” (TESSLER, 2004, p. 106)

¹³⁰ TESSLER, op. cit., p. 107.

¹³¹ Não se tratará, neste trabalho, do princípio da prevenção por se entender que o mesmo encontra-se superado pelo princípio da precaução, que o engloba. Embora, segundo Milaré, a palavra prevenção seja etimologicamente mais abrangente do que precaução, preferir-se-á adotar o entendimento que defende maior abrangência conferida pelo direito ao princípio da precaução. Segundo Milaré, “Com efeito, há cambiantes semânticos entre essas expressões, ao menos no que se refere à etimologia. Prevenção é substantivo do verbo prevenir, e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do Latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis. A diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução...” (grifo nosso). Enquanto a palavra precaução é etimologicamente sinônima de prevenção, doutrinariamente o princípio da precaução exige a interrupção da atividade potencialmente lesiva, ainda que sem evidências irrefutáveis. No entanto, não parece que a precaução só possa ocorrer na ausência dessas evidências, ou seja, mesmo que haja fundamento científico para a interrupção da atividade estar-se-á praticando a precaução.

O princípio da precaução é o mais importante avanço na área do direito ambiental, porque consiste na obrigatoriedade de se afastar o risco lesivo, ainda que este não esteja cientificamente comprovado. A justificativa para tal posição encontra fundamento em duas premissas básicas:

- 1- o perigo de dano ao meio ambiente é, em face de sua irreversibilidade, suficiente para obrigar a suspensão da ação potencialmente lesiva. Ou seja, a mera constatação do perigo de dano, ainda que não haja comprovação irretratável, é o substrato para a negativa da continuação da ação ou omissão potencialmente lesiva.
- 2- o risco da atividade exploratória pressupõe o risco da obrigatoriedade da suspensão de sua continuidade. Vale dizer, a partir do instante em que o risco atrelado à atividade exercida for por demais extremado a ponto de justificar sua suspensão em prol dos interesses da coletividade, o agente explorador deverá conformar-se em suspendê-la.

No entender de Rehbinder, citado por Leite, “(...) o princípio da precaução significa mais que uma política do ambiente que visa a prevenir, reduzir ou eliminar a poluição já existente ou iminente, ‘mas assegura que a poluição é combatida na sua incipiência e que os recursos naturais são utilizados numa base de produção sustentada.’”¹³²

O que se deve destacar é que a precaução insurge-se contra o risco tentando preveni-lo ou evitá-lo conforme a realidade material se apresente. “(...) este princípio é de tal importância que é considerado como o ponto direcionador central para a formação do direito ambiental.”¹³³

“Trata-se também de um princípio da Administração Pública. Vale lembrar o importante papel do Poder Público mediante o exercício do poder de polícia, na concessão do licenciamento ambiental. Nesse sentido, afirma-se que a postergação de medidas de precaução afronta a moralidade, a legalidade e a eficiência administrativa.”¹³⁴

¹³² LEITE, 2003, p. 47.

¹³³ DERANI, 1997, p. 167.

¹³⁴ TESSLER, 2004, p. 114.

Portanto, a obrigatoriedade na observação da precaução não cabe apenas à coletividade, mas, sobretudo, ao Poder Público que, em defesa do direito ao meio ambiente hígido deverá garantir a fiscalização e impedir as atividades potencialmente lesivas. Não se quer dizer, com isso, que a sociedade busca evitar o empreendedorismo audaz, busca, sim, prevenir o dano irreparável e garantir a continuidade da vida saudável.

8.2.

Princípio da informação

O princípio da informação está intimamente ligado à defesa do meio ambiente, principalmente porque cabe à coletividade a defesa deste bem. Não é outro o princípio que se tem abordado durante este trabalho, qual seja o de que a defesa do bem ambiental é dever vinculado a toda sociedade.

A informação é condição indispensável para o acesso à justiça; sem acesso à informação correta e bem transmitida, a coletividade e seus componentes acabam por desconhecer o direito que lhes cabe frente à tutela ambiental. Como consequência dessa desinformação, o meio ambiente acaba por ser alvo de danos evitáveis caso a comunidade afetada fosse capaz de exercer a contento seu direito face à lesão sofrida.

O artigo 4º da Lei 6.938/81 enuncia que: “(...) a Política Nacional do Meio Ambiente visará: (...) V – à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico”.¹³⁵

Além deste normativo, muitos outros podem ser citados, como o princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 ou a Diretiva 90-313 da União Européia. Contudo o que interessa dizer é que a informação é instrumento útil tanto no âmbito da conscientização social quanto no da efetividade da justiça, que, freqüentemente deixa de ser procurada em vistas da falta de informação.

¹³⁵ TESSLER, 2004, p. 119.

Sob este aspecto, é relevante levantar a necessidade da manutenção da qualidade da informação, que além de verídica, tem de ser veiculada a tempo pelos meios acessíveis e satisfatoriamente amplos.¹³⁶

Esta função do Estado não precisa, necessariamente, ser exercida por intermédio de meios normais de comunicação; há que se falar que mesmo a atuação do Estado e do indivíduo junto ao processo leva à divulgação dos direitos que na legislação se encerram.¹³⁷

8.3.

Princípio da participação

Mais uma vez destaca-se a necessidade, imposta pelo art. 225 da CF, de que tanto o Estado quanto a coletividade ajam para preservar o meio ambiente e desta forma garantam sua manutenção e um desenvolvimento sustentável.

Para a consecução deste fim constitucional, é necessário que o Estado forneça ao cidadão formas de efetivar esta participação; uma destas formas é a divulgação de informações corretas e aproveitáveis, como já destacado. Todavia não basta apenas a interiorização do conhecimento por parte do indivíduo ou da coletividade para garantir sua participação efetiva na proteção ambiental.

É imperioso que o sujeito tenha acesso às instâncias decisórias para garantir que a administração pública faça tudo ao seu alcance para prevenir e coibir o dano. Neste diapasão encontra-se a figura da participação nas decisões administrativas como forma de exercício da cidadania e de garantia da manutenção e realização dos interesses do cidadão.

É facilmente perceptível, porém, que a participação do sujeito não se limita à esfera executiva, mas se estende em todas as esferas de poder, sejam elas institucionalizadas ou não, haja vista a vasta gama de organizações que surgem com o intuito de proteger o meio ambiente.

Sobre o tema que se trata, não é incomum notar que o voto em legendas partidárias que tenham por escopo a proteção ao meio ambiente influencia o exercício legislativo com este fim, resultando em uma forma de participação

¹³⁶ TESSLER, 2004, p. 121.

¹³⁷ DINAMARCO, 2003, p. 197. Segundo o autor “Outra missão importante que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações”.

indireta do sujeito no processo legislativo, afora este recurso, há, de maneira direta, o da lei por iniciativa popular, não se esquecendo da figura do referendo e do plebiscito.¹³⁸

A forma mais comum de participação, no entanto, é sentida quando se trata do aspecto judicial da participação popular; neste campo é extremamente vasta e profícua a gama de opções do cidadão para pleitear junto ao Estado a preservação do ambiente. Esta participação pode ser feita de várias maneiras, seja de forma individual em virtude de lesão ao microcosmo do sujeito, seja de forma coletiva, por meio da ação civil pública, ou mesmo da ação popular, caso em que se defende interesse individual homogêneo ou interesse coletivo, conforme analisar-se-á em capítulo próprio.

¹³⁸ TESSLER, 2004, p. 127.

9

Dano ambiental e suas características

9.1.

O dano no Direito Civil

O dano, segundo o direito civil, consiste “(...) no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico.”¹³⁹ Esta classificação, que ora se coloca, tem sofrido enormes críticas por parte, sobretudo, dos teóricos dos direitos de 3ª e 4ª gerações, porque, como é o caso do dano ambiental, é necessário agir, muitas vezes, mesmo sem a existência do dano, mas apenas pela mera transgressão da norma ou pela exposição do meio ambiente a risco desnecessário¹⁴⁰.

Por esta controvérsia, tem sido recorrente a idéia de dano injusto, ou lesão a um interesse, que tem como escopo a tese de que a ninguém é dado prejudicar outrem. Mesmo que este prejuízo não se verifique materialmente, sua mera ocorrência acarretará o dever de indenizar. O dano hipotético, como não poderia deixar de ser, não gera a mesma obrigação. “Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.”¹⁴¹ Nesse sentido, há que se perceber que, quanto à responsabilidade pelo dano ambiental, mesmo sem a existência do dano, é necessária a imposição da tutela preventiva quando determinada ação ou omissão expuser a risco o meio que se pretende

¹³⁹ VENOSA, 2005, p. 40.

¹⁴⁰ “(...) imprescindível que se disponha de técnicas para assegurar a integridade do meio ambiente, já que a sentença condenatória, ao determinar o pagamento de indenização pelo dano, é inidônea para se atingir tal escopo.” Em outras palavras, Tessler coloca que a simples ameaça de indenização é imprópria para prevenir o dano, sendo útil apenas quando o bem maculado for passível de redução à pecúnia. Sobre este assunto continuar-se-á a tratar quando se falar da diferenciação necessária entre ilícito e dano.

¹⁴¹ VENOSA, op. cit., p. 41.

preservar. Esta alegação, ao contrário do que possa parecer, não contraria o que expõe Venosa, pois a exposição do meio ambiente a risco intolerável gera a violação de um interesse coletivo, qual seja, o de resguardar o meio às presentes e futuras gerações.

Depreende-se, das alegações acima expostas, que a indenização só ocorrerá mediante a comprovação efetiva do dano, ou da ameaça intolerável de concretização do dano. Surge nesse ínterim, porém, a problemática da *perda da chance*. A perda da chance configura-se como a perda de uma possibilidade, ou seja, o sujeito lesado não está apto a comprovar que, sem a ocorrência do dano, teria lucro ou algum tipo de benefício com a oportunidade que lhe fora arrancada com a configuração do dano. Entretanto, o indivíduo lesado consegue comprovar que havia chances de alcançar o benefício para o qual ficara impossibilitado.

Veja, como exemplo elucidativo da perda de chance, o fato ocorrido nas olimpíadas de 2004, quando atleta brasileiro que liderava a prova da maratona foi obstado por um tresloucado espectador, que o empurrou, o retirou do curso e suprimiu-lhe a concentração. Discutiui-se se nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar na importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo.¹⁴²

Nesta mesma linha de raciocínio, Caio Mario da Silva Pereira: “É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perd d’*une chance*) e puder situar-se na certeza do dano.”¹⁴³

Quando se fala da perda de chance, está-se referindo à frustração de uma possibilidade que, conforme a situação, afigura-se com uma maior ou menor probabilidade; é a exata medida desta probabilidade que indicará o montante a ser indenizado. Assim, uma colônia de pescadores impossibilitada de prosseguir com a sua atividade profissional em decorrência de um derramamento de petróleo estará sofrendo de uma perda de chances que será maior ou menor de acordo com a incidência de peixes na região, com a época em que se deu o acidente, bem como com o volume que, por qualidades técnicas, cada pescador atingido é capaz

¹⁴² VENOSA, 2005, p. 41 et. seq.

¹⁴³ PEREIRA citado por VENOSA, op. cit., p. 42.

de pescar. Nessa situação, fica clara a noção da perda de chances; no caso citado, os pescadores poderiam ficar anos esperando que o meio ambiente atingido viesse a se recuperar, o que, talvez, nunca acontecesse. Nesse caso, a empresa responsável pelo derramamento ficaria obrigada a indenizar não apenas pelo período em que os pescadores ficaram impedidos de executar sua atividade profissional, mas também pela queda na produtividade que se seguiria ao acidente em questão (mesmo após a permissão para o retorno dos pescadores ao mar).

Na esteira desse raciocínio, há que se levantar o exposto pelo art. 402 do CC, o qual estabelece: “Salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Este dispositivo é responsável por determinar a extensão que os danos emergentes e os lucros cessantes haverão de alcançar. Essa razoabilidade, à qual se refere o citado artigo, fica a critério da jurisprudência e dos parâmetros socialmente aceitos à época do julgamento da lide.

Venosa¹⁴⁴ estabelece a seguinte classificação:

- 1- *Dano patrimonial*, seria aquele pecuniariamente avaliável, podendo ser reparado pela indenização em dinheiro;
- 2- *Dano emergente*, é aquele que é prontamente percebido, pois traduz-se em uma diminuição do patrimônio; trata-se de uma perda por parte da vítima. Costuma ser o dano mais facilmente avaliável.
- 3- *Lucro cessante*, é aquele que diz respeito ao que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se do dano, como já se enfatizou, mais dificilmente verificável, porque sua aferição é inexata e, freqüentemente, apenas aproximável. Ou seja, seu cálculo depende muito mais do bom senso do julgador do que de dados técnicos propriamente.

¹⁴⁴ VENOSA, 2005, p. 43.

Não se deve deixar de mencionar o dano moral, ou melhor definido como extrapatrimonial, o qual posteriormente será analisado com mais minúcia.

Enfim, o estudo do dano e de suas formas de reparação é matéria em constante renovação, exigindo, freqüentemente, que o jurista se atualize sob pena de ser incapacitado para acompanhar as transformações que a sociedade lhe impõe.

No campo que se deseja estudar, esta constatação não é diferente; o dano individual e coletivo, a poluição ambiental, os danos ecológicos, enfim, toda a sorte de danos relacionados ao meio ambiente tem sido alvo de constantes elucubrações no campo jurídico, e sua tutela exige cada vez mais o aprimoramento da ciência do direito. Seja pela imprevisibilidade constante de seu risco, seja pela necessidade urgente de sua proteção, dependendo disso não apenas o orgulho do direito, mas o futuro da humanidade.

9.2.

Responsabilidade Civil

O instituto da Responsabilidade Civil era até este século estudado e analisado essencialmente no âmbito do direito privado, mais especificamente tratado pelo Direito Civil. Em seus primórdios, a Responsabilidade Civil no direito surgiu como uma maneira de proteger a esfera de autonomia privada dos demais indivíduos da sociedade.

A proteção desta autonomia se dava nas relações entre os indivíduos da mesma sociedade, conforme assevera José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior¹⁴⁵: “O instituto da Responsabilidade Civil estabelecia fundamentalmente os limites externos da autonomia privada de um indivíduo em face de outro, sendo tais limites definidos por um elemento exterior a ambos: a norma jurídica.”

O Estado não era indivíduo dotado de personalidade jurídica, e desta forma não havia como responsabilizá-lo por eventuais danos causados a terceiros.

Como adverte *Cavalcanti*¹⁴⁶, foi necessária a desenvoltura da personalidade jurídica, ou seja, foi preciso que o Estado adquirisse personalidade

¹⁴⁵ JUNIOR, 2000.

¹⁴⁶ CAVALCANTI, 1956.

jurídica, para que o mesmo pudesse ser responsabilizado por danos que viesse a causar a terceiros.

Insta salientar, que em sua diversidade de formas, seja na responsabilidade por culpa do agente, seja na responsabilidade por omissão ou na responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil aplicada ao Estado, dotado de personalidade jurídica, registra os mesmos traços da responsabilidade civil aplicada às relações entre os particulares.

Desta forma, tem-se que o Estado é responsabilizado quando ocorre o dano causado em virtude de alguma atividade de responsabilidade da Máquina Estatal, ou seja, a intervenção danosa e indevida na relação dos particulares.

Cumpre, de outro vértice, salientar que a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente surge em uma seara totalmente diversa daquela do instituto da responsabilidade civil. Porém a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não objetiva apenas a proteção da autonomia das relações entre os particulares; esta responsabilidade está calcada no artigo 225 da Carta Magna brasileira: *“impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.”*

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não se fundamenta apenas na autonomia privada, concebida como uma área de proteção a um indivíduo isolado, mas alcança a exigência de uma proteção, recuperação e melhoria do meio ambiente¹⁴⁷.

Portanto, as relações entre particulares e a soberania do poder público, bem como do interesse coletivo sobre o interesse individual, tornam-se o ponto de partida para a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Para que isto se torne ainda mais claro, é fundamentalmente necessário que se trace uma evolução da responsabilidade civil, e, após, que se compare sua aplicação diante dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal Brasileira.

9.2.1.

A evolução da Responsabilidade Civil

¹⁴⁷JUNIOR, 2000.

Na antiguidade, tinha-se a vingança como a forma de reparabilidade de um dano causado a outrem, sem qualquer averiguação da existência de culpa de quem a causou, muito menos havia critérios, aceitos pela razão científica, e limites para esta reparabilidade executada freqüentemente de uma forma física. No entanto, com a revogação da Lei das XII Tábuas pela *Lex Aquilia*, restou consagrado o avanço das civilizações, na medida em que se demonstrou pela primeira vez na evolução da responsabilidade civil “*a preocupação com a moral do agente causador do dano, pela perquirição da culpa.*”¹⁴⁸

Da idade moderna até a contemporaneidade, passou-se a obter aplicação do instituto da responsabilidade civil independente da culpa do agente.

“*A razão da perda da importância atribuída à culpa, tida, tempos atrás, como evolução, foi a verificação da insuficiência da teoria subjetiva para propiciar a reparação de certas espécies de danos em relação aos quais a comprovação da culpa do agente se revela especialmente difícil.*”¹⁴⁹

Com a industrialização, a urbanização, a utilização de maquinários pesados e aumento da jornada de trabalho vieram os acidentes de trabalho e de trânsito, que conseqüentemente provaram a falta de capacidade de suprir novas condutas não previstas pelo ordenamento jurídico, dentro do instituto da reparação civil, posto a dificuldade da aferição da culpa.

Igualmente, o século XX trouxe incrível evolução principalmente na área tecnológica e científica, e, novamente, surgiram novas situações, novas condutas e, com estas, novas preocupações criadas por atividades econômicas com maiores riscos em todas as esferas, que obtiveram uma garantia jurídica igualmente ineficaz às necessidades criadas por esta evolução.

É nesse contexto, de evolução tecnológica e de teorias de responsabilidade subjetivas, ineptas a solucionar tais problemas, que despontaram as teorias do risco, contudo não abandonando teorias até então aplicadas. Com o aparecimento de novas teorias de responsabilidade, o conceito de culpa passa a se difundir, “*em várias hipóteses, presunções legais, relativas e absolutas, de culpa do agente causador do dano.*”¹⁵⁰

¹⁴⁸ SAMPAIO, 2003, p. 67.

¹⁴⁹ Ibid., p. 68.

¹⁵⁰ Ibid., p. 68.

Com a utilização da teoria subjetiva, o escopo principal da reparabilidade recai sobre o conceito de culpa, que, não obstante, não encontrou consenso na doutrina. A culpa pode ser visualizada sob dois prismas: o primeiro, objetivo, que consiste na violação de um dever jurídico prescrito e positivado; o segundo, por sua vez, subjetivo, trata-se da possibilidade de reprovar-se a conduta de quem a tenha cometido, ou seja, caracteriza-se por aspectos subjetivos relacionados ao agente.

No Brasil, o legislador não estabeleceu conceito explícito e definitivo de culpa. Em sede doutrinária, são vários os autores que tentaram suprir a falta de tal conceito pleno, a partir do regime de responsabilidade civil adotado pelo Código Civil. Aguiar Dias conceitua a culpa como: “(...) *falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.*”¹⁵¹

Neste sentido, deve-se alertar para o conteúdo do artigo 159 do antigo Código Civil Brasileiro de 1916, o qual não definia exatamente o que seria a culpa, mas dava indícios para sua materialização, com base na ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência com conseqüente violação de direito e causa de prejuízo a outrem.

Por outro lado, conforme já salientado, a revolução industrial trouxe novas necessidades ao direito, em virtude do risco das atividades, e a obrigação de reparar propagou-se com a insuficiência da doutrina; bem como a obrigatoriedade de provar a culpa em casos de acidentes e danos resultantes do emprego de máquinas e dos processos produtivos. Isso tudo, desenvolveu o surgimento de correntes de pensamentos que procuravam auxiliar as vítimas a encontrar a obtenção de reparação, em especial os danos causados a estes em acidentes de trabalho.

O critério da responsabilidade findada na culpa não conseguia mais suprir as necessidades da civilização moderna, de forma que não se sustentava mais frente aos óbices causados pela evolução da própria sociedade em si.

¹⁵¹ DIAS, 1983.

Neste aspecto, Luis Alfredo Junior, na sua obra anteriormente citada, afirma com muita propriedade que à época: *“Tornava-se imprescindível, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento mora, da análise psicológica do agente, ou da possibilidade de prudência ou diligência, para colocar a questão sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não sob o ângulo anterior, subjetivo, relacionado com as motivações do agente.”*¹⁵²

O Doutrinador José de Aguiar Dias salienta a impropriedade de se fundamentar a responsabilidade civil na culpa, afirmando a necessidade de que este instituto seja observado pela reparação do dano, propondo a seguinte questão: quem deve repor os danos causados? E, não quem é o suposto responsável por meio da análise da culpa.¹⁵³

É forçoso, portanto, o entendimento de que a responsabilidade civil tem que ser relacionada com a reparação das perdas, ou seja, com a reparação dos danos causados, na medida em que devem surgir do fato ou ato causador da lesão ao bem jurídico a ser reparado. É apenas dessa forma que o instituto da responsabilidade civil encontra-se imune aos interesses alheios, que existem, e por isso acabam influenciando quando da utilização e aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Os primeiros doutrinadores a adotar a teoria do risco foram alemães, apesar dessa doutrina ser divulgada pelos franceses, que sustentavam que o causador de um dano deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa de sua parte. Segundo Dias, *“fizeram-no para estabelecer a responsabilidade de pessoas privadas de discernimento e, pois, incapazes de culpa”*.¹⁵⁴

Independente das aplicações diferenciadas da teoria do risco, o importante desta doutrina foi o afastamento do instituto da responsabilidade civil da exigência do elemento da culpa do agente. A partir desta teoria, o foco era o fato causador do dano para o estabelecimento da reparabilidade do bem ou dos bens jurídicos afetados.

¹⁵² JUNIOR, 2000.

¹⁵³ DIAS, 1983.

¹⁵⁴ Ibid.

Todavia, como destaca o autor José Alfredo Junior, “a *responsabilidade civil, mesmo que eliminando o elemento subjetivo culpa e voltando suas atenções para o fato lesivo, não pode pretender absorver todas as formas de interação social.*”¹⁵⁵

Foi exatamente para desviar da confusão feita entre as relações sociais e o direito, que a teoria do risco fora reconduzida a definir os diferentes contextos em que ela poderia ser aplicada, o risco profissional, o criado e o proveito, foi a alternativa de riscos aplicados a contextos específicos encontrados para caracterizar o fato lesivo na norma jurídica.

A mais radical dentre as teorias do risco, denominada risco integral, adverte: “*o dever de indenizar se faz presente tão-somente em face do dano, mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.*”¹⁵⁶

Ao substituir a teoria da culpa, a teoria do risco tem se adequado cada vez mais à realidade social que se presencia, consoante vem demonstrando a evolução da responsabilidade civil.

9.2.2.

A evolução da Teoria Subjetiva à Objetiva

O movimento codificador dos países dos séculos XIX e XX, que consolidou uma era de individualismo jurídico, bem como consagrou a teoria da culpa como requisito da responsabilidade civil passou a ser substituído, pouco a pouco, por teorias doutrinárias que deram ênfase aos aspectos sociais do Direito.

Em meio a tantas transformações, a jurisprudência começou a inverter o ônus da prova, que passava a ser a favor da vítima, e que, por sua vez, deu surgimento à presunção de culpa.

Essa construção jurisprudencial em torno da presunção da culpa, em seu início, era aplicada principalmente aos atos dos prepostos, com culpa presumida a seus patrões, da qual resultou a Súmula 341 do nosso Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷. Nesta esteira, vieram novas normas positivadas a responder às

¹⁵⁵ JUNIOR, 2000.

¹⁵⁶ CAVALIERI FILHO, 1996.

¹⁵⁷ É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

exigências e necessidades de uma nova realidade social, dando origem a diversas previsões de responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico.

A responsabilidade objetiva passou a ser tema de diversas teorias, de maneira que estas estudavam e concediam mais ou menos extensão a aplicabilidade da responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, a qual goza atualmente de grande aceitação dentre os doutrinadores, existem diversos pontos controversos, sendo um deles a responsabilidade civil por fato de terceiros.

Nesta ocasião, a responsabilidade civil por fato de terceiros, seria, na opinião de Wilson Melo¹⁵⁸, aplicada para qualificar a relação do vínculo jurídico entre o causador do dano e aquele que será responsabilizado.¹⁵⁹

Para analisar o tema, o mesmo autor parte das distinções feitas pelos adeptos da teoria clássica (subjéctiva) entre a lesão por ato próprio e a lesão causada por terceiros. O autor ainda adverte que quando se acolhe a responsabilidade por fato de terceiros, ao mesmo lado da responsabilidade por fato próprio, assumindo a idéia de culpa presumida, ainda assim se estaria afirmando uma aplicação de responsabilidade sem culpa. Desta forma, a responsabilidade por fato de terceiro estaria abrigada pela teoria do risco, de maneira condicionada ao vínculo jurídico do causador directo do dano e aquele que por ele responde.¹⁶⁰

É também a extensão do risco, o parâmetro central adotado na discussão da reparação integral. Entende Wilson Mello que “verificado o dano, a reparação deveria ser a mais ampla possível.”¹⁶¹ Entretanto, o autor afirma que as conseqüências desta aplicação seriam desastrosas, pois para a fiel aplicação da lei, deveria ser conduzida até mesmo a total ruína do obrigado. Assim, a reparação total passou a sofrer limitações diante da situação económica dos litigantes. Esta, segundo Wilson Mello, encontraria respaldo no princípio da equidade, para que fosse analisada a situação económica da vítima e do obrigado, devendo o juiz determinar o montante indenizatório a partir desses dados das partes.

¹⁵⁸ SILVA, 1974.

¹⁵⁹ Neste sentido não se deve esquecer da possibilidade legal, doutrinária e jurisprudencial, tanto da solidariedade quanto do direito de regresso.

¹⁶⁰ JUNIOR, 2000.

¹⁶¹ SILVA, op. cit.

A causa do dano, não obstante, suscitou diversos debates doutrinários, acerca justamente da extensão do risco. Wilson de Melo salienta que quando a causa é única ou, quando múltiplas, o são concomitantemente a um mesmo efeito dado, de forma a não haver mais problemas. Para as causas múltiplas, é estabelecida a solidariedade entre os agentes. No entanto, está-se diante de causas múltiplas sucessivas; a questão, então, torna-se mais complexa.

Para esta questão surgiram novas teorias, dentre elas a teoria dos danos diretos e imediatos. Essa teoria, apontada pelo doutrinador Wilson de Melo, representa “o desejável meio termo, o fator de estabilidade mais razoável de equacionamento da questão. Tal teoria implica na existência, entre a inexecução da obrigação e o dano, de uma relação de causa e efeito, direta e imediata.”¹⁶² Nela estaria presente a idéia de interrupção do nexo de causalidade, de maneira a impor um determinado resultado como consequência normal dos atos praticados; se tal não se verifica, é pelo surgimento de uma circunstância diversa.

A doutrina brasileira se consolida cada dia mais no entendimento de que a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente fundamenta-se na teoria do risco, sendo uma responsabilidade solidária e de caráter objetivo¹⁶³.

9.2.3.

Responsabilidade Civil por dano ambiental – Responsabilidade Objetiva

“A responsabilidade civil, na sua formulação tradicional, não poderia agregar muito à proteção do meio ambiente” e continua “projetada para funcionar num cenário com uma ou poucas vítimas, regulando o relacionamento indivíduo-indivíduo, salvaguardando as relações homem-homem, de caráter essencialmente patrimonial, e não as relações homem-natureza, não teria mesmo essa responsabilidade civil grande utilidade na tutela do meio ambiente.”¹⁶⁴

¹⁶² JUNIOR, 2000.

¹⁶³ “Atualmente, são inúmeras as hipóteses legalmente previstas de responsabilidade independente de culpa. Daí decorre que não mais se pode afirmar que a responsabilidade subjetiva seja a regra, reduzindo-se os casos de responsabilidade objetiva à condição de exceções. Quanto a esse aspecto, o Código Civil de 2002 contém dispositivo com previsão genérica de responsabilidade civil fundada no risco criado por atividades perigosas, o que representa a consagração expressa de sistema dúplice, sem o caráter de regra e exceção entre os pressupostos culpa e risco.” (SAMPAIO, 2003, p.86)

¹⁶⁴ BENJAMIN, p. 8.

Na Constituição Federal, em seu artigo 225, parágrafo terceiro, encontra-se o seguinte enunciado: “Art. 225. (...) § 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.” (grifo nosso)

Na esfera penal e administrativa, há que se ressaltar a rígida e recente norma de crimes ambientais – Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dando ainda outras providências. Na esfera cível, sobre a indenização ambiental, impõe-se a Lei 6.938, de 31.08.81.

Portanto, verifica-se que a pessoa física ou jurídica que ensejar dano ambiental poderá ser penalizada, tanto na esfera criminal, como na administrativa e cível, independentemente.

Na esfera cível, o primeiro aspecto a se considerar é a responsabilidade objetiva do causador do dano ambiental, instituída por lei especial. Sobre isso, importa transcrever a íntegra do artigo 14, parágrafo primeiro, da Lei 6.938, de 31.08.81: “Art. 14. (...) § 1º - *Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.*” (grifos e destaques nossos)

Extrai-se do comando legal a responsabilidade objetiva, expressa pela disposição “*independentemente da existência de culpa*”. Nesse sentido, o ilustre jurista Nelson Nery Junior¹⁶⁵ leciona que os pressupostos da responsabilidade civil por dano ecológico são, apenas, o evento danoso e nexos de causalidade (relativo e sistêmico)¹⁶⁶, ou seja, o causador de dano ambiental, tem o dever de

¹⁶⁵ NERY JÚNIOR, p. 279.

¹⁶⁶ Quanto ao nexos causal sistêmico vale trazer os seguintes ensinamentos: “Leme Machado, traz caso ilustrador ocorrido na Itália (APP. Gênova de 12.07.1989). Decidiu-se que ‘diante da violação de um standard previsto em relação ao lançamento de agentes potencialmente poluidores na água de um rio, o dano que seja derivado da alteração da água será ligado, como causa, à mencionada violação’. Como bem ressaltou Leme Machado, para a decisão em questão bastou a prova do descumprimento da norma e da ocorrência do dano, dispensando-se a demonstração do nexos causal, porque presumida pelo tribunal italiano em face da responsabilidade objetiva (...) Assiste razão a Abelha ao defender que o convencimento do juiz pode ‘advir da demonstração de que o efeito liga-se àquela causa, ou, por outro lado, de que aquela causa jamais poderia gerar aquele efeito.’ “No tocante ao dano conjunto, prevalece na doutrina ambiental a teoria da responsabilidade solidária. Portanto, constatado que o dano resultou da contribuição de vários agentes, mas não sendo possível identificar e quantificar a parcela de responsabilidade de cada um, impõe-se a responsabilidade objetiva. O fundamento legal utilizado era o art. 1.518 do cc de 1916,

indenizar, mesmo não tendo culpa no evento causado.

O artigo 225, parágrafo terceiro da Constituição Federal, também salienta a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, a doutrina estabelece que:

Qualquer violação do Direito implica a sanção do responsável pela quebra da ordem jurídica. A responsabilidade ambiental é um dos temas mais importantes para o Direito Ambiental. A Lei Fundamental Brasileira estabelece, no Parágrafo Terceiro do artigo 225, a responsabilidade objetiva por danos ambientais. Tal responsabilidade já se encontrava prevista na legislação ordinária precedente à própria Constituição.

A responsabilização dos poluidores foi inicialmente estabelecida no âmbito da organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) através da Recomendação C (72), 128, de 28 de maio de 1972, que instituiu o princípio “poluidor pagador”.

(...) omissis (...)

Pelo princípio em tela, busca-se impedir que a sociedade arque com os custos da recuperação de um ato lesivo ao meio ambiente causado por poluidor perfeitamente identificado.¹⁶⁷ (destaques nossos)

Afirma Morato Leite: “Por outro lado, a teoria da responsabilidade objetiva tem como base a socialização do lucro e do dano, considerando que aquele que obtém lucro e causa dano com uma atividade, deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante.”¹⁶⁸

O autor supracitado ainda continua:

Nesta fórmula da responsabilidade objetiva, todo aquele que desenvolve atividade lícita, que possa gerar perigo a outrem, deverá responder pelo risco, não havendo necessidade de a vítima provar culpa do agente. Verifica-se que o agente responde pela indenização em virtude de haver realizado uma atividade apta para produzir risco. O lesado só terá que provar o nexo de causalidade entre a ação e o fato danoso, para exigir seu direito reparatório. O pressuposto da culpa, causador do dano, é apenas o risco causado pelo agente em sua atividade.¹⁶⁹

Assim, a responsabilidade objetiva, na hipótese de dano ao meio ambiente, tornou-se pacífica, e expressa, em nosso ordenamento jurídico, nossa doutrina e jurisprudência:

que prevê a responsabilidade solidária, sempre que houver mais de um autor da ofensa. Por isso, diante das dificuldades de demonstração pelo autor do nexo causal, este poderá, com base na prova do risco da atividade desenvolvida pelos agentes, incluir no pólo passivo da demanda ressarcitória todos aqueles, cuja atividade seja potencialmente lesiva, para que o réu faça a prova de que o dano não decorre de sua atividade ou pelo menos, que não contribuiu para toda a extensão do dano.” (TESSLER, 2004, p.341)

¹⁶⁷ ANTUNES, 2000, p. 31.

¹⁶⁸ LEITE, 2003.

¹⁶⁹ Ibid.

*O desempenho de qualquer atividade comandada ou exercida pelo homem está fadada ao sucesso ou ao insucesso. Na atividade empresarial, é óbvio, não acontece diferente. E para que se chegue a qualquer dos resultados (o sucesso ou insucesso), haverá sempre o risco de ser atingido ou lesionado bem ou interesse de terceiros, inclusive na esfera ambiental. Daí a responsabilização civil das empresas ou dos empreendedores.*¹⁷⁰

Mas, qual será o tratamento dado pelo Direito brasileiro às lesões ou às graves ameaças, perpetradas pelo segmento empresarial da economia?

Há quem defenda, como Sérgio Ferraz, que o posicionamento do judiciário deve obedecer à teoria do risco integral.

Outros pugnam pela adoção da teoria do risco-proveito, como é o caso de Edis Milaré, lembrado por Jorge Alex Nunes Athias, para quem a referida teoria “*tem assento na noção de que todo aquele que no exercício da atividade da qual venha ou simplesmente pretenda fruir algum benefício, sujeita-se a reparação dos danos que provocar.*”¹⁷¹

Conclui o autor Jorge Alex Nunes Athias que, em termos de responsabilidade ambiental, a maioria da doutrina é no sentido de que:

*(...) se trata de responsabilidade objetiva sob a modalidade de risco integral. Embora não utilizem a expressão, muitas vezes pode-se deduzir isso pelos aspectos que consideram irrelevantes para a exclusão de responsabilidade. Enumeram especificamente a irrelevância do licenciamento do poder público, irrelevância da existência de pluralidade dos agentes poluidores; não invocação do caso fortuito ou de força maior e pela atenuação da prova do vínculo de causalidade, inversão do ônus da prova.*¹⁷²

A este propósito, discorre Eliseu de Moraes Correia¹⁷³: “*O dano causado por força maior (e.g.: fato da natureza), não exclui o dever de indenizar, pois pelo princípio UBI EMOLUMENTUM IBI ONUS, ou seja, aquele que lucra com a atividade, assume o ônus desta mesma atividade, não afasta o dever de indenizar (...).*”

Logo, pode-se afirmar categoricamente que a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente e/ou ecológico, conforme acima demonstrado, independe de culpa, e tem como pressuposto, apenas o evento danoso e o nexo de

¹⁷⁰ CARVALHO, 1999, p. 36.

¹⁷¹ Ibid., p. 36.

¹⁷² Ibid., p. 36.

¹⁷³ Ibid., p. 36.

causalidade (relativo e sistêmico já explicado anteriormente), sendo irrelevante a atitude do causador.

A responsabilidade é, sem dúvida, objetiva, independentemente das discussões doutrinárias e acadêmicas de aplicação da teoria do risco integral ou a teoria do risco-proveito.¹⁷⁴ Porém, a maioria da doutrina entende pela aplicação da responsabilidade objetiva com base no risco integral; nesse sentido salientam-se os ensinamentos do doutrinador Sílvio da Salvo Venosa:¹⁷⁵

Basta, portanto, que o autor demonstre o dano e o nexos causal descrito pela conduta e atividade do agente. Desse modo, não discutimos se a atividade do poluidor é lícita ou não, se o ato é legal ou ilegal: no campo ambiental, o que interessa é reparar o dano. Verificamos, portanto, que, em matéria de dano ambiental, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral. Desse modo, até mesmo a ocorrência de caso fortuito e força maior são irrelevantes. A responsabilidade é lastreada tão-só no fato de existir atividade da qual adveio o prejuízo.

Por NELSON NERY JUNIOR¹⁷⁶: *“Ainda que haja autorização da autoridade competente, ainda que a emissão esteja dentro dos padrões estabelecidos pelas normas de segurança, ainda que a indústria tenha tomado todos os cuidados para evitar o dano, se ele ocorreu em virtude da atividade do poluidor, há o nexos de causalidade que faz nascer o dever de indenizar.”* (destaque nosso)

Note-se que não interessa se o poluidor possui todas as licenças administrativas requeridas para o exercício daquela atividade econômica, ou todos os estudos de impactos ambientais, isto não lhe tira o dever de reparar o dano causado, mesmo que não exista a culpa do agente; novamente, frise-se, independente da aplicação da teoria do risco integral ou teoria do risco-criado e/ou proveito.¹⁷⁷

¹⁷⁴ No risco integral não se aplicam excludentes e no risco criado e/ou proveito se aplicam tais excludentes, tornando-se este mais próximo da responsabilidade administrativa e/ou risco administrativo.

¹⁷⁵ VENOSA, 2005, p. 151.

¹⁷⁶ NERY JÚNIOR.

¹⁷⁷ Neste tópico deve-se alertar para a necessária análise da Responsabilidade Civil no “novo” Código Civil de 2002 e suas evoluções no sentido de trazer a aplicação da teoria do risco em seu bojo. A responsabilidade objetiva foi adotada pelo NCC no seu artigo 186 que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na mesma linha, corroborando com o novo entendimento, tem-se o artigo 927 do mesmo diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

9.3.

O dano no Direito Ambiental

Os fenômenos que afetam ao meio natural se caracterizam muito por sua grande complexidade. Mas é preciso, sobretudo, colocar em relevo os seguintes elementos que raramente se encontram nos danos não ecológicos: as conseqüências danosas de uma lesão ao meio ambiente são irreversíveis (não se reconstitui um biótipo ou uma espécie em vias de extinção), estando vinculadas ao progresso tecnológico; a poluição tem efeitos cumulativos e sinérgicos, que fazem com que estas se somem e se acumulem, entre si; a acumulação de danos ao longo de uma cadeia alimentar, pode ter conseqüências catastróficas (enfermidade de Minamata no Japão); os efeitos dos danos ecológicos podem manifestar-se muito além das proximidades vizinhas (efeitos comprovados pela contaminação das águas, pelas chuvas ácidas, devidas ao transporte atmosférico a longa distância do SO₂); são danos coletivos por suas próprias causas (pluralidade de autores, desenvolvimento industrial, concentração urbana) e seus efeitos (custos sociais); são danos difusos ou individuais homogêneos em sua manifestação (ar, radioatividade, poluição das águas) e no estabelecimento do nexa causalidade; tem repercussão na medida em que implicam agressões principalmente ao elemento natural e, por rebote ou ricochete, aos direitos individuais.¹⁷⁸

Obviamente, a classificação de dano no direito ambiental está ligada a sua classificação no direito civil, entretanto sua conceituação mostra-se razoavelmente diferenciada. Da mesma forma que o dano no direito civil, o dano no direito ambiental está ligado à figura do interesse. O dano é toda ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. “O interesse, nesta concepção, representa a posição de uma pessoa, grupo ou coletividade em relação ao bem suscetível de satisfazer-lhe uma necessidade.”¹⁷⁹

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Portanto, consoante referido posicionamento, vale dizer que o poluidor auferindo lucros desta atividade que provavelmente gerou os danos ambientais, deve, da mesma forma, suportar os riscos de danos a terceiros independentemente de culpa. O artigo 931 do NCC, a despeito de parecer tratar de relações de consumo, é o retrato do que se vem tentando demonstrar no caso deste estudo, ou seja, o acolhimento em nosso direito da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco. Diz o dispositivo em enfoque: “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” Para efeitos de esclarecimento dos fundamentos da teoria da responsabilidade objetiva, deve-se citar o ensinamento de SÍLVIO RODRIGUES: “Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente”. Insta salientar, que o Requerido cometendo o ato ilícito descrito tem o dever de indenizar nas formas prescritas em lei, como bem afirma o artigo 927 do Código Civil supracitado.

¹⁷⁸ PRIEUR apud LEITE, 2003, p. 99.

¹⁷⁹ LEITE, op. cit., p. 93.

Em consonância com esse entendimento, o meio ambiente afigura-se como bem autônomo sobre o qual incide o interesse coletivo, sendo integrado por vários elementos, não apenas os recursos naturais, como também aqueles produzidos pelo intelecto e pela criatividade humanos. Sobre este aspecto, lembra-se do aviso veiculado por Leite: “Pontue-se que o âmbito do dano ambiental está, logicamente, circunscrito e determinado pelo significado que se outorgue ao meio ambiente.”¹⁸⁰

A Lei 6.931/81 – Política Nacional de Meio Ambiente – define meio ambiente em seu artigo 3. da seguinte maneira, insta frisar:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - 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;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem A SAÚDE, A SEGURANÇA E O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO;

b) CRIEM CONDIÇÕES ADVERSAS ÀS ATIVIDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS (...)

Há que se compreender que o dano ambiental é uma lesão ao interesse da coletividade em sentido amplo, ou de seus integrantes, individualmente considerados, em sentido estrito. Tal dano pode ser sentido por meio da alteração das características naturais do meio ambiente ou, ainda, das condições que se apresentam à sociedade que o habita¹⁸¹. Por conseguinte, o dano ambiental pode demonstrar uma face objetiva quando incidir diretamente sobre as condições de vida das pessoas, como pode, também, demonstrar um caráter subjetivo¹⁸² quando atingir indiretamente o sujeito cognoscente (nesse sentido o dano afeta a psiquê do sujeito, sua moral).

Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda

¹⁸⁰ LEITE, 2003, p. 94.

¹⁸¹ VENOSA, 2005, p. 205 passim.

¹⁸² Não se quer, aqui, tratar do direito subjetivo, mas sim sobre aquilo que é relativo ao sujeito, trata-se daquilo passado unicamente no íntimo de uma pessoa.

conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses.¹⁸³

Jorge Bustamante Alsina entende que o dano ambiental não recai apenas sobre o patrimônio ambiental, mas também diz respeito ao dano que atinge os interesses de um indivíduo, que ataca um direito subjetivo e confere ao lesado a oportunidade de ser reparado, seja pelo prejuízo patrimonial seja pelo extrapatrimonial.¹⁸⁴

Leite classifica o dano ambiental quanto a sua amplitude, sua reparabilidade e interesses jurídicos envolvidos e quanto a sua extensão e ao interesse objetivado. Classificação que passar-se-á, neste momento, a adotar.

Sobre a amplitude do bem protegido, Leite estabelece o seguinte conceito:

- 1- Dano ecológico puro. Sob esta ótica, o dano diz respeito apenas à lesão que incide sobre os bens relacionados ao patrimônio natural do ecossistema, excluindo, portanto, o que diz respeito à cultura e às construções do ser humano. Trata-se daquele dano que atinge o que se chama de recursos naturais, ou seja, bens próprios da natureza.
- 2- Dano ambiental *lato sensu*. Ao contrário da classificação acima exposta, o dano ambiental em sentido amplo abrange também aquele referente ao patrimônio cultural e artificial.
- 3- Dano individual ambiental ou reflexo. Este dano diz respeito à esfera do sujeito que é atingida de forma reflexa por um dano ao patrimônio ambiental, coletivo por excelência. Com a incidência desse dano, o indivíduo vê seu patrimônio ou suas condições de saúde e fruição do meio ambiente reduzidos em virtude de um dano ao meio em que habita, ou do qual tira, de alguma forma, proveito.

Quando se trata da reparabilidade e do interesse jurídico envolvido, é possível fazer a seguinte distinção:

¹⁸³ LEITE, 2003, p. 94.

¹⁸⁴ ALSINA apud LEITE, op. cit., p. 95.

- 1- Dano ambiental de reparabilidade direta. Esta classificação quer significar o dano atinente ao interesse individual e individual homogêneo reflexo ao bem ambiental¹⁸⁵, ou seja, aquele atinente ao microcosmo do lesado e suas relações. Tal classificação costuma ser realizada a partir da idéia de microbem, a qual, pretende-se deixar claro, refuta-se. A acepção de bem leva à noção de “propriedade de...”; neste sentido tem-se tentado demonstrar que o meio ambiente não é fruível por uma única pessoa; no entanto, segundo os interesses da coletividade (mesmo a exploração do bem ambiental por um único sujeito, seja uma pessoa ou uma empresa, deve contar com uma finalidade social, que seja coletivamente aceita). Nesse aspecto, quando se trata de bem ambiental, deve-se sempre se referir à macrobem, posto que pertencente à coletividade (que, vez por outra, é cedido a alguém com objetivos, como já destacado, socialmente aceitos). Ainda que o dano abarque apenas os interesses de um único sujeito, é a coletividade, como um todo, que se atinge e é a seus interesses que se protege (embora o sujeito esteja de posse de um determinado bem ambiental, esta posse não será perene, estará destinada às futuras gerações). Enfim, o que se quer evidenciar é que o dano influi sobre um microcosmo, ou seja, atinge a pequena parcela do ambiente que, naquele momento específico, diz respeito aos interesses de um único sujeito que busca sua reparação. Nesse pensamento, mesmo Leite parece oscilar, segundo o autor: “O dano ambiental foge da visão clássica, considerando tratar-se de um bem comum do povo, incorpóreo, imaterial, indivisível e insusceptível de apropriação exclusiva.” (grifo nosso).

- 2- Dano ambiental de reparabilidade indireta. Neste caso específico, a reparabilidade é realizada em prol de interesses difusos, coletivos ou individuais de dimensão coletiva. Quando se fala de interesses difusos,

¹⁸⁵ Cabe destacar que, embora o dano ambiental possa refletir-se no microcosmo do indivíduo lesado, em geral ele afeta a toda a coletividade. Neste caso, o interesse do sujeito poderá ser reparado mediante ação de indenização por ele proposta e mediante ação coletiva que seja proposta contra o responsável pela lesão e/ou contra o Estado, a fim de garantir a adequada tutela do meio ambiente.

significa um interesse disperso pela coletividade, pois diz respeito às pretensões de toda a sociedade. Conforme acentua Leite, o meio “(...) é reparado indiretamente no que concerne à sua capacidade funcional ecológica e à capacidade de aproveitamento humano e não, por exemplo, considerando a deterioração de interesses dos proprietários do bem ambiental.”¹⁸⁶

O dano ambiental no que *tange à sua extensão* pode ser assim colocado:

- 1- Dano patrimonial ambiental, relativamente à restituição, recuperação, ou indenização do bem ambiental lesado. Trata-se do dano efetivado no campo material, perceptível, o dano pode se referir ao macrobem ambiental, ou seja, a toda a coletividade ou influir em um microcosmo, ou seja, lesar diretamente apenas o indivíduo. Novamente salienta-se que o dano ao macrobem ambiental influi sobre os particulares, possibilitando a estes exigir, também, reparação individual. Entretanto, a extensão do dano é tamanha que afeta a toda sociedade, enquanto o dano relativo ao microcosmo afeta apenas, de forma imediata, um ou poucos sujeitos.

- 2- Dano extrapatrimonial ou moral ambiental. Diz respeito a um prejuízo não-patrimonial que acarreta uma lesão ao sujeito e/ou à sociedade em virtude do dano ao meio ambiente. Trata-se, muitas vezes, de uma lesão não sensível a terceiros mas experimentada no íntimo do sujeito; vale dizer, o dano extrapatrimonial refere-se a uma lesão de interesses de ordem íntima, pessoal e espiritual. No campo do direito ambiental, o dano moral pode caracterizar-se pela perda de um meio ambiente hígido, ainda que possa não representar riscos à saúde, poderá significar a perda da chance de lazer ou apreciação e turismo, por exemplo.

¹⁸⁶ LEITE, 2003, p. 96 et. seq.

Por tudo que se levantou, ficou nítida a noção de que o dano ambiental não preenche os requisitos tradicionais previstos pelo direito civil clássico. Este estabelece que a indenização se aplicar-se-á apenas àquele que postulou em juízo, contudo quando se trata do ressarcimento por lesão ao bem ambiental pretende-se mostrar que se trata de um bem coletivo, incorpóreo, autônomo, que, por muitas vezes, não pode se limitar aos interesses individuais. Apesar de a lesão ao bem coletivo não excluir o direito à indenização individual.¹⁸⁷

Venosa destaca, ainda, que o dano ao ambiente relaciona-se com o abuso de direito, ou seja, a lesão ocorre quando um indivíduo ou um grupo extrapola seu direito de usar do bem coletivo. “Em princípio, toda atitude individual que cause dano efetivo ou potencial à coletividade deve ser reprimido.”¹⁸⁸ No mesmo sentido, Fabio Dutra Lucareli, citado por Venosa: “(...) a anormalidade se verifica quando há uma modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou totalmente, sua propriedade de uso. Esta anormalidade está intimamente ligada à gravidade do dano, ou seja, uma decorre da outra, já que o prejuízo verificado deve ser grave e, por ser grave, é anormal.”¹⁸⁹

Continuando nesta linha, deve-se salientar que a responsabilidade pelo dano ambiental difere da responsabilidade pelo dano comum. Esta costuma ser vinculada ao ato que efetivamente promoveu o dano, sendo necessária a verificação deste; em contrapartida aquela ocorre apenas pela mera ameaça do dano, que, ao ser verificado, deverá ensejar a coibição.

Concluí-se daí, que a responsabilidade pelo dano ambiental diminui, ou até extingue, a necessidade de comprovação do nexo causal. É o que visa demonstrar Lucarelli, citado por Venosa:

Em se tratando de prejuízo causado à natureza, há uma minoração acentuada dessa noção, sendo imperioso apenas que haja uma potencialidade de dar causa ao prejuízo na atividade do agente que se pretende responsabilizar, estabelecendo-se, então uma presunção, que se deve, sobretudo, à inspiração romana de equidade, pela qual aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes, evitando-se a chamada socialização do prejuízo.¹⁹⁰

¹⁸⁷ LEITE, 2003, p. 93 passim.

¹⁸⁸ VENOSA, 2005, p. 205.

¹⁸⁹ Ibid., p. 206.

¹⁹⁰ Ibid., p. 207.

Trata-se, quanto à socialização do prejuízo e à vontade de evitá-lo, de um conhecido princípio do direito ambiental chamado de poluidor-pagador. Resumidamente, este princípio determina que aqueles que tiram, de alguma forma, proveito do meio ambiente e de seus recursos deverão dividir todos os custos que visem minorar ou extinguir a ameaça do dano. O poluidor deverá pagar não só pelos danos que venha a causar, como também por qualquer ação que vise restituir o ambiente lesado a seu status anterior. “O objetivo não mais é obter uma indenização proveniente de patrimônio de uma pessoa em favor de outra, mas preservar a natureza.”¹⁹¹

Destaca-se, portanto, mais uma vez a figura dos direitos difusos; não se trata mais de um interesse individual, atinente apenas ao sujeito, mas sim, da sobrevivência da humanidade. Os danos causados ao meio ambiente não afetam apenas a umas poucas pessoas mas a toda a sociedade, e mesmo, ao mundo.

9.4.

O alcance do dano ambiental

O próprio art. 14 da lei supracitada prevê as duas espécies de danos ambientais, os coletivos e individuais quando afirma: “*danos causados ao meio ambiente e a terceiros*”, que também estão previstas na nova Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, ao assinalar que os responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros responderão de maneira solidária por sua indenização ou reparação integral.

O autor José Rubens Morato Leite afirma que o dano ambiental tem uma conceituação ambivalente, por demonstrar que a lesão recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, e também por se referir ao dano por meio do meio ambiente, o chamado dano ricochete, que se percebe no âmbito dos interesses pessoais, legitimando os lesados a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial sofrido.¹⁹²

Segundo o mesmo autor, o dano ambiental pode ser entendido “(...) *como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao*

¹⁹¹ VENOSA, 2005, p. 208.

¹⁹² LEITE, 2003. Assunto que se abordará com maior ênfase em capítulo vindouro.

meio ambiente, diretamente como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.”¹⁹³

Desta forma, embora o dano ambiental sempre recaia sobre o meio ambiente e os recursos e elementos que o compõe, o autor Edis Milaré¹⁹⁴ destaca que o prejuízo da coletividade, pode em certos casos, atingir material ou moralmente, sobre o patrimônio e sobre os interesses individuais ou a saúde de um determinado indivíduo ou de um grupo de pessoas determinadas.

Edis Milaré então distingue as espécies de dano ambiental da seguinte forma: “(i) o dano ambiental coletivo ou o dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo; e (ii) o dano ambiental individual, que atinge pessoas, individualmente consideradas, através de sua integridade moral e/ou de seu patrimônio material particular.”¹⁹⁵

Dentro desta classificação o Doutrinador supracitado destaca: “Aquele quando cobrado, tem eventual indenização destinada a um Fundo, cujos recursos serão alocados a reconstituição dos bens lesados. Este diversamente, dá ensejo à indenização dirigida à recomposição do prejuízo individual sofridos pelas vítimas.”¹⁹⁶

Assim, o dano ambiental coletivo afeta interesses coletivos e difusos, conforme previsão lei 8.078/90 em seu art. 81, que afirma que os interesses ou direitos difusos são: “(...) os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”. Para os interesses ou direitos coletivos o art. prevê: “(...) os transindividuais de natureza indivisível que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.¹⁹⁷

Torna-se importantíssimo a este ponto diferenciar estas categorias, mesmo porque se verá também, que existe o dano moral coletivo e individual, mas que partem das mesmas idéias e pressupostos.

¹⁹³ LEITE, 2003.

¹⁹⁴ MILARÉ, 2005.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Lei 8.078/90, Art. 81, parágrafo único, I e II.

10

Dano ambiental individual

Como se viu em capítulo anterior, o dano ambiental pode ser abordado sob dois aspectos. O primeiro diz respeito ao aspecto coletivo do dano, ou seja, é abordado tendo em vista o interesse da coletividade e a forma como este interesse, quando lesado, pode ser recomposto ou indenizado; o segundo aspecto, ao dano ambiental em um microcosmo, particularmente àquele atinente ao indivíduo. Quando se trata deste segundo viés do dano ambiental, pretende-se referir-se a lesão que atinge a esfera do particular, causando-lhe uma variada gama de danos, dentre os quais destacam-se os prejuízos econômicos e extrapatrimoniais (atinentes à esfera da personalidade e da dignidade da pessoa do indivíduo).

Muitas vezes a demanda proposta pelo interessado na reparação do dano ambiental individual não diz respeito ao interesse coletivo à higidez do meio ambiente, e sim ao interesse particular que se restringe ao dano que o interessado suporta diretamente. Entretanto, há que se notar que o resultado obtido pelo sucesso na demanda individual reflete, mediamente na preservação do meio ambiente e, portanto, preserva os interesses da coletividade.¹⁹⁸

Exemplos deste tipo de lesão ambiental são ressaltados por Mirra: 1. os materiais, tais como os atinentes à destruição ou às alterações de bens ou pela imposição de caráter econômico de qualquer forma aos lesados; 2. os morais, configurados pela perda de um animal ou qualquer bem que tenha valor afetivo para o seu proprietário; 3. os corporais, consistentes na agressão física ou à saúde das vítimas, sendo que estas comportam as despesas médicas e os prejuízos pela incapacidade laboral, além da compensação econômica, pelo sofrimento, através de danos extrapatrimoniais ou morais. Inclua-se, ainda, os riscos potenciais e acumulados lançados ao meio ambiente, que venham a provocar danos ou ameaças a direitos de terceiros.¹⁹⁹

¹⁹⁸ LEITE, 2003, p. 138 et. seq.

¹⁹⁹ LEITE (op. cit., p. 139) inspirado por Mirra.

Destaca-se, neste viés, que as ações que tenham por objetivo a reparação ou a proteção de interesses individuais permeados pelo interesse ambiental receberão a influência do sistema processual destinado à tutela dos interesses coletivos. Haja vista, por exemplo, a possibilidade de fundamentação do pedido na responsabilidade objetiva, conforme art. 14, § 1º, da Lei 6.938, de 1981 e do art. 927, parágrafo único, do Novo Código Civil.

Além disso, pode o indivíduo basear suas pretensões no Código de Defesa do Consumidor²⁰⁰, não apenas porque as tutelas jurisdicionais coletivas permitem o transporte *in utilibus*²⁰¹ da sentença para as ações individuais com base no citado código, mas também porque indiscutivelmente, como exaustivamente demonstrado, as relações de consumo são as principais responsáveis pela atividade industrial que, por sua vez, é a grande fonte dos danos ambientais.

Não é de se espantar que o uso indevido da tecnologia e dos processos industriais provoque danos ao meio ambiente, e que estes danos, por extensão, atinjam a esfera do indivíduo. Por esse motivo, na “Declaração do Rio (Eco 1992, Sessão I, Capítulo IV), foi inserido: ‘Os padrões de consumo são a principal causa da deterioração ambiental’.”²⁰²

Embora fique claro que o dano ambiental é, geralmente, advindo indiretamente das relações de consumo, e que esta fonte danosa poderá possibilitar a aplicação, em tese, do CDC, cabe questionar quem serão os sujeitos aptos a buscar a tutela jurisdicional individual ambiental. Como o dano ambiental afeta a coletividade, portanto, obviamente, esta coletividade será parte legítima para propor ação por meio de seus órgãos representativos e do Ministério Público. Cabe esclarecer, porém, que o indivíduo é a unidade desta coletividade que pode ser atingida pelo dano de forma mais intensa do que outras unidades da coletividade.

O que se quer esclarecer é que apenas uma parcela da coletividade, no mais das vezes, suporta diretamente o dano ambiental, que influi sobre seu patrimônio, sua saúde e sua dignidade. Justamente por isso, faz-se extremamente desejável que o indivíduo busque uma reparação direta da lesão que sofrera. É

²⁰⁰ Art. 6, inciso VI, que dispõe: “São direitos básicos do consumidor: [...] VI – A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

²⁰¹ RODRIGUEIRO, 2004, p. 79

²⁰² LEITE (2003, p. 140) inspirado por Mirra.

justamente no âmbito do particular que o dano ambiental é sentido de forma mais intensa, mostrando sua face mais preocupante.

A vantagem observada na prática, quando a tutela ambiental é buscada pelo indivíduo, reside na efetividade que a ação movida pelo particular tende, em função do interesse, a demonstrar. A diferenciação da efetividade que se faz entre a ação coletiva e a individual reside em dois tópicos básicos: 1. a densidade do interesse e 2. a objetividade da demanda.

1. A densidade do interesse reside na vontade dirigida pelos sujeitos da ação com vistas ao seu deslinde. Quando se fala de um interesse coletivo destinado à tutela do bem ambiental, refere-se a um interesse difuso, que, por isso mesmo, acaba por ter sua “vontade” pulverizada entre os integrantes “virtuais” da ação. Neste sentido, a ação coletiva não gera nas unidades da coletividade um sentimento direto pelo sucesso da demanda e, como é comum neste tipo de ação, o responsável pelo andamento da demanda não é, muitas vezes, interessado direto no fim satisfatório da ação. Por outro lado, as ações individuais tendem a ter um interesse originado das necessidades do indivíduo que, justamente por isso, destina uma maior energia em prol da demanda, representando um interesse mais denso posto que pontualmente dirigido.
2. A objetividade da demanda decorre justamente da densidade do interesse, pois este provoca uma maior clareza de objetivos na consecução da ação. Ou seja, mesmo que a demanda coletiva tenha por pressuposto fundamental a proteção e a eventual reparação do meio ambiente, seus objetivos não são claros quando se trata da reparação que deverá se destinar às unidades da coletividade, ficando, por este motivo, o interesse do indivíduo muitas vezes insatisfeito. Por outro lado, quando se trata da tutela individual do meio ambiente, ficam claros os objetivos dos elementos da sociedade, que, apesar de também desejarem a preservação do meio ambiente em que vivem, não podem, quando da constatação do dano a este meio, se limitar a repará-lo pois o dano que sofreram não se restringe apenas à impossibilidade de

usufruir do meio lesado. Pelo contrário, o dano causado ao indivíduo afeta bens que são diretamente observados por ele, como os bens patrimoniais, extrapatrimoniais e as vantagens deles advindas. Dessa forma, o indivíduo não só deixa de usufruir do ambiente, mas também terá sua atividade profissional interrompida, sua saúde afetada, sua comunidade destruída. Estes bens, por essenciais que são, não podem depender da efetividade desconexa de sua realidade por vezes observada nas demandas coletivas, motivo que os impele a buscar sua reparação de forma particular.

Quanto à desconexão do dano ambiental e à reparação possivelmente oriunda de ações coletivas, crucial se faz analisar a destinação de indenizações possivelmente obtidas por meio de ações coletivas, ou seja, sobre os fundos ambientais onde tais valores pecuniários acabam sendo encaminhados.

No âmbito federal existem dois “fundos ambientais”:

1 – O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD);

2 – O Fundo Nacional de Meio Ambiente (FNMA);

Ambos são ineficazes, possuem falta de publicidade e transparência, bem como enorme distância dos verdadeiros prejudicados por danos ambientais.

Neste sentido veja-se a conclusão de Lílian Barreto e Luciane Karlinski²⁰³:

Conclui-se que o FDD não está cumprindo a missão que lhe foi conferida pela Lei da Ação Civil Pública, em suma, reparar os danos causados aos direitos difusos. O Fundo, na realidade tem se limitado a reparar os danos causados aos direitos difusos. O Fundo, na realidade, tem se limitado a aprovar e coordenar projetos, mormente relacionados à área econômica.

Entende-se que o ideal seria que os recursos arrecadados pelo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos fossem aplicados nas localidades onde ocorreram os danos, pois, mesmo que não fosse possível empregar a verba na recomposição do dano causado, ela seria utilizada em prol das pessoas que foram, sem sombra de dúvida, as mais lesadas.

... (omissis)

Por fim, vale registrar que o atuar dos “fundos ambientais” ainda está muito aquém do papel que lhes foi conferido pela legislação, até mesmo porque são

²⁰³ BARRETO; KARLINSKI, p. 272.

desconhecidos da maior parte daqueles que a eles poderiam recorrer em busca de apoio a seus projetos.

As duas autoras supra, ainda trazem à tona o posicionamento de Rubens Morato Leite²⁰⁴, segundo o qual, a ineficácia dos “fundos” decorre de alguns fatores:

- a) a falta de efetividade da ação civil pública de cunho indenizatório;
- b) dificuldade de mensurar os efetivos prejuízos causados aos direitos metaindividuais;
- c) a aplicação dos recursos em local diverso daquele onde ocorreu o dano indenizado

Não se quer com esta explanação prejudicar a imagem das ações coletivas, principalmente porque se entende a sua importância face aos novos direitos. Entretanto, como evidenciou-se neste estudo, a propositura de ação coletiva não prejudica a propositura de ação individual, sendo que a efetividade que se observa em cada uma dessas modalidades mostra-se mutuamente complemento. Portanto, o entendimento caminha para a configuração de uma tutela unificada que depende dessa comunhão de ações para a sua completa efetividade, fim último do direito.

10.1.

Reparação do dano individual ambiental

A reparação do dano individual depende, mormente, de sua natureza, se material ou extrapatrimonial, e de sua avaliação consoante critérios técnicos, jurídicos ou éticos. Em primeiro lugar deve-se abordar a natureza do dano:

1. O dano material individual ambiental diz respeito ao dano inerente ao patrimônio sensível do sujeito lesado, refere-se a seus bens econômicos, sua fonte de renda e seus subsídios materiais. Quando se referi a esta

²⁰⁴ LEITE; DANTAS, in BARRETO; KARLINSKI, p. 272.

modalidade de dano está-se tratando de um dano ambiental que ocasiona uma perda material ao sujeito. O indivíduo que tenha seu trabalho obstado por uma catástrofe ambiental poderá propor face aos responsáveis e ao poder público ação de indenização fundamentada no dano que originou sua perda e malogrou seus bens futuros; como exemplo pode-se citar comunidade extrativista, fundada na extração da resina produzida por seringueira, que venha a ter sua atividade interrompida pela ação de atividade madeireira exploratória que remova o substrato vegetal que possibilita a superveniência da atividade comercial da citada comunidade. Neste caso, poderá o integrante desta comunidade, a título individual, buscar a reparação do dano que sofrera.²⁰⁵

2. O dano extrapatrimonial ambiental, sobre o qual não se falará demoradamente, posto que será avaliado em momento propício, diz respeito àquele dano causado na esfera não economicamente mensurável do sujeito. Este tipo de dano está intrinsecamente conexo, mas não limitado, ao conceito de personalidade e, por extensão, ao conceito de dano moral. O sujeito afetado em sua esfera extrapatrimonial é parte legítima para buscar sua compensação, geralmente de forma pecuniária²⁰⁶. Visto que difícil é sua reparação ao *status quo ante*. Assim, há que se entender que o dano ambiental atinge a esfera extrapatrimonial do sujeito quando o impede de manter uma atividade laboriosa e, por extensão, atinge sua dignidade e influencia diretamente seu padrão de vida. Mais grave ainda é o caso em que o sujeito é afetado em sua saúde ou em sua qualidade de vida (tratando-se da higidez ambiental).

A reparação do dano ambiental, por sua vez, depende diretamente de sua natureza:

²⁰⁵ Cf. p. 103 desta dissertação.

²⁰⁶ Ao contrário do que possa parecer não é contraditória a adoção da compensação in pecúnia pela lesão a bem não economicamente mensurável, como bem destaca SZANIAWSKI (1993, p. 59 et. seq.).

1. A reparação advinda do dano material individual ambiental é a mais facilmente mensurável, uma vez que depende, geralmente, apenas de uma avaliação técnica para ser quantificada. Importa lembrar, no entanto, que esta reparação não se limita ao que o indivíduo perdeu, mas também ao que deixou de ganhar²⁰⁷.

2. A reparação advinda do dano extrapatrimonial ambiental, contudo, não se mostra tão facilmente realizável, já que depende de critérios subjetivos para sua quantificação. Este dano é, por excelência, mais efetivamente reparado quando observado de forma individual. “Embora possam ser estabelecidos padrões ou faixas indenizatórias para algumas classes de danos, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvidos (...)”.²⁰⁸

10.2.

Dano moral ambiental ou dano extrapatrimonial ambiental

10.2.1.

Dano Moral

O dano moral é aquele que se faz sentir na subjetividade que permeia as pessoas físicas ou jurídicas; trata-se de um dano sofrido na esfera imaterial dos bens possuídos pelos sujeitos de direito. A principal indagação que se faz sentir nesta definição encontra-se no entendimento que se possa ter acerca do significado de bem imaterial e da possibilidade de sua posse por pessoas físicas e jurídicas.

A definição de bem imaterial encontra-se vinculada à noção de subjetividade, o bem imaterial é aquele vinculado aos sentimentos e às relações intersubjetivas dos sujeitos de direito. Desta forma, são bens imateriais à dignidade da pessoa humana; o direito ao bom nome; o direito da pessoa sobre o próprio corpo; o direito sobre as marcas; o direito a um meio ambiente equilibrado

²⁰⁷ VENOSA, 2005, p. 270 et. seq.

²⁰⁸ Ibid., p. 287.

que possibilite uma vivência digna e o aproveitamento das benesses que somente a higidez ambiental pode oferecer; etc.

No que tange à pessoa física, os bens imateriais por excelência são aqueles ligados aos direitos de personalidade²⁰⁹, dentre os quais figura a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde e à qualidade de vida.

O Direito Constitucional possui em seu conteúdo direitos fundamentais que se constituem em um direito objetivo, atual e válido para a tutela da personalidade, servindo para fundamentar os princípios jurídicos do próprio Estado como os princípios do estado social. Nesse sentido, o Tribunal Federal, em comunhão com a avançada doutrina, declarou ser a dignidade do homem e o livre desdobramento de sua personalidade um direito fundamental, ou um direito ‘mãe’, uma fonte do direito, da qual emanam outros.²¹⁰

Deve-se frisar que o chamado dano moral tende a se limitar a um subjetivismo, sendo, por isso mesmo, restrito. Por isso a doutrina começa a abandonar o termo “dano moral” por entender que seu alcance é por demais limitado, motivo pelo qual se tende à substituição do mesmo pela nomenclatura de “dano extrapatrimonial”, que diria respeito não apenas ao subjetivo, mas a toda lesão carente de uma percepção econômica.²¹¹

O dano extrapatrimonial dirigido ao indivíduo alcança seus sentimentos, suas vontades e seus pensamentos, tratando-se de uma grave lesão à personalidade humana que, justamente por incidir sobre bem tão precioso, não pode restar impune. O dano moral provoca “(...) constrangimento e sofrimentos à vítima, dificilmente avaliáveis em dinheiro”.²¹²

Por sua vez, o dano extrapatrimonial que abarca a pessoa jurídica²¹³ refere-se, muito mais, a um dano subjetivo do que, propriamente, a um dano objetivo. O

²⁰⁹ Segundo Orlando Gomes: “(...) em Direito, toda a utilidade material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como objeto de relação jurídica, porque sua noção é histórica, e não naturalística. Nada impede, em conseqüência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial.” (1996, p. 151)

²¹⁰ SZANIAWSKI, 1993, p. 61.

²¹¹ LEITE, 2003, p. 266.

²¹² A reparação financeira destinada à satisfação da lesão causada pelo dano moral destina-se muito mais a uma forma de apaziguar o sofrimento causado à vítima do que propriamente de uma forma de compensação. Não se poderia, obviamente, pensar que este dano deveria restar sem satisfação em virtude da dificuldade de sua quantificação e, de outra forma, seria mesmo difícil imaginar a possibilidade de se reverter a situação danosa ao status quo ante. SZANIAWSKI, op. cit., p. 59.

²¹³ O dano moral tende a evoluir “(...) de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas jurídicas ou coletivas (...)” (CAHALI, 1998, p. 351 et. seq.)

bem intangível da pessoa jurídica encontra-se na fama e no respeito vinculados à sua marca, bem como à capacidade que esta empresa tenha de continuar e expandir seus negócios.

Entende-se que o dano à marca de uma empresa, injustamente causado, por exemplo, acarretaria o dever de indenizar ao responsável pela lesão; neste caso o dano não incide propriamente sobre a empresa mas, muito mais, sobre o bom nome desta junto a seus consumidores. Outra possibilidade que se poderia aventar como exemplo de dano moral face à pessoa jurídica, seria aquele que impedisse a dita empresa de continuar com suas atividades comerciais, ou reduzisse sua capacidade de comerciar, fato que poderia ocorrer por dano reflexo, ou seja, dano sentido no plano material que não afeta diretamente a empresa, mas faz reduzir sua capacidade de comerciar de forma reflexa.

“Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.”²¹⁴

O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direto à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo, etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.²¹⁵

Por esta exposição de Venosa, fica clara a noção que se ambiciona reforçar; a de que o dano moral deve ser ressarcido e que a forma econômica mostra-se a mais indicada, ainda que imperfeita. Neste particular, deve-se ressaltar que o dano moral deve, sempre que possível, ser prevenido, posto que irreparável, em sua plenitude.

10.2.2.

O dano moral ambiental: Aspectos gerais

²¹⁴ VENOSA, 2005, p. 47.

²¹⁵ Ibid., p. 47.

O meio ambiente previsto no caput do artigo 225 da CF/88 não é só natural (ECOLÓGICO). Há o dano ambiental *lato sensu*, que inclui o social, cultural, humano e econômico, tanto da população como do indivíduo (pessoa física ou jurídica); dano aos Municípios; aos Estados e Países, dano que emerge da própria depreciação de condição de vida diante do impacto à natureza e meio ambiente que circunda a vida das pessoas envolvidas.

Para se vislumbrar a amplitude do dano causado, precisa-se primeiramente relembrar a definição de meio ambiente.

A Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, consagrada pelo artigo 2º da Lei 6.938/81 - a mesma que em seu artigo 14 consagrou a responsabilidade objetiva no dano ambiental - salienta que: “Art. 2º - Política nacional do meio ambiente, tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar ao País, condições de desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...).”

Apesar de já transcrito anteriormente, é relevante transcrever-se novamente, com nítido caráter pedagógico, o conceito legal de meio ambiente em nosso país, a fim de demonstrar a amplitude e a universalidade, sem falar no aspecto sistêmico inerente ao meio ambiente e conseqüentemente aos danos ambientais. Sobre isso, veja o teor do artigo 3 da supra referida lei da Política Nacional de Meio Ambiente:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - 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;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem A SAÚDE, A SEGURANÇA E O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO;

B) CRIEM CONDIÇÕES ADVERSAS ÀS ATIVIDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS (...).

Verifica-se ainda que a PNMA tem uma grande abrangência, alcançando aspectos econômicos e sociais ligados aos direitos individuais e personalíssimos (dignidade e vida humana), e até mesmo políticos (segurança nacional). Isso

demonstra quão avançada é a legislação pátria, coerente com o real e hodierno conceito de meio ambiente.

O meio ambiente é tudo que envolve o ser humano, é o seu habitat. O ser humano é parte do meio ambiente. Portanto, no meio ambiente estão englobados, conforme bem definido pela PNMA (Lei 6.938/81), não só a natureza, mas também o homem, a dignidade, a cultura, a economia, etc.

A economia e o meio ambiente estão diretamente ligados. Havendo uma alteração radical nos bens naturais utilizados no processo produtivo, haverá inevitável reflexo econômico, com o aumento de preços de certos produtos, inflação, diminuição de oferta de matérias-primas, eventual recessão. Nesse particular, leia-se a doutrina:

No momento em que se procura normatizar a utilização do meio ambiente, trabalha-se com dois aspectos de sua realidade. O primeiro considera o meio ambiente enquanto elemento do sistema econômico, e o segundo considera o meio ambiente como sítio, um local a ser apropriado para o lazer ou para as externalidades da produção, tornando-se depósito dos subprodutos indesejáveis desta produção. Procura-se normatizar uma economia (poupança) do uso de um bem, e determinar artificialmente um valor para a conservação de recursos naturais. Estes são os meios encontrados para “integrar os recursos naturais ao mercado.”²¹⁶

Por conseqüência, um dano ambiental causa prejuízo ao meio onde vive o homem, ao seu habitat, ao sistema em que o homem exerce suas relações intersubjetivas e pessoais, gerando reflexos em seus costumes, sua cultura, sua economia, seu patrimônio, seu modo de viver, sua subsistência, sua renda, sua dignidade, sua moral. Nesse sentido, traz-se à baila, as palavras de BRANCA MARTINS DA CRUZ:²¹⁷

Uma mesma ação sobre o ambiente pode ser causadora de diferentes danos, pessoais como patrimoniais ou ainda ecológicos. A poluição de um rio pode causar danos na saúde dos banhistas desprevenidos, das pessoas que bebam a água contaminada ou daquelas que consumam o peixe aí pescado ou os produtos agrícolas cultivados nas suas margens; pode provocar danos patrimoniais aos proprietários e aos agricultores ribeirinhos, aos pescadores cuja subsistência dependa do rio inquinado ou aos operadores turísticos da região; como causará igualmente danos ecológicos traduzidos na destruição da fauna e da flora do rio, assim como a perda da qualidade da água, necessária ao normal equilíbrio ecológico do ecossistema danificado.

²¹⁶ DERANI, 1997, p. 106.

²¹⁷ CRUZ, 1997, p. 7.

O dano ambiental quebra o sistema e a cadeia da vida, a cadeia produtiva. É espécie mais devastadora de dano, uma vez que compromete todo o sistema, de microorganismos ao próprio homem.

O dano moral também é patente e vem na mesma esteira do dano patrimonial, ambos oriundos do dano ambiental. Veja-se YUSSEF SAID CAHALI²¹⁸: “Segundo entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido.”

Nesse prisma, o dano ambiental moral coletivo (dano moral de natureza ambiental) já está bastante consolidado em nossa doutrina, senão veja-se: *“podemos, pois, concluir que o dano ambiental é toda e qualquer forma de degradação, que afete o equilíbrio do meio ambiente, tanto físico quanto estético, inclusive a ponto de causar independentemente de qualquer padrão pré-estabelecido, mau estar á comunidade.”*²¹⁹

*“Em resumo, sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental.”*²²⁰

*“O dano moral ambiental vai aparecer quando, além (ou independentemente) dessa repercussão física no patrimônio ambiental, houver ofensa ao sentimento difuso ou coletivo. Ou seja, quando a ofensa ambiental constituir dor, sofrimento, ou desgosto de uma comunidade.”*²²¹

Deve-se ressaltar ainda que o hodierno conceito de dano moral ambiental coletivo é respaldado pelo artigo 1º da Lei 7.347/85, o qual dispõe que são regidas por esta lei: *“(...) as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”* (grifo nosso)

Todas as pessoas que presenciam ou são afetadas pelo dano são ofendidas e violadas em direitos e garantias que também são suas (art. 225 CF/88); que se

²¹⁸ CAHALI, 1998, p. 19.

²¹⁹ LYRA, 1997, p. 53.

²²⁰ PACCAGNELLA, 1997, p. 45.

²²¹ Ibid., p. 46.

dirá do sentimento que tomou conta daqueles que vivem naquele ambiente, daqueles que cresceram naquele meio, subsistindo desse ambiente ímpar e especial, seja ecológico ou cultural.

A jurisprudência pátria já tem começado a analisar esta questão complexa da indenização moral do meio ambiente, especialmente quando discutida de forma coletiva. Nesse sentido, segundo Vladimir Passos de Freitas, o primeiro acórdão tratando do assunto, assim analisou a questão:

Poluição Ambiental. Ação Civil Pública formulada pelo Município do Rio de Janeiro. Poluição consistente em supressão da vegetação do imóvel sem a devida autorização municipal. Cortes de árvores e início de construção não licenciada, ensejando multas e interdição do local. Dano à coletividade com destruição do ecossistema, trazendo conseqüências nocivas ao meio ambiente, com infringência às leis ambientais...(omissis). Condenação à reparação de danos materiais consistentes no plantio de 2.800 árvores, e ao desfazimento das obras. Reforma da sentença para inclusão do dano moral perpetrado a coletividade. Quantificação do dano moral ambiental razoável e proporcional ao prejuízo coletivo. A impossibilidade de reposição do ambiente ao estado anterior justificam a condenação em dano moral pela degradação ambiental prejudicial à coletividade. Provisamento do recurso.

... (omissis)

Outra é o dano moral consistente na perda de valores ambientais pela coletividade.

O dano moral ambiental tem por característica a impossibilidade de mensurar e a impossibilidade de restituição do bem ao estado anterior.

Na hipótese, é possível estimar a indenização, pois a reposição das condições ambientais anteriores, ainda que determinado o plantio das árvores, a restauração ecológica só se dará, no mínimo dentro de 10 a 15 anos.

Conforme atestam os laudos (fls. 11/12 e 17/18) nesse interregno a degradação ambiental se prolonga com os danos evidentes à coletividade, pela perda da qualidade de vida nesse período.

Os danos ao meio ambiente, vêm sendo cada vez mais perpetrados, resultante da insensibilidade dos perpetradores, por isso que devem ser reprimidos a benefício da coletividade.

Assim sendo, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade norteadoras da fixação do valor, e de acordo com o brilhante parecer do procurador de Justiça Dr. Luiz Otávio de Freitas, que na forma regimental passa a integrar o julgado, dá-se provimento ao apelo, para condenar o apelado ao pagamento de danos morais ambientais, no equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos nesta data, revertidos em favor do fundo previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85.

*(Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n. 2001.001.14586, Relatora: Des. Maria Raimunda T. de Azevedo, Rio de Janeiro, 06 de março de 2002)*²²²

²²² Neste tópico deve-se ressaltar o trabalho do Procurador Municipal do Rio de Janeiro, então responsável pela supra-referida ação à época, Dr. Arlindo Daibert Neto.

Em sentido diametralmente oposto, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

Dano moral deve se referir a uma única vítima, não à coletividade
Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a possibilidade de dano ambiental ou ecológico acarretar dano moral, mas não admite que tal dano se refira a mais de uma pessoa. O entendimento da maioria dos ministros é não ser possível admitir-se o dano moral coletivo. A questão foi discutida em um recurso do Ministério Público de Minas Gerais (MP) contra o município de Uberlândia e contra a empresa Empreendimentos Imobiliários. O MP mineiro havia entrado com uma ação civil pública tentando paralisar a implantação de um loteamento e buscando reparação por danos causados ao meio ambiente, afora indenização em dinheiro a título de danos morais.

Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais excluiu a indenização por danos morais fixada pela sentença em R\$ 50.000,00 para cada réu, o MP fez chegar o caso à análise do STJ. O entendimento do TJ foi que "dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral".

No recurso especial, o Ministério Público sustenta que o artigo 1º da Lei n. 7.347/85 prevê a possibilidade de que a coletividade seja sujeito passivo de dano moral. Argumenta a entidade que, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado difuso e pertencente à coletividade de maneira autônoma e indivisível, sua lesão "atinge concomitantemente a pessoa no seu status de indivíduo relativamente à quota-parte de cada um e, de forma mais ampla, toda a coletividade".

Segunda ainda o MP, o TJ reconheceu expressamente a ocorrência do dano ambiental, razão pela qual, acredita, não poderia negar o pedido de indenização por dano moral coletivo. O pedido é no sentido de ser restabelecida a decisão de primeiro grau, elevando-se o valor da indenização a título de dano moral coletivo para a importância de R\$ 250 mil para cada recorrido.

O relator do recurso, ministro Luiz Fux, deu provimento ao recurso especial. No seu entender, o meio ambiente tem, atualmente, valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional. O relator compreende que a nova redação dada à Constituição Federal quanto à proteção ao dano moral possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade. Assim, restabelecia a sentença, inclusive quanto ao valor da indenização. O entendimento que prevaleceu na Turma, contudo, foi o do ministro Teori Albino Zavascki. Para ele, o dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral. "Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da "transindividualidade" (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão", afirma. Citando a doutrina, o ministro explica que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica.

"Ao contrário, portanto, do que afirma o recorrente (o MP) — segundo o qual o reconhecimento da ocorrência de dano ambiental implicaria necessariamente o reconhecimento do dano moral —, é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pela Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem

qualquer referência a um dano moral", assevera. Além disso, o MP não indicou no que consistiria o alegado dano moral (pessoas afetadas, bens jurídico lesados, etc. "Ora, nem toda conduta ilícita importa em dano moral, nem, como bem observou o acórdão recorrido, se pode interpretar o artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública de modo a 'tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do artigo 1º da referida lei'", conclui.

Processo: REsp 598281 ²²³

Quando se fala de proteção ao meio ambiente, utilizando a expressão meio ambiente de maneira ampla; tanto paisagístico, cultural, quanto ecológico, fica mais fácil de defender o posicionamento contrário a recente jurisprudência supra transcrita. Entende-se que os cariocas teriam sua moral, individual e coletiva, afetada se por um acaso (evento danoso) onde o Cristo Redentor fosse destruído. Lógico, caberia ao autor, a necessidade de indenizar, no aspecto material, reconstruir. Mas os anos que se passaram até terminar a obra, e se a obra não ficou igual, a cor ficou diferente, "o brilho" ficou diferente. Cada pessoa, carioca ou não, que se acostumou em acordar, abrir sua janela, contemplar e pedir proteção ao Cristo Redentor, que do alto do Corcovado abençoa a todos, ficariam, ocorrendo o supra-exposto, tristes, decepcionados, frustrados, moralmente abatidos.

No mesmo sentido, uma tribo indígena, os moradores de Outro Preto, e até mesmo os moradores de Brasília-DF, ao verem os monumentos de Oscar Niemayer, pichados, pintados, poluídos visualmente.

O que se dirá dos moradores da cidade paranaense de Guaíra, os quais viviam exclusivamente do turismo ocasionado pela beleza natural de Sete Quedas; a qual foi inteiramente alagada pelo lago resultante da barragem da Hidroelétrica de Itaipu e, a partir de então, viram, de mãos atadas, sua cidade minguar, suas vidas, seu cotidiano, seu turismo, sua economia, sua auto-estima.

Por tudo isto, e considerando que a proteção ambiental tem que ser a mais ampla possível, defendo o posicionamento anterior do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Independentemente das contrariedades jurisprudenciais supra-apresentadas, conclui-se que a população é sujeito de direito, seja de maneira individual ou coletiva, seja de maneira ativa ou passiva, já que o meio ambiente

²²³ Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=17139>. Acesso em: Junho/2006.

equilibrado, a qualidade de vida e as cidades sustentáveis são direitos da presente e das futuras gerações e populações.

Sob esta ótica, ocorreria o dano ambiental moral individual, para o sujeito que além de sofrer do dano moral ambiental coletivo, ou seja, de ser ofendido no seu sentimento de perda de qualidade do ambiente que vivia, ainda está sofrendo restrições diretas em sua vida particular; ou também denominada reflexa do dano ecológico; que aumenta a sua restrição e sofrimento, como, por exemplo, ser impedido de exercer a sua profissão (esta é a situação de pescadores em casos de derramamento de óleo)²²⁴, ou de não poder viver em sua casa, sem o incômodo de ruídos (poluição sonora) ou mau cheiro ocasionado por uma indústria ou estação de tratamento de esgoto vizinhos.

Tratando-se da atividade pesqueira, verifica-se que o dano ambiental causado por um derramamento de óleo gera a seguinte cadeia negativa: por sua toxicidade, mata algas e microorganismos aquáticos (fluviais e marinhos), mata também peixes e animais diretamente afetados, mata peixes que se alimentam dos microorganismos atingidos, reduz a reprodução dessas espécies, enseja a proibição da pesca, impede o trabalho e a formação da renda do pescador, deprecia preços e condições de mercado (ameaça de contaminação), impede o sustento das famílias envolvidas, causa inquestionável abalo moral não só ao homem impedido de trabalhar e prover o sustento de seus dependentes, mas em toda a comunidade que vive exclusivamente da pesca.

O meio ambiente cultural também previsto expressamente em nossa constituição foi danificado, haja vista que esses pescadores também exercem o ofício como herança cultural, pescando de manhã para comer à noite; como seus pais faziam e como seus filhos devem ter a escolha de fazer, sob pena de se perderem ou prejudicarem os costumes de toda uma região, trata-se do modo de criar, fazer e viver destas pessoas.²²⁵

Data máxima vênia, a pesca é a única coisa que essas pessoas têm, é seu ofício, seu sustento, sua cultura, sua herança, sua rotina e acima de tudo, sentido

²²⁴ Para finalizar, devem-se utilizar como paradigma os ensinamentos deixados pelo acidente do EXXON VALDEZ: “Pesquisa de impacto na comunidade do derramamento de óleo do EXXON-VALDEZ demonstrou claramente um padrão crônico de perda econômica, conflito social, ruptura cultural e stress psicológico.” “Reportamos aumento de incidência do abuso do álcool e drogas, aumento da violência doméstica, aumento da incidência de problemas de saúde mental” in Duane Gill, *Environmental Disaster and Fishery Co-Management in a Natural Resource Community: Impact of the Exxon Valdez Oil Spill*.

²²⁵ Artigo 216, III da Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.

de existência. Subtraí-la, minorá-la ou proibi-la, gera enorme consternamento. Ora, um homem proibido de exercer seu labor, sofre dano moral, o qual se presume.

Inclusive, neste sentido afirma Vladimir Passos de Freitas:

*Imaginemos um caso em que a vítima invoque dano moral, consistente em sofrimento, perda, diminuição de fruição da vida em razão de um dano ambiental. Suponha-se um pescador amador que, por anos, desfruta de um rio limpo para o exercício da pesca desportiva. Se a água for contaminada por uma empresa, evidentemente haverá um dano moral a ser reparado. Na verdade, acostumados com o progresso a qualquer preço, absorvemos nos últimos trinta anos todos os danos ambientais possíveis. No entanto, ainda é tempo de reagir exigindo reparação daqueles que, em nome do progresso, poluem o ar, o solo, as águas, a paisagem, enfim, tudo de que necessitamos para uma vida digna e com equilíbrio emocional.*²²⁶

Edis Milaré então distingue as espécies de dano ambiental da seguinte forma: “(i) o dano ambiental coletivo ou o dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo; e (ii) o dano ambiental individual, que atinge pessoas, individualmente consideradas, através de sua integridade moral e/ou de seu patrimônio material particular.”²²⁷

José Rubens Morato Leite salienta que o dano ambiental tem uma conceituação ambivalente, por demonstrar que a lesão recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, e também por se referir ao dano por intermédio do meio ambiente, o chamado dano ricochete, que se percebe no âmbito dos interesses pessoais, legitimando os lesados a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial sofrido.²²⁸

Segundo o mesmo autor, o dano ambiental pode ser entendido: “como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.”²²⁹

Insta salientar que o dano moral ambiental, seja coletivo ou individual, pode ser puro ou não, sendo presumido ou não, conforme tem entendido a

²²⁶ FREITAS, 2004, p. 31.

²²⁷ MILARÉ, 2005, p. 177 et. seq.

²²⁸ LEITE, 2003, p. 98 et. seq.

²²⁹ Ibid., p. 99.

doutrina e a jurisprudência pátria.²³⁰

10.2.3.

O dano extrapatrimonial ambiental: Aspectos específicos

Como se afirmou anteriormente, a definição de dano moral é por demais restrita para tutelar a extensa gama de lesões não patrimoniais, motivo pelo qual convencionou-se a utilização do termo dano extrapatrimonial. Sobretudo quando se envereda pelo campo do dano ambiental há que se perceber a numerosa gama de imbricações pertinentes à sua tutela.

O dano extrapatrimonial ambiental é percebido em duas esferas; objetivamente, quando disser respeito a um dano direto que se faça sensível no

²³⁰ O reconhecimento da indenização por dano moral puro, embora antiga, defendida entre todos até mesmo por PONTES DE MIRANDA, só foi consolidada com a Constituição Federal de 1988, e mais recentemente pelo artigo 186 do Novo Código Civil, ao mencionar que "qualquer espécie de dano, ainda que meramente de natureza moral, é passível de indenização". Quanto ao dano moral puro, vale transcrever, ainda, alguns posicionamentos doutrinários que esclarecem: "(...) é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como denomina CARPENTER – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento de causa material." (DEDA, p. 280)

"(...) as dores físicas ou morais que o homem experimente em face da lesão." DIAS, 1983, p. 780.

"(...) é todo sofrimento resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico." FONSECA, A., p. 242.

"Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.'" CAHALI, 1998, p. 20.

A aflição e a angústia. A tristeza e a moléstia daquele que sofre violência psíquica, por atividade empresarial de outrem, por poluição advinda de atividades de outrem, independentemente de haver ilicitude do ato, de haver tentado evitar a poluição, de ter sido fato de força maior, de haver licenciamento ambiental, etc. Tanto a doutrina, como a jurisprudência, em se tratando de dano moral puro, dispensam instrução probatória, posto que presumido, sendo impossível, ademais, se provar aquilo que se passa no âmago das pessoas. CARLOS ALBERTO BITTAR, esclarece que: "Na verdade, prevalece o entendimento de que o dano moral dispensa prova em concreto, tratando-se de presunção absoluta, não sendo, outrossim, necessária a prova do dano patrimonial." (BITTAR, 1993, p. 204)

A jurisprudência, por sua vez, manifesta: "Ementa: Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização." STJ, Min. Barros Monteiro, T – 04, RESP nº 0008768, decisão:18-02-1992, DJ DATA:06-04-92 P.04499, v. u., deram provimento. Portanto, o abalo moral se presume, sendo desnecessário qualquer reflexo econômico advindo do fato indevido praticado.

A respeito, o Acórdão nº 6737, da 7ª Câmara Cível, em que foi Relator o eminente Magistrado Ronald Moro: "TRATANDO-SE DE DANO MORAL PURO, DESNECESSÁRIO SE TORNA PROVAR O REFLEXO PATRIMONIAL DO PREJUÍZO, POIS ESTE SE PRESUME." TA/PR – Ap. Cív. 244.208-8, 1ª CC., Rel. Juiz Ronald Schulman, Acórdão 18649, j. 02.03.2004.

Por fim, da lavra do Ministro MENEZES DIREITO, do E. Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que: "não há como falar em prova do dano moral e sim prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam". STJ – Resp 86271-SP, 3ª T., Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 09.12.1997.

mundo material, como no caso da pessoa física que venha a ter sua aparência ou sua saúde afetadas em virtude de dano ao meio ambiente²³¹, e, subjetivamente, quando for dano aos sentimentos individuais ou coletivos, que digam respeito à imagem ou à dignidade de uma pessoa, ou mesmo, de uma região.²³²

Mais uma vez deve-se lembrar que o dano moral, ou extrapatrimonial, é conexo à noção de personalidade; no caso do dano extrapatrimonial, há que se entender que sua ligação com o direito de personalidade reside, sobremaneira, na idéia de dignidade da pessoa humana, pois esta prerrogativa assegura a todo indivíduo e, portanto, à coletividade, o direito a um ambiente que propicie uma vivência saudável, com qualidade de vida e perspectivas de futuro. Sousa, lembrado por Leite, estabelece “(...) que o direito geral de personalidade significa o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana, assim como da unidade *psico-físico-sócio-ambiental* da mesma (...)”²³³ e, ainda, Tepedino lembra que:

Compreendem-se, sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.

Em síntese feliz, observou-se que ‘o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse é uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da ‘vida em relações’. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem

²³¹ Lembrando sempre o entendimento de meio ambiente em sentido amplo, sendo aquele natural ou artificial, bem como cultural.

²³² Sabe-se que, ao colocar-se esse entendimento sobre o assunto, contraria-se o que dispõe Leite “Na hipótese da lesão ambiental, esta se configura subjetiva quando, em consequência desta, a pessoa física venha a falecer ou sofrer deformidades permanentes ou temporais, trazendo sofrimento de ordem direta e interna. Por outro lado, tem-se como dano extrapatrimonial objetivo aquele que lesa interesses que não repercutem na esfera interna da vítima e dizem respeito a uma dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo sua imagem. Isto é, aquele que atinge valores imateriais da pessoa ou da coletividade, como, por exemplo, ao degradar o meio ambiente ecologicamente equilibrado ou a qualidade de vida, como um direito intergeracional, fundamental e intercomunitário.” Segundo esse entendimento, a subjetividade encontra-se no dano que não é sentido no ambiente material, enquanto a objetividade reside no dano que se traduz de forma sensível, perceptível aos sentidos. Sabe-se que, provavelmente, Leite adota esta posição por entender o meio ambiente do coletivo para o individual, ou seja, o dano causado à objetividade do indivíduo configurar-se-ia, em dimensões coletivas, como dano a uma unidade da coletividade, portanto, apenas verificável subjetivamente dentro da coletividade. Em outro sentido, o dano externo ao indivíduo, capaz de abarcar a grande parte da coletividade far-se-ia sensível ao sentimento comum, saindo, portanto da esfera da subjetividade coletiva. Porém, a proposta desse trabalho é uma avaliação a partir do sujeito, e de sua capacidade de auxiliar, ainda que individualmente, na proteção ao meio ambiente.

²³³ LEITE, 2003, p. 282 et. seq.

substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade'.²³⁴

10.2.4.

Dano ambiental individual em sua esfera extrapatrimonial

O dano extrapatrimonial individual diz respeito àquela lesão que afeta aos bens imateriais do sujeito. Em se tratando do indivíduo, o bem extrapatrimonial por excelência, relacionado ao direito de personalidade, é a dignidade da pessoa humana juntamente com os bens extrapatrimoniais dela decorrentes.²³⁵

Entretanto, como relacionar esta lesão ao dano ambiental? A resposta é bastante simples, porque, quando se fala de lesão ao bem extrapatrimonial ambiental, por natureza indivisível, está-se falando de uma lesão que atinge a cada um dos integrantes da coletividade, cada qual de maneira diversa, motivo que enseja a preferência de que tal dano seja reparado de forma diferenciada a cada um dos participantes da comunidade que suportou o dano.

Sob esta ótica, fica nítida a preferência que se adota face a tutela do bem moral ambiental, ou seja, ainda que a ação responsável por garantir a indenização pelos danos morais face à sociedade seja de natureza coletiva, sua efetividade deverá ocorrer de forma individual. Em outros termos, a reparação do bem moral ambiental deverá ser diversa de acordo com a situação enfrentada por cada um dos atingidos pelo dano, pois cada um o suportou de forma diversa.

A concepção adotada, portanto, de dano extrapatrimonial individual ambiental trata das lesões à psiquê do sujeito, ou aos demais integrantes do rol de bens morais atinentes ao indivíduo.²³⁶ Nesse caso, o dano não deverá restar impune, mais do que isso, quando se fala de dano moral ambiental há uma responsabilidade do sujeito em buscar a sua reparação, visto que a ele é imputado o dever de zelar pelo patrimônio ambiental, consoante estabelece artigo 225 da Constituição Federal.

Obviamente, a busca da tutela jurisdicional face ao direito de personalidade no que tange ao direito moral ambiental prescinde de instrumentos para sua efetivação. Estes devem ser fornecidos pelo poder público, não apenas

²³⁴ TEPEDINO, p. 24.

²³⁵ Cf. p. 114 desta dissertação.

²³⁶ VENOSA, 2005, p. 46 passim.

pela obrigatoriedade de oferecer a devida tutela aos direitos em geral, mas porque o mesmo artigo 225 da CF o obriga a zelar, igualmente, pelo bem ambiental.

Rodrigueiro coloca que:

Entendemos que qualquer dano ao meio ambiente, qualquer agressão aos recursos ambientais, geram danos ambientais, que poderíamos traduzir em 'dano ecológico' e, necessariamente, ainda que indiretamente, haverá repercussão deste dano sobre pessoas. Esta 'repercussão' por assim dizer é aquela plenamente indivisível. O dever de reparar a degradação ambiental não pode, pois, residir na existência concreta e já perceptível de um dano a uma só pessoa ou a uma pequena coletividade, mas, sim, na pura agressão, na pura degradação ambiental, por natureza difusa, agressão esta com reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais.²³⁷

A estas observações adiciona-se, que embora o dano seja de natureza coletiva sua reparabilidade poderá ocorrer, e deverá ocorrer, de forma individual e coletiva.

Ou seja, a propositura de ação coletiva com o intuito de lograr a satisfação dos direitos extrapatrimoniais lesados não prejudica a propositura de ação individual com o mesmo intuito; pelo contrário, a sentença obtida em ação coletiva poderá ter seus efeitos irradiados a ações individuais cujo fato gerador seja o mesmo, trata-se do transporte *in utilibus*²³⁸, ou de maneira mais prática. Trata-se da execução individual de sentença proferida em ação coletiva.

A utilização do transporte *in utilibus* como forma de satisfação às ações individuais quando houver sentença condenatória em ação coletiva ulterior é procedimento extremamente desejável, não apenas pela economia processual que gera, mas também por contribuir com o aumento da efetividade das ações. Vale frisar, no entanto, que a sentença proferida em ação coletiva não impede a propositura de ações com o mesmo objeto, e a sentença obtida na dita ação não terá efeito *erga omnes*, devendo o interessado solicitar seu enquadramento junto ao caso que ensejou a sentença coletiva que lhe é benéfica.

²³⁷ RODRIGUEIRO, 2004, p. 170.

²³⁸ "Assim é que, procedente à demanda pode o indivíduo, que tenha sentido um dano pessoal decorrente do mesmo ato enfocado, extrair a sentença condenatória do dano coletivo e utilizá-la para fins de reparação do seu individualmente considerado. Isto é, o transporte *in utilibus* da sentença coletiva precedente. Tal e qual ocorre nas ações civis *ex delicto* estampadas no art. 63 e ss. do Código de Processo Penal. Assim, como o art. 91, I, do Código Penal, enquanto lei material, aponta o dever de indenizar a vítima em decorrência do reconhecimento, da existência incontestável de um ato criminoso, aqui o Código de Defesa do Consumidor autoriza e determina a possibilidade de a vítima utilizar a condenação coletiva para a satisfação do dano pessoal." (RODRIGUEIRO, *op. cit.*, p. 87)

Deve-se fazer um parêntese para ressaltar que mesmo suspensa a ação individual, posteriormente, ter-se-á que se executar individualmente, o que poderá resultar em futura e necessária produção de prova pericial, gerando quase uma nova “instrução probatória” a fim de individualizar definitivamente o dano individual homogêneo, especialmente se forem opostos embargos à execução, retardando ainda mais a efetividade.

Assim, determina o art. 104 (do CDC), em sua segunda premissa que se os autores de ações individuais pretenderem o benefício da coisa julgada, *secundum eventum litis*, [...], deverão requerer, no prazo de trinta dias a contar de sua ciência, a suspensão de seu processo individual, aí então poderão beneficiar-se com os efeitos da coisa julgada coletiva. Esta suspensão se dará por prazo indeterminado, e se procedente a demanda coletiva, dela o autor individual se valerá, se improcedente, o curso de seu processo individual retomará sem vinculação ao julgado do feito coletivo.²³⁹

Certamente, quando se fala de dano extrapatrimonial ambiental, é difícil pensar-se na hipótese de utilização do transporte *in utilibus* da sentença, pois, como já se disse, o dano moral afigura-se de maneira diferente em cada caso, devendo a lesão ser analisada, em sua extensão e gravidade, no caso concreto. Entretanto, há que se notar a possibilidade de transporte parcial da sentença no que esta tiver por objeto dano idêntico, ou extremamente similar, ao do autor de ação individual. Almeja-se, com isso, aventar a possibilidade de se aproveitar o que já fora averiguado na ação coletiva, sobretudo, no que diz respeito ao dano material, este muito mais facilmente verificável e quantificado homogeneamente. Nesse caso, levanta-se a hipótese de continuidade da ação individual apenas quanto aos danos que, eventualmente, não tenham sido averiguados pela ação coletiva.

²³⁹ RODRIGUEIRO, 2004, p. 89.

11

Tutelas jurisdicionais do meio ambiente²⁴⁰

A colocação do direito ao meio ambiente hígido pelo conjunto de leis nacionais transforma tal direito em um direito material conferido a toda a coletividade. Trata-se, por meio da Constituição Federal, de um princípio de garantia ao meio ambiente saudável, que garante a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A partir dessa conceituação, há a necessidade de tornar efetiva a realização das tutelas previstas pela legislação, ou seja, trata-se da concretização do direito material. O sistema processual traz a efetividade que, por ventura, a declaração de direitos não possa garantir; obviamente, a mera menção de determinado direito dentro de um ordenamento jurídico já lhe confere certa estabilidade e funciona como garantia a manutenção daquele direito. Contudo, quando a publicação de uma norma de conduta não for o bastante para garantir a realização do direito material, far-se-á necessária a imposição, por meio do poder coator do Estado, destas normas, seja ao particular, seja ao próprio poder público.

Essa realização dos preceitos albergados pela Constituição, principalmente, e por seus normativos inferiores é, acima de tudo, uma vontade coletiva. Trata-se de realizar os objetivos do próprio Estado, enquanto tradutor das vontades populares e realizador dos anseios da coletividade²⁴¹. Sendo inevitável, para realizar estes preceitos, a utilização da força, será necessária a presença de determinadas regras que imponham ao Estado uma forma de conduta, limitando-lhe a ação ao processo legal.

²⁴⁰ “Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado ‘processo civil coletivo’ para tutelar os conflitos emergentes.” (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 784)

²⁴¹ DINAMARCO, 2003, p. 93.

A idéia do processo, portanto, deve estar ligada á de efetividade do direito e à consecução do fim último do Estado, qual seja, a pacificação social. Como bem assevera Denti, um dos graves problemas da efetividade do processo estava em pensar a ação como princípio fundamental do processo, enquanto o direito de ação é mero fundamento a um princípio maior, qual seja a efetividade do processo.²⁴²

“Muito embora hoje seja ‘costume’ falar em tutela jurisdicional dos direitos, é preciso que se deixe claro que o jurista que estuda o processo civil na perspectiva da tutela jurisdicional tem sério compromisso em pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material.”²⁴³

A tutela jurisdicional do Meio Ambiente faz-se, conforme pode-se concluir, extremamente dependente do processo como forma de garantir sua realização; neste viés, há que se entender a relação intrínseca que o processo mantém com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Pois, segundo estabelece Tessler: “(...) nos casos em que o direito material, por si só, não consegue consagrar a garantia da inviolabilidade ambiental, é necessário recorrer ao Poder Judiciário. Quando, em um processo, após ser provocado, o Estado-Juiz presta uma resposta com o fim de consagrar o direito à inviolabilidade do ambiente, fala-se em tutela jurisdicional do meio ambiente”.²⁴⁴

Fica claro, que a tutela jurisdicional será exercida sempre que a tutela do direito, em seu viés material, não baste à defesa do direito fundamental ao meio ambiente hígido. Importa registrar, a manutenção de um ambiente saudável está prevista pelo direito material e assiste à toda coletividade, que, em vendo este direito ameaçado, ainda que em face da existência da proibição de tal ameaça, poderá lançar mão do poder coator do Estado por meio da tutela jurisdicional. Todavia, se a efetivação do direito material ocorrer mediante o processo é imprescindível que o propositor da ação tenha instrumentos funcionais para realização desse intento. Nesse sentido, é necessário que cada situação de lesão ou ameaça de lesão contra o meio ambiente possua uma tutela jurisdicional capacitada a protegê-lo.

²⁴² DENTI, 1982, p. 12. No mesmo sentido, DINAMARCO, 2003, p. 92 passim.

²⁴³ MARINONI; ARENHART, 2004, p. 474.

²⁴⁴ TESSLER, 2004, p. 157.

“A diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da técnica processual, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de *crise jurídica* mediante a oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito substancial e sempre com vista a produzir *resultados úteis* na vida dos sujeitos.”²⁴⁵

11.1.

A crise jurídica do processo civil clássico defronte aos interesses difusos, com ênfase no Direito Ambiental

Interesses difusos são aqueles que dizem respeito a uma coletividade, entretanto sua característica fundamental reside na indivisibilidade. Sob esse aspecto, clara é a contribuição de Rodrigueiro: “Como dita a regra do art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, para que se identifiquem interesses difusos, necessário que se visualize um direito que supere a categoria de direito privado individual, no qual possamos verificar um número indeterminado de pessoas detentoras deste direito e relacionados por um acontecimento da vida, por um fato.”²⁴⁶

E continua: “O fato é que o interesse difuso sempre o será indivisível, posto que compartilhado por número indeterminado de pessoas e impossível de se quantificar ou dividir o interesse entre os por ele atingidos.”²⁴⁷

Portanto, fica nítida a noção de que os direitos difusos se distanciam das características comuns a outros direitos, primeiro por não poderem ser distribuídos em partes entre seus detentores e, segundo, pelo fato de ser inviável a nomeação de todos os que a ele tem direito, visto que se trata de direito pertencente a um número (via de regra) indeterminado de pessoas, motivo que esclarece sua indivisibilidade. Cabe, porém, destacar que, apesar de não se poder determinar quantas pessoas são possuidoras de um determinado direito difuso é possível dizer se determinada pessoa é ou não uma das titulares daquele direito, embora, quando se trata de direitos na esfera ambiental, é necessário que se avenge a possibilidade

²⁴⁵ DINAMARCO, 2004, p. 149.

²⁴⁶ RODRIGUEIRO, 2004, p. 44 et. seq.

²⁴⁷ Ibid., p. 44 et. seq.

global de preservação deste interesse, o que tornaria a todos os integrantes de dada comunidade titulares do direito tutelado, posto que ambiental.

A concretização dos interesses difusos como direitos que devem ser garantidos pelo Estado gerou uma onda de renovação nos sistemas jurídicos em âmbito mundial. A concepção tradicional acerca do processo civil não comporta a proteção aos interesses difusos, mesmo porque o conceito clássico de processo pressupunha apenas duas partes, que visavam à solução de um conflito em prol de interesses individuais.²⁴⁸

O processo civil clássico é herança de um sistema voltado ao Estado Liberal, no qual a inviolabilidade da propriedade e o direito incontestável à individualidade eram princípios oponíveis a tudo e a todos²⁴⁹. Neste âmbito, a figura do indivíduo sobrepuja-se à da coletividade. O sujeito, entrincheirado em seu egoísmo e avesso à idéia de abrir mão de seus interesses fora figura central das políticas públicas e legislativas mesmo após a crise das políticas liberais e a ascensão da social democracia.

Obviamente, esta visão individualista não pode ser aceita em face dos novos direitos²⁵⁰, sobretudo aqueles de caráter difuso; é necessário em relação a esses, que os princípios de garantia ao indivíduo sejam relativizados, ao menos quando o bem jurídico que se lhe oponha for fundamental à manutenção da vida saudável na Terra. O que não significa a extinção da possibilidade de busca individual pela tutela ambiental, aliás esta é desejável, como já aventado, em consonância com a tutela coletiva em prol de uma maior efetividade do processo.

²⁴⁸ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 47 et. seq.

²⁴⁹ TESSLER, 2004, p. 165.

²⁵⁰ Convencionou-se dividir os interesses chamados metaindividuais entre aqueles ditos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esse estudo não pretende entrar a fundo nesta questão, motivo pelo qual basta uma pequena explanação. Os interesses metaindividuais são caracterizados por extrapolar a figura do indivíduo e abarcar uma imensa gama de sujeitos conexos por um fato gerador idêntico, que pode, ou não, ser divisível conforme a parte que caiba a cada um dos atingidos. A classificação consiste em separar os interesses difusos como aqueles que se caracterizam pela sua indivisibilidade e pela indeterminação de seus detentores; os direitos coletivos, que, por sua vez, mesmo sendo igualmente indivisíveis, possuem sujeitos determinados ligados apenas por uma situação jurídica em comum e os direitos individuais homogêneos que, contrariamente a seus corolários, são divisíveis, embora mantenham a característica de envolver uma extensa quantidade de sujeitos afetados por uma situação similar como, por exemplo, a compra de aparelho eletrônico de mesma marca que apresenta defeito idêntico. Neste caso, fica clara a divisibilidade do interesse posto em litígio bem como a facilidade que este possui de ser reduzido à pecúnia. Sobre este tem RODRIGUEIRO, 2004, p. 37 passim.

Consoante Tessler²⁵¹, duas máximas próprias do Estado Liberal que devem ser refutadas quando opostas ao direito ambiental:

- 1- A primeira máxima que se deve refutar é aquela referente à patrimonialidade dos direitos, ou seja, a idéia de que todo dano pode ser reduzido à pecúnia. Os danos ambientais raramente podem ser indenizados, e, quando essa solução for possível, deverá destinar-se à recuperação do meio ao seu *status quo ante*. A manutenção do meio ambiente é fim último de qualquer tutela que vise lhe conferir qualquer garantia, logo é desnecessário dizer que a redução do direito ambiental à pecúnia deve ser ao máximo evitada.

- 2- Outro axioma que deve ser revisto é o da liberdade individual. A individualidade dentro do processo civil é preceito antiquado para, no mais das vezes, proteger o bem ambiental. De acordo com aquele instituto, a defesa dos direitos parte da esfera individual, e apenas ao indivíduo, em face da disponibilidade dos direitos, caberia buscar em juízo a reparação de eventual dano²⁵². “Estado minimalista não interferia na atividade econômica, nem na conduta do cidadão. Não se cogitava de direitos que interessassem à sociedade.”²⁵³ Entretanto, conquanto seja inadmissível a violação ao bem ambiental, a figura da individualidade de interesses na composição da lide é elemento extremamente danoso à consecução daquela inadmissibilidade, donde se depreende a necessidade de “(...) um ‘representante adequado’ para

²⁵¹ TESSLER, 2004, p. 164 passim.

²⁵² Neste sentido há que se pensar um processo civil em que a legitimidade não esteja adstrita ao indivíduo, sendo mesmo perigosa a tutela ambiental da qual não se possa buscar a efetivação ainda que seja difícil ou, até mesmo, impossível determinar quem são os titulares do direito. Mesmo porque o Direito Ambiental é difuso e não pode ser endereçado a uns poucos sujeitos já que, não raras vezes, afeta a toda humanidade. Este processo do qual se fala “(...) é bastante complexo. Em primeiro lugar porque, tratando-se de direitos transindividuais, a legitimação para a causa, tradicionalmente fundada na ‘titularidade’ do direito invocado, deve ser pensada de forma diversa, uma vez que, como é óbvio, não é possível dizer que uma pessoa determinada é ‘titular’ do direito à higidez do meio ambiente (por exemplo), o que também exige uma outra maneira de se compreender a coisa julgada material, pois a eventual sentença de tutela destes direitos certamente beneficiará a coletividade, e não mais ficará limitada, como acontece em demandas individuais, aos ‘titulares’ do direito em litígio.” (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 784)

²⁵³ TESSLER, op. cit., p. 167.

agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente”.²⁵⁴

Cabe salientar, porém, que a busca da proteção ambiental da forma individual não pode ser refutada, pelo contrário, é incentivada. Contudo restringir essa tutela ao interesse individual pode causar a inefetividade da mesma, sobretudo quando a lide for por demais onerosa para ser levada a cabo de forma individual. Deve haver uma visão macro, em que as ações individuais servem para maximizar os efeitos da tutela jurisdicional, impedindo o poluidor de se livrar incólume.

A estas máximas junta-se ao menos mais uma de extrema importância:

3- O adágio da coisa julgada tem de ser flexibilizado. A questão fundamental reside no surgimento do Estado como detentor único da força, pois para legitimá-la instituiu-se que a coisa julgada não mais poderia ser alterada posto tratar-se de decisão do Estado. A concretização de uma injustiça acabava por tornar-se incorrigível; basta lembrar-se da célebre história do dito pai que, inconformado com a declaração judicial de sua paternidade procura a ciência (anos após a sentença que o declarara como pai da criança), por meio do teste de DNA, a fim de provar não ser ele o progenitor do menor, o que, de fato, acaba por conseguir. No entanto, este pai resta surpreendido pelo instituto da coisa julgada que o obriga a aceitar a decisão transitada em julgado, mesmo com a superveniência de prova em contrário. Outro aspecto, dito subjetivo da coisa julgada, é aquele que determina a eficácia da sentença apenas *inter partes*, o que impediria a coletividade de usufruir dos efeitos da sentença a ela benéficos (sobretudo na figura de suas unidades, os indivíduos). Nestes dois casos, fica evidente a incompatibilidade do instituto da coisa julgada face aos interesses coletivos; no primeiro caso por ameaçar a manutenção do meio ambiente hígido com base em sentença antiquada e, por vezes, maléfica, que impossibilita a propositura de nova ação, mesmo que

²⁵⁴ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 47 et. seq.

demonstrado o dano que se alegara anteriormente (embora, é claro, esteja-se exagerando nesse sentido, não é difícil de imaginar a situação em que a inicial é indeferida após a constatação de existência de sentença pró réu em caso com o mesmo fato gerador). No segundo caso é nítida a necessidade “(...) da extensão da coisa julgada ultra partes.”²⁵⁵ o que acabou por ser suprido após a publicação do Código de Defesa do Consumidor em seu art. 103. “Sinteticamente poderíamos concluir que ficaria estabelecido o sistema da coisa julgada nas ações coletivas *secundum eventum litis, erga omnes* ou *inter partes*, com a possibilidade de transporte *in utilibus* do julgado”²⁵⁶. Ou seja, seria possível a aplicação da coisa julgada para além dos limites das partes litigantes, sendo aplicável o mesmo, no caso das ações coletivas, aos imediatamente ligados ao caso; o que acabaria por possibilitar a utilização do transporte *in utilibus* como forma de garantir a justa indenização do indivíduo pertencente à coletividade lesada, que encontra neste mecanismo o caminho para ver seu tutelado.²⁵⁷

“É das últimas décadas do século XX a intensa legislação de apoio aos valores do meio-ambiente, da cultura e da história, de proteção aos consumidores como grupo em que se concentram interesses homogêneos etc. – Tudo se reconduzindo ao conceito amplo de *direitos e interesses transindividuais*.”²⁵⁸

Com a constatação de que os interesses difusos exigiam uma solução supra-individual, o processo civil também necessitava superar a característica da individualidade, o que foi alcançado, no Brasil, por meio, inicialmente, da Lei da Ação Civil Pública, a qual fora seguida por diversas outras normatizações. As ações coletivas têm por intuito tutelar agremiações da sociedade que, de outra forma, poderiam ter seus interesses frustrados.²⁵⁹

Esta onda renovatória influenciou todo o direito ao final do século XX, não apenas na idéia da legitimidade para agir, mas também alargando os efeitos da coisa julgada que, ordinariamente, era aproveitada em prol apenas daquele que

²⁵⁵ RODRIGUEIRO, 2004, p. 78.

²⁵⁶ Ibid., p. 79.

²⁵⁷ Ibid., p. 75 passim.

²⁵⁸ DINAMARCO, 2004, p. 155.

²⁵⁹ Ibid., p. 155.

houvesse sido parte no processo. O legislador nacional notou que o afrouxamento desses institutos vistos, no passado, como inamovíveis, era instrumento útil para lograr êxito frente a novos desafios, os quais a tutela jurisdicional, noutro momento, era incapaz de superar²⁶⁰.

Fora com a institucionalização de novos sujeitos de direito, aptos a propor ações em benefício da coletividade, que o direito nacional pôde avançar no campo da efetividade da tutela jurisdicional ambiental, conforme assevera Dinamarco:

(...) era positiva a experiência norte-americana da *legitimacy of representation* outorgada a entidades intermediárias como essas. Foi assim que esses interesses e direitos absolutamente difusos – pertencentes a todos os membros da comunidade mas indivisíveis e insuscetíveis de serem atribuídos a titulares individualizados – passaram a contar com tutela jurisdicional preventiva (adequar-se ou cessar atividades), reparatória (recompor o ambiente lesado) ou mesmo ressarcitório (indenização destinada a um *fundo* instituído para custear medidas de proteção ao meio ambiente)²⁶¹.

11.2.

Das tutelas jurisdicionais próprias à defesa do meio ambiente²⁶²

Insta salientar que as tutelas jurisdicionais oferecidas pelo direito clássico não eram suficientes à finalidade imposta pelo interesse ambiental; as respostas do processo civil às demandas, em geral, compunham-se pela classificação trinária: sentenças Declaratórias, Condenatórias e Constitutivas²⁶³. Neste aspecto, cabe ressaltar a finalidade dessas sentenças.

A sentença declaratória tem por finalidade apenas declarar um direito, respondendo à *crise da certeza*,²⁶⁴ “o bem da vida outorgado ao autor, através da sentença declaratória acobertada pela autoridade da coisa julgada material, é a eliminação da incerteza que recaia sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser da relação jurídica.”²⁶⁵

²⁶⁰ DINAMARCO, 2004, p. 156.

²⁶¹ Ibid., p. 156 et. seq..

²⁶² Neste tópico não se tratará da ação popular, tema ao qual será destinado tópico especial, relacionado ao dano moral e ao dano moral individual. Embora, certamente, a tutela desta modalidade de ação não esteja restrita a estes tópicos, posto que se presta a responder ao dano material ambiental.

²⁶³ TESSLER, 2004, p. 169.

²⁶⁴ DINAMARCO, op. cit., p. 149 et. seq.

²⁶⁵ MARINONI; ARENHART, 2004, p. 464.

É importante destacar que o substrato da ação declaratória é uma dúvida advinda de um assunto controverso que paire sobre uma dada relação jurídica, e não apenas uma “dúvida meramente subjetiva.”²⁶⁶ Assim, deve-se chamar a atenção à negação da subjetividade do questionamento que possa ensejar a ação Declaratória, ou seja, no caso do direito ambiental, a ação declaratória mostra-se ineficaz, não apenas porque possui o condão de apenas declarar o direito²⁶⁷, mas também por não poder ser proposta sem que haja um indício objetivo da existência do direito que se quer declarar. Em outras palavras, a mera ameaça de lesão, sem indícios comprovados da mesma é insuficiente para justificar uma ação Declaratória.

Por sua vez, a sentença Constitutiva destina-se a estabelecer uma situação jurídica nova, respondendo à *crise das situações jurídicas*²⁶⁸. Seu objetivo está em garantir ao litigante a mudança de uma dada situação jurídica, como ocorre, por exemplo, com o divórcio; situação em que o indivíduo busca constituir uma relação jurídica nova, qual seja, a de divorciado.²⁶⁹ Justamente pelo seu caráter transformador, a tutela constitutiva tende a ser inadequada aos interesses de preservação do meio ambiente, exatamente porque, via de regra, a intenção da tutela ambiental é a manutenção de uma determinada realidade jurídica, apesar de esta característica não a excluir enquanto instrumento apto à preservação do meio ambiente. Pode-se imaginar, por exemplo, a proposição de ação constitutiva com vistas a uma sentença de interdição de obra potencialmente lesiva ao meio ambiente, que constituirá o estado de interdito.

Outra característica da sentença constitutiva, que pesa contrariamente à sua utilização quando a tutela que se espera ver satisfeita é a ambiental, é de que “(...) seus efeitos se produzem, em princípio, *ex nunc*, isto é, para o futuro (...).”²⁷⁰ Ora, conquanto um dos objetivos da tutela ambiental seja o de garantir efeitos benéficos ao meio ambiente para o futuro, muitas vezes se exige uma retroação

²⁶⁶ MARINONI; ARENHART, 2004, p. 464.

²⁶⁷ Quer-se com isso, frisar que a mera declaração do direito não possui o elemento coator, indispensável quando se trata de proteger o bem ambiental. É fundamental garantir que seguidamente à constatação do risco haverá uma sanção ou ameaça de sanção para aquele que insistir em praticar o ato lesivo ou negar-se a suspendê-lo, oferecendo todos os recursos necessários para prevenir o dano, ainda que contrariamente à vontade do sujeito sobre o qual incide a proibição.

²⁶⁸ DINAMARCO, 2004, p. 151.

²⁶⁹ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 467.

²⁷⁰ ROCHA, 1991, p. 160.

dos efeitos do dano como forma de compensar, na medida do possível, os malefícios por ele provocados.

Por fim, a sentença condenatória não serve apenas como forma de declarar um determinado direito, mas como forma de condenar o autor do dano, e, por isso mesmo, devedor de uma obrigação ao ressarcimento, seja na forma específica (quando é possível realizar a vontade do autor quanto ao bem tutelado) ou sendo reduzida à pecúnia (quando o dano causado ao autor não pode ser desfeito, ou quando o bem lesado não pode ter uma “substituição” satisfatória, caso em que a reparação em dinheiro mostra-se a única razoável, ainda que imperfeita)²⁷¹. A ineficácia desta sentença, como pode-se notar, reside no fato de destinar-se a resolver a *crise do adimplemento*²⁷² que não possui cunho preventivo; pelo contrário, constata-se após a percepção do dano e, ainda, por resolver-se, ordinariamente, em perdas e danos e depender da execução forçada como forma de garantir a efetividade da sentença. No dizer de Tessler: “Hoje o reconhecimento da crise da sentença condenatória, sobretudo para a tutela de direitos não patrimoniais, já não é mais novidade. *A sentença condenatória, para a defesa da inviolabilidade do meio ambiente, é absolutamente inidônea: primeiro por reduzir os direitos à pecúnia, segundo, em razão da correlação necessária com a execução forçada.*”²⁷³

Justamente por depender de procedimento ulterior como forma de garantir sua efetividade, é que não se deve considerar, isoladamente, a tutela condenatória quando o bem a ser tutelado for o ambiental, mas sim, quando está dentro de um contexto estratégico em que possui a sua eficácia. Neste ponto, é fundamental lembrar que o meio ambiente não pode ser lesado e que a sentença condenatória, em seu decurso, não é apta a evitar a concretização do dano, pois não obriga, em tese, o responsável pela atividade danosa a cessá-la antes do fim da ação e à subsequente execução. “Fala-se, inclusive, que pelo fato de a sentença condenatória carecer de elemento de coerção, restringe-se a um mero conselho de cumprimento da obrigação.”²⁷⁴

Resta claro, portanto, a inefetividade que se percebe na divisão trinária das sentenças no processo civil. Tal visão, defendida por Liebman, demonstra

²⁷¹ MARINONI; ARENHART, 2004, p. 468 et. seq.

²⁷² DINAMARCO, 2004, p. 150.

²⁷³ TESSLER, 2004, p. 170 et. seq.

²⁷⁴ Ibid., p. 172.

limitações, sobretudo quando a tutela a ser defendida é a ambiental. Em igual pensamento Pontes de Miranda defende a existência de, pelo menos, outras duas modalidades de sentenças capazes de se aplicar aos casos em que não seja viável a aplicação da teoria trinarista²⁷⁵. Defende o autor a existência de ações com eficácia mandamental e executiva *latu sensu*, as quais são aplicáveis principalmente na tutela dos novos direitos, seja de forma coletiva ou, o que interessa, de forma individual.

A grande vantagem dessas modalidades de sentenças, propostas por Pontes de Miranda²⁷⁶, reside na efetiva capacidade de impelir o responsável pela lesão ou ameaça de lesão a cessá-la ou repará-la mediante a coerção do Estado, especialmente, mediante a ameaça de sanção típica das sentenças mandamentais: “a mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força coercitiva que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir”.²⁷⁷

Cabe destacar que a decisão mandamental incide sobre a pessoa do devedor que pode, voluntariamente, adimplir com sua obrigação, ficando evidente a eficácia das decisões mandamentais quando se tratar de obrigações personalíssimas, ou obrigações de não-fazer, ambas de natureza *intuitu personae*²⁷⁸. Seria o devedor coagido a adimplir mediante ato próprio²⁷⁹, assim, o escopo da sentença é convencer o réu a observar o direito nela declarado; não seria mandamental, por conseguinte, a sentença que exigisse a expedição de mandado²⁸⁰ para que um terceiro realizasse (obviamente, no caso de obrigação de fazer; posto que as obrigações de não-fazer são sempre infungíveis) a

²⁷⁵ Segundo Pontes de Miranda às sentenças apresentariam “cargas de eficácia”, podendo dada modalidade de sentença apresentar-se de mais valia ao caso concreto. MIRANDA, 1970, p. 197 et. seq.

²⁷⁶ E presentes no ordenamento jurídico pro meio do art. 84 e 461 do CPC.

²⁷⁷ MARINONI, 1998, p. 356.

²⁷⁸ “(...) quando a pessoa do devedor é facilmente substituível, como é o caso do pintor de paredes ou do pedreiro, dizemos que a obrigação é fungível. Quando a obrigação é contraída tendo em mira exclusivamente a pessoa do devedor, como é o caso do artista contratado para restaurar uma obra de arte ou da equipe esportiva contratada para uma exibição, a obrigação é intuitu personae, porque levamos em conta as qualidades pessoais do obrigado.” (VENOSA, 2004, p. 104)

²⁷⁹ TESSLER, 2004, p. 180.

²⁸⁰ Acerca da diferenciação existente entre a sentença mandamental face as sentenças declaratória e condenatória Marinoni assevera que: “(...) a sentença mandamental delas se distancia por tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz. Na sentença mandamental há ordem, ou seja, imperium, e existe também coersão da vontade do réu; tais elementos não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como sentença correlacionada com execução forçada.” (MARINONI, op. cit., p. 351)

obrigação.²⁸¹ Sobre isso, poderia o sujeito, a título individual, requerer do poder judiciário a imediata remoção do ilícito; em caso de derramamento de petróleo poderia o indivíduo afetado requerer que a empresa responsável, quando identificada, e o Estado, em qualquer caso, ajam no sentido de minimizar o dano contendo a mancha de óleo e área restrita.

Já, quanto às decisões de eficácia executiva, o juiz, por meio de medida sub-rogatória, supre a vontade da parte obrigada, realizando a pretensão do autor. Como bem destaca Tessler: “A peculiaridade da sentença executiva é autorizar o juiz a adoção de medidas executivas, sem qualquer sentença condenatória. Permite-se a prática de atos de execução no âmbito do processo de conhecimento, rompendo-se com a idéia de que cognição e execução não podem ocorrer no mesmo processo.”²⁸²

O resultado desta nova visão é a ampliação da efetividade do processo²⁸³ face à ineficácia da visão trinária proposta por Liebman. De fato, com a inclusão dessas novas modalidades de tutela, fica patente a divisão presente na eficácia de cada modalidade de sentença frente à prestação fática, ou seja, a atuação da tutela jurisdicional no mundo concreto²⁸⁴.

11.2.1.

Lei de Ação Civil Pública

A Lei de Ação Civil Pública²⁸⁵ é de caráter fundamentalmente processual e tem por escopo a disponibilização de instrumentos eficazes à realização da tutela de interesses difusos, dentre os quais se destaca a proteção ao meio ambiente.²⁸⁶

²⁸¹ MARINONI; ARENHART, 2004, p. 470.

²⁸² TESSLER, 2004, p. 181.

²⁸³ “Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (‘toda decepção é muito triste’), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida mudança de racionalidade.” Com este trecho, Dinamarco representa muito bem a necessidade de que o jurista procure por uma visão mais atual do processo, pensando não só na observância do direito positivado, mas nos anseios e necessidades da sociedade para a qual, afinal, fora criado. (DINAMARCO, 2003, p. 331)

²⁸⁴ Estas tutelas são classificadas por ARENHART (2003, p. 92) como tutelas de prestação.

²⁸⁵ Ada Pellegrini Grinover, citada por Daniela A. Rodrigues coloca que “o texto fala impropriamente em ação civil pública, impropriamente por que nem a titularidade da ação é deferida exclusivamente a órgãos públicos (MP; União, Estados e Municípios), nem é objeto do processo a tutela do interesse público”. (RODRIGUEIRO, 2004, p. 110)

²⁸⁶ Ibid., p. 115.

O que se conclui com a adoção da LACP é uma maior tendência nacional a enveredar pelo caminho das *class actions* (ações de classe)²⁸⁷ do sistema norte-americano, ou seja, de garantir o acesso à justiça através da tutela dos interesses coletivos.

O fato é que a ação civil pública, eivada pelo seu caráter processual²⁸⁸, busca dar efetividade ao processo civil garantindo a realização do direito material

²⁸⁷ RODRIGUEIRO citando Isabella Franco Guerra nos traz as seguintes observações acerca das *class actions* e *common law*: “Common Law é um sistema originário da Inglaterra que, em razão da colonização inglesa, foi introduzido nos Estados Unidos. Está construído sob a égide das decisões das mais altas cortes estadunidenses. A transcrição da definição encontrada na *Barron’s Dictionary of Legal Terms* é esclarecedora, pois o verbete consigna ser este: ‘the system of jurisprudence, which originated in England and was later applied in the United States, that is based on judicial precedent (court decisions) rather than legislative enactment (statutes) and is therefore derived from principles rather than rules. In the absence of statutory law regarding a particular subject. Thus the traditional phrase ‘at common law’ refers to the state of the law in a particular field prior to the legislation in that field’. Ou seja: O sistema de Jurisprudência, o qual originou-se na Inglaterra e posteriormente foi aplicado nos Estados Unidos da América é baseado em precedente judicial (decisões das cortes) ao invés de disposições legislativas (leis) e, por conseguinte, é proveniente de princípios ao invés de normas. Na ausência de norma regulamentar referente a uma questão em particular, o juiz pode decidir com base no Direito Consuetudinário. Assim, a frase tradicional ‘no Direito Consuetudinário’ refere-se à condição da Lei numa área específica ao invés de Legislação naquela área. O arcabouço do Direito norte-americano é fornecido pela jurisprudência dos tribunais, a *equity* e pelo direito legislado (statutes). O traço marcante que distingue o Direito anglo-americano, baseado no sistema da *common law*, do Direito brasileiro, fundado no sistema europeu continental (família romano-germânica), pode ser apontado na autoridade dos precedentes jurisprudenciais. “The basic distinction between the two systems lies in the sources of law upon which they rely. The common-law system uses prior decided cases as very high sources of authority. The doctrine of *stare decisis* (let the decision stand) is one of its forms is the essence of the common law system. The doctrine states that courts should adhere to the law as set forth in prior cases decided by the highest court of a given jurisdiction as long as the principle from those cases is logically essential to their decision, is reasonable, and is appropriate to contemporary circumstances. Different courts apply this general policy with varying degrees of strictness; English courts, for instance, are inclined to be more rigorous than American courts in its application.” Ou seja: A distinção básica entre os dois sistemas reside nas fontes do Direito nas quais se baseiam. O sistema do Direito Consuetudinário utiliza-se das decisões de casos anteriores como fontes de referência. A doutrina com base na ‘*stare decisis*’ (que prevaleça uma decisão) em uma de suas formas é a essência do sistema do Direito Consuetudinário. A doutrina determina que as cortes devem aderir à Lei conforme estabelecida nas decisões de casos anteriores pela Suprema Corte de uma dada Jurisdição, contanto que a forma de princípio daqueles casos seja na lógica essencial às suas decisões, bem como razoável e apropriada às circunstâncias coincidentes. Diferentes Cortes aplicam esta política geral com variações de grau e rigor. As Cortes Inglesas, por exemplo, tendem a ser mais rigorosas que as Cortes Americanas na aplicação da mesma. Quando as cortes do *common law* não oferecessem remédio para solucionar a lide de forma justa, a questão seria decidida pela corte da *equity* (nos dizeres da autora a *equity* seria um complexo de regras que traduzem a possibilidade de administrar a jurisdição de forma adequada). A ação de classe é um instrumento da *equity*, razão pela qual deve ser compreendida como remédio para responder às novas demandas emergentes na sociedade de massa”. E continua Rodrigueiro: “A *class action* foi regulamentada em 1938 através da Rule 23, of Federal Rules of Civil Procedure. Ela é utilizada para defesa dos interesses de massa, como os afetos ao meio ambiente; por ela, um dos lesados ou o grupo lesado exerce o acesso a justiça em verdadeira forma de legitimidade ordinária concorrente; se o Juiz admitir a ação de classe proposta por um dos lesados, todos os demais integrantes do grupo deverão ser cientificados e, se pretenderem, deverão requerer sua exclusão do feito. A sentença alcançará todos que não solicitarem sua exclusão seja qual for o resultado do litígio.” (RODRIGUEIRO, 2004, p. 110 et. seq.)

²⁸⁸ MANCUSO, 1998, p. 24.

por intermédio da tutela jurisdicional adequada (no caso da LACP trata-se, como já dissemos, da tutela aos interesses difusos), neste sentido, ressalta Marinoni: “Direito à adequada tutela jurisdicional não é o mesmo que direito ao provimento de mérito. O autor, para obter tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de obter, precisa de uma séria de medidas estabelecidas pelo legislador (procedimentos – inclusive com a adequada cognição -, provimentos, meios coercitivos).”²⁸⁹

Na esteira do que estabelece o brilhante doutrinador fica clara a idéia de que a LACP enquadra-se entre as adequadas tutelas jurisdicionais, não apenas por dar ao autor o que este tem direito de obter, mas porque inova ao estabelecer a possibilidade de imposição das chamadas “astreintes”. A Lei de Ação Civil Pública institui, em seu artigo 11²⁹⁰, a possibilidade da adoção da pena de multa como forma de garantir a realização do que, por meio dela, restar determinado. O interessante, acerca deste instrumento, é a possibilidade de o juiz adotar tal medida ainda que sem o requerimento do autor, o que acaba por dar à LACP destaque no mundo jurídico nacional sendo, a princípio, instrumento ideal para garantir a efetivação das tutelas coletivas, dentre as quais a que se considera a é mais importante: A tutela ambiental.

Assim, faz-se um novo parêntese para alertar que a multa pecuniária é uma ferramenta poderosa na proteção ambiental.

A Constituição Federal elencou várias atribuições do *Parquet*, entre as quais, a promoção da ação civil pública para a proteção do meio ambiente. A Lei n.º 6.938/81, no art. 14, § 1.º também legitima o Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal, pelos danos ambientais e obviamente a Lei 7.347/85, que regula a ação civil pública, legitima não só o *Parquet*, como também as pessoas jurídicas de direito público, paraestatais e associações que tenham a finalidade de proteger o ambiente, a ingressar com ação pública. O ordenamento jurídico possibilitou também ao cidadão, como deve ser no regime democrático, a legitimidade de ingressar em juízo para anular ato lesivo ao meio ambiente, mediante a ação popular.

²⁸⁹ MARINONI, 1996, p. 122.

²⁹⁰ LACP – Lei da Ação Civil Pública, Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Portanto, não há como negar que a ação civil pública é um avanço, sem dúvida, porém sua efetividade é questionável. Edis Milaré afirma que são inúmeras as ações civis públicas que não chegam ao fim, seja pela complexidade da questão, seja pela falta de identificação social, comoção social empurrando a marcha processual ao seu deslinde, identificação social com o mérito da controvérsia, com o acompanhamento do processo.²⁹¹ Trata-se de uma representação, de uma legitimidade fictícia.

O cidadão médio tem dificuldade até mesmo de se dirigir ao fórum, localizar o processo e agilizá-lo. Se fosse uma ação individual, o homem médio poderia simplesmente se dirigir ao fórum e, dando seu nome ao serventuário, localizar o processo, acompanhá-lo, sistematicamente. Isso gera confiança, credibilidade, empatia, êxito.

Todos sabem que a marcha processual é lenta, todavia quando se trata de uma ação coletiva, sem real identificação social, a espera da marcha se torna ainda mais prejudicial, arrefecendo a opinião pública e o interesse na questão. Muitas vezes, os representantes dos cidadãos, diante do calor da opinião pública, ajuízam tais demandas coletivas, mas com o passar do tempo, com a diminuição do interesse da opinião pública, perdem a força e a disciplina para obter a tutela meritória.

Se as pessoas esquecem em quem votam, o que se dirá de ações coletivas que não possuem nenhuma identificação direta com o cidadão.

Outro problema na falta de comoção social pelo deslinde das ações civis públicas: O resultado retorna para o cidadão? Fundos criados e administrados sorrateiramente, sem publicidade e sem efetiva participação direta do cidadão, muitas vezes representado por políticos sem identificação com a sociedade afetada, consoante já relatado nesta obra.

Assim acredita-se que o cidadão deve ser demovido desse estado de inércia, sendo motivado a buscar a tutela jurisdicional de seus direitos, especialmente se for de forma individual; já que o cidadão não pode nem deve esperar que os órgãos representativos busquem esta tutela que muitas vezes demora. Posto que muitas vezes não possuem legitimidade de fato e por muitas vezes não se comprometem, efetivamente, com o deslinde final.

²⁹¹ MILARÉ, Junho 2005, p. 4 et. seq.

Acordar a cidadania é imperioso, principalmente tratando-se de direitos coletivos e difusos, nos quais a identificação com o resultado da demanda processual deve ser buscada pelo próprio cidadão.

11.2.2.

Ação popular como forma individual de exercício da tutela ambiental com vistas ao interesse coletivo

“Certamente com o exame da ação popular ambiental se depreenderá claramente que o sistema positivo brasileiro institui uma democracia social ambiental, concedendo ao cidadão legitimidade, a título individual, de exercer a tutela jurisdicional ambiental (...).”²⁹²

A esta constatação de Leite, deve-se acrescentar que a ação popular não é apenas meio idôneo para tutelar os interesses ambientais pertinentes ao dano material, como também se mostra extremamente eficaz na resposta ao dano extrapatrimonial ambiental, pois, como já levantado, há extrema dificuldade em se equiparar o dano extrapatrimonial entre os integrantes da coletividade²⁹³. Ora, o que se quer dizer é que a quantificação do dano extrapatrimonial na esfera individual depende da análise que seja feita caso a caso.

Neste ponto, reside a qualidade da ação popular, porque sua principal característica consiste no seu tom individualista que se lhe afigura quanto a possibilidade da busca pela tutela jurisdicional coletiva²⁹⁴. Trata-se de meio processual apto a garantir que o cidadão²⁹⁵ possa postular em juízo a manutenção, a reparação ou a indenização pelo dano que, embora diga respeito ao interesse coletivo, fere sua esfera de interesses. Sobretudo quando se fala de interesses

²⁹² LEITE, 2003, p. 147.

²⁹³ Não se quer, com isso, fazer crer que o dano extrapatrimonial não possa ser averiguado de forma coletiva, ao contrário, já se falou a respeito de tal possibilidade. Entretanto a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo não exclui a obrigação de reparar os danos extrapatrimoniais individualmente auferidos.

²⁹⁴ Art. 5, LXXIII – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

²⁹⁵ Aqui é necessário frisar a limitação que a lei impõe quanto à legitimidade da propositura da ação. Segundo os arts. 1 e 4 da Lei 4.717 de 1965 o cidadão apto à propositura da ação deveria ser brasileiro e estar no pleno exercício de seus direitos políticos, no entanto o art. 5 da Constituição parece ampliar o conceito de cidadão ao estabelecer parcial igualdade entre brasileiros e estrangeiros; dentre essas igualdades relativas reside a legitimidade para propor ação popular, tendo em vista a igualdade perante a lei. (LEITE, op. cit., p. 157)

metaindividuais, é óbvio que a esfera do cidadão será sempre lesada de alguma forma, posto ser este uma unidade da coletividade. Bielsa traz a seguinte definição:

Ação popular é o meio jurisdicional idôneo para defender, unido ao interesse pessoal, o interesse da coletividade referida a uma entidade pública: Nação, Estado ou Município. A concorrência de ambos os interesses não é acidental, senão necessariamente jurídica, ou seja, trata-se de uma solidariedade de interesses, os quais podem ser de ordem econômica – ou mais precisamente patrimonial – de ordem moral e cívica, mas acima de tudo, se trata sempre de interesses de ordem jurídico-político.²⁹⁶

Trata-se, a ação popular, de instrumento apto a realizar a participação democrática do cidadão frente à necessidade de tutela dos interesses difusos. No que tange ao Direito Ambiental, esta participação é mais do que apenas uma garantia democrática, mas a instrumentalização de um dever do cidadão face à obrigatoriedade que se lhe impõe por meio do Art. 225 da Constituição Federal, quer seja o dever de defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O fato é que o direito concedido ao ser humano de gozar de uma qualidade de vida e de um meio ambiente hígido lhe fornece um direito subjetivo, relativo a toda a coletividade, que pode ser exercido individualmente. Justamente de posse deste direito subjetivo e do dever a ele imposto pelo art. 225 da Constituição Federal é que o indivíduo fica possibilitado de se utilizar da ação popular. Neste sentido, assevera Leite:

A diferença primordial da tutela jurisdicional subjetiva, via ação popular, das demais de índole individualista está no fato de que esta última funda-se em um interesse próprio e, no caso de ressarcimento de lesões, destina-se ao indivíduo diretamente, de forma exclusiva e pessoal. No entanto, no primeiro caso, apesar de ser identificável com um interesse individual de todos, a tutela destina-se à proteção de um bem jurídico de dimensão coletiva ou difuso e o ressarcimento não se faz em prol do indivíduo, mas, sim, indiretamente, em favor da coletividade, por se tratar de um bem indivisível e de conotação social.²⁹⁷

²⁹⁶ BIELSA apud LEITE, 2003., p. 147.

²⁹⁷ LEITE, op. cit., p. 150.

Quanto à necessidade de individualizar a oportunidade processual de defender o meio ambiente, especialmente quando se trata de ação coletiva, veja-se o ensinamento do Promotor Fernando Reverendo Vidal Akaoui²⁹⁸:

Assim, é necessário que a coletividade se convença de que legar a defesa do meio ambiente apenas aos órgãos públicos ou às associações civis não é o suficiente, posto que as ações degradatórias infelizmente se multiplicam cada dia mais, e a cooperação de todos é necessária para que se possa vencer esta guerra que se estabeleceu entre a devastação do meio ambiente e a necessidade de preservação de nossos valores ambientais.

Cabe concluir que a ação popular possui uma dupla funcionalidade: a primeira diz respeito à faculdade da dita ação em responder aos anseios individuais face ao dano, ou à ameaça do dano, e a sua justa reparação e a segunda, e mais importante, diz respeito ao objetivo mediato da ação popular, quer seja “(...) a preservação, conservação e recuperação do meio ambiente, ou seja, a proteção ambiental.”²⁹⁹

Antes do fim deste tópico, deve-se falar sobre a importância do Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental, importante ferramenta que deve ser utilizada, tanto nessas ações populares, quanto nas ações civis públicas, pois é a maneira mais eficaz de dar executividade (certeza, liquidez e exigibilidade) à proteção ambiental. Neste sentido, é importante se aprofundar no estudo deste fundamental e precioso instrumento, analisado e amplamente estudado pelo Promotor Fernando Reverendo Vidal Akaoui.³⁰⁰

11.2.3.

Ações indenizatórias individuais

O autor Edis Milaré afirma:

A vítima do dano ambiental reflexo pode buscar a reparação do dano sofrido, no âmbito de uma ação indenizatória de cunho individual, fundada nas regras gerais que regem o direito de vizinhança. Esse ramo do Direito vem sofrendo diversas reformulações, incorporando conceitos relativamente novos, como a função socioambiental da propriedade, e ampliando conceitos mais antigos, como o da vizinhança, que hoje, por exemplo, já não abrangeria apenas as áreas

²⁹⁸ AKAOUI, p. 44.

²⁹⁹ RODRIGUEIRO, 2004, p. 120.

³⁰⁰ AKAOUI, op. cit.

*contíguas a uma indústria poluidora, mas se aplicaria por igual às propriedades mais distantes e que houvessem de alguma forma, sido atingidas por emissões atmosféricas lesivas à saúde dos moradores locais.*³⁰¹

Conforme demonstrado em diversas passagens, acredita-se que a busca do direito individual homogêneo, por meio de ações indenizatórias individualizadas, é mais efetiva que a busca do direito por intermédio de ações coletivas.

Primeiro; consoante já dito, deve-se ressaltar o aspecto de participação efetiva do cidadão, sem fictícias representações processuais, sem destinação da pecúnia indenizatória a fundos “ocultos” e mal geridos, com identidade, com participação, com comoção e interesse direto do cidadão com o resultado da demanda, impedindo processos abandonados ou engavetados, sem deslinde, ou seja, “sem dono”.³⁰²

Segundo; trata-se de utilizar a velha ferramenta processual em busca da efetividade do novo direito, do direito coletivo. É uma simples questão de comunicação. A melhor forma de se comunicar é utilizando a linguagem conhecida pela maioria; neste caso, pela maioria dos operadores e aplicadores do direito; principalmente quando se vêem posicionamentos que podem levar processos coletivos conduzidos por anos a fio a um deslinde desconexo com a efetividade, por exemplo, quando afasta a busca de reparação de danos morais através de ações coletivas, como já relatado e apresentado em tópicos anteriores.

Assim, traz-se o novo com a roupagem do velho diminuindo e evitando o “medo do novo” e, conseqüentemente, as surpresas advindas destas recentes jurisprudências encalacradas por pensamentos “velhos”, utilizando-se as boas e velhas ferramentas e, por conseqüência, alcançando a efetividade e os direitos dos cidadãos, seja de qual forma processual for.

Neste sentido, vale ressaltar, tanto José Rubens Morato Leite³⁰³, já mencionado em diversas passagens, quanto Karin Kässmayer³⁰⁴, a qual, baseada nos posicionamentos do primeiro doutrinador, coloca de maneira bem clara a

³⁰¹ MILARÉ, 2005, p. 178.

³⁰² Não esqueça que conforme já mencionado, nas causas sócio-ambientais, parece que se aplica aquele velho ditado, “o que é de todo mundo não é de ninguém”. Nesse sentido que se disse que parece que não tem dono, sem esquecer, evidentemente, de que o meio ambiente se configura como *res omnius*, ou seja, coisa de todos.

³⁰³ LEITE in KÄSSMAYER, p. 246.

³⁰⁴ KÄSSMAYER, loc. cit.

importância de utilizarem “as velhas armas e ferramentas” em prol da construção do novo império do Direito, senão veja-se:

Como meio de tutelar o meio ambiente através da ação individual, demonstrando mais uma hipótese de dano individual, ressalta-se o direito de vizinhança na perspectiva ambiental. Aponta José Rubens Morato Leite: “Entende-se, de fato, que existe uma tutela jurisdicional restrita à proteção ambiental, posto que depende de uma ação voluntária do indivíduo que sofreu um incômodo de vizinhança, mas não se pode negar a contribuição reflexa na proteção ao meio ambiente”.

Diante do já assinalado, embora o direito de vizinhança restrinja-se à relação individual entre os vizinhos, ao ocorrer um incômodo ambiental o interesse individual dos particulares transfere-se ao coletivo, de modo reflexivo, citando como exemplo a emissão de gases poluentes.

Sem dúvida, faz-se uma releitura do Direito Civil, “desvinculando-se do individualismo radical e utilizando-se conjuntamente de todo o aparato legal ambiental.” ... (omissis)

Por fim, afirmou-se da possibilidade de os indivíduos, através de instrumentos processuais consagrados em nosso ordenamento jurídico, buscarem a reparação do dano ambiental individual, acolhido por nossa legislação. Da análise jurisprudencial, todavia, evidenciou-se do não freqüente acionamento destas espécies de ações, merecendo o dano ambiental individual maior atenção dos estudiosos do ramo ambiental, pois o objetivo é a tutela da sadia qualidade de vida, em todo e qualquer meio ambiente.

Portanto, entende-se a possibilidade e efetividade do ajuizamento de ações indenizatórias individuais pelo dano ambiental sistêmico e reflexo como o modo mais efetivo de restauração socioambientaleconômico, gerando, conseqüentemente, o caráter pedagógico ao infrator ambiental, sem contar que por meio de acordos individuais³⁰⁵, os poluidores, poderão e deverão, mitigar e compensar os danos ambientais, além de tomar todas as medidas, efetivas, para cessarem o dano, especialmente se estas ações indenizatórias tiverem pedidos liminares de obrigações de fazer com multa diária, *astreintes*.

³⁰⁵ Neste sentido, deve-se frisar que mesmo em acordos individuais, pode-se acordar que o poluidor repare o meio ambiente, restaure, compense, etc., exatamente como nos Termos ou Compromissos de Ajustamento de Conduta supra-citados, com base na autonomia da vontade.

12

Últimas considerações

É impossível separar o homem do ambiente; eles interagem, comungam, partilham, dividem, coexistem com sincronia e sinergia. Será? O homem é racional já que se adapta ao meio em que vive, mas quando o meio não permitir mais a adaptação a ele, destruindo, repelindo, exterminando, o que se fará? Será que os humanos são racionais, será que saberão raciocinar em paz, será que depois de depredar o meio ambiente, ter-se-á que depredar a si, destruir-se, aniquilar-se?

É impossível aos seres humanos e racionais, viverem sem água, sem comida, sem oxigênio, sem camada de ozônio. Fome, doença, violência, desrespeito serão os frutos desta nossa racionalidade afetada, desta nossa racionalidade consumista, desta nossa racionalidade irracional e desequilibrada.

O ciclo vicioso do acúmulo de capital, aumenta o abismo entre as classes sociais e eterniza os ricos, cada vez mais ricos, em contrapartida à exclusão e à pressão sobre os trabalhadores, mantendo-os submissos e dependentes. O processo de endividamento dos estados, a globalização, o crescimento desenfreado das instituições financeiras, a grande carga tributária, e até mesmo o badalado *superávit* primário, tudo, tudo mesmo calcado no uso irracional e não-sustentável dos recursos naturais não-renováveis.

Todavia sem riqueza, sem acúmulo, sem reservas, não se tem como arcar com os custos sociais, não se tem como investir em ensino, saúde, em pesquisa, em ciência, em desenvolvimento, não se tem como financiar projetos, cobrar resultados, ter-se eficiência e eficácia.

Leonardo Boff, em sua obra *Saber Cuidar*, defronta os seres humanos racionais com uma nova ética humana.³⁰⁶

Isso é um conflito que se tem que aprender a cuidar, a julgar e resolver baseado em novos princípios, paradigmas e culturas, em prol da felicidade e da satisfação da comunidade global.

Sem cuidado com o meio ambiente, não haverá soberania, não haverá autodeterminação dos povos, não haverá respeito, mercado, consumidores, globalização, dignidade, não haverá vida futuro, mas também não se pode simplesmente bloquear o futuro e voltar-se a viver em cavernas; tem-se sim que gerar qualidade de vida, por meio da economia, ciência e desenvolvimento.

Para este conflito, especialmente calcado nos direitos difusos e coletivos, na função social da terra, o homem moderno vem criando formas legais, transnacionais, suprapartidárias ou supra-ideológicas, universais, a fim de tutelar a todos e ao planeta em que vivemos.

Verificam-se tais princípios, que demonstram esse novo paradigma social, histórico, econômico e humano, em diversas legislações no decorrer dos anos, tratados, protocolos e leis internacionais, supraconstitucionais, constitucionais e infraconstitucionais.

É neste “solo fértil”, que se depara com Dworkin.³⁰⁷

As discussões sobre a interpretação da legislação ambiental brasileira; com todos os seus avanços e peculiaridades, muitos, diametralmente opostos a princípios clássicos e ultrapassados do direito pátrio³⁰⁸, amplamente consolidados em nossas legislações antigas e principalmente em inúmeros julgados de nossos tribunais, bem como na educação jurídica arcaica e mercantilista dada em nosso país, transformam quase todas as demandas ambientais, em casos difíceis de

³⁰⁶ “Tudo o que existe e vive precisa ser cuidado para continuar a existir e a viver: Uma planta, um animal, uma criança, um idoso, o planeta Terra. Uma antiga fábula diz que a essência do ser humano reside no cuidado.”

³⁰⁷ DWORKIN.

³⁰⁸ Definitivamente o Direito Ambiental, especialmente em nosso país, vem crescendo, modificando outras áreas do direito, afastando a aplicação de antiquados princípios “clássicos” do direito brasileiro, sejam materiais quanto processuais, como à questão da propriedade “plena e absoluta”, do contrato fazendo a “lei” entre as partes, de ninguém poder pleitear direito alheio em nome próprio, do direito de vizinhança, da responsabilidade objetiva (sem culpa), influenciando a jurisprudência pátria.

serem julgados; os quais podem e devem ser analisados e interpretados, com maior profundidade, utilizando vários dos ensinamentos de Dworkin³⁰⁹.

O mais interessante; é que reler a obra de Dworkin por motivos acadêmicos será, sempre, um grande presente do destino a qualquer pessoa, tanto aplicadores do direito, como em especial às pessoas que exercem a advocacia³¹⁰.

Recentemente acompanhou-se³¹¹ a situação fática, o enquadramento jurídico, o ajuizamento, andamento e desfecho de inúmeros processos individuais de pescadores, vítimas de inúmeros danos ecológicos, morais e patrimoniais surgido de um dos maiores acidentes ambientais ocorridos no litoral paranaense, a explosão do navio Vicunã³¹². Em virtude dessas demandas, em especial do deslinde rápido e efetivo das mesmas, começou-se a ter uma leitura ainda mais clara e ambiciosa da importância da atividade interpretativa, especialmente dos juízes, em prol da evolução do direito, do crescimento do direito, da satisfação da comunidade, da confiança das pessoas no sistema, e de todas as repercussões sistêmicas, advindas da interpretação e aplicação do direito, buscando a efetividade.

As discussões ambientais, invariavelmente, envolvem complexas questões econômicas, sociais e políticas, resultando em conflitos diretos entre dois ou mais princípios do Direito, como a discussão entre o direito ao emprego, moradia e qualidade de vida em detrimento da proteção ambiental, livre iniciativa diante das

³⁰⁹ A obra de Ronald Dworkin é fundamental, moderna e versa sobre o estudo do direito de uma maneira clara, utilizando o estudo de casos concretos e fictícios para exemplificar a dificuldade de compreender como somos todos comandados por leis, quando estas, são mudas, obscuras e ambíguas. Dworkin ressalta que durante anos vem desenvolvendo um pensamento no sentido de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis.

³¹⁰ A Advocacia está passando por uma fase de transição, de reinvenção. Novos enfoques e novas áreas estão surgindo. É preciso estar em permanente estado de atenção e repostas às mudanças: gestão do conhecimento, empreendedorismo jurídico, mudança na grade curricular dos cursos de Direito, relação cliente-advogado, comunicação integrada, inovação, gestão estrategicamente aplicada, gestão de pessoas são temas que deverão fazer parte do nosso cotidiano na Advocacia. (SELEM; BERTOZZI, p. 11)

³¹¹ Este acompanhamento foi a experiência prática do estudo técnico e acadêmico ora apresentado.

³¹² “O recente acidente ocorrido no Porto de Paranaguá no dia 15.11.2004, com a explosão do navio chileno Vicunã e derramamento de álcool metanol e óleo combustível retrata um exemplo fático no tocante a danos ambientais, individuais, patrimoniais e extrapatrimoniais (...) No plano individual, os maiores lesados foram os pescadores, já que as Portarias 025/04 (IBAMA/IAP) e 032/04 (IBAMA/IAP) proibiram a pesca em mar aberto em um trecho compreendendo os balneários de Shan-gri-lá e a baía de Pinheiros. Embora tenha ocorrido a distribuição de cestas básicas aos pescadores, além do pagamento de seguro pelo Governo Federal, a perda patrimonial decorrente do dano ambiental às famílias que vivem da pesca local é constatável.” (KÄSSMAYER, p. 242 et. seq.)

restrições de atividades potencialmente poluidoras, assim por diante. Além disso, questões intrínsecas e subliminares das discussões ambientais, especialmente, quanto à defesa e à proteção ambiental são apenas utilizadas como um “manto sagrado”, para, na verdade, cobrir verdadeiras disputas econômicas, muitas vezes de reserva de mercado, com enormes desdobramentos econômicos e sociais.

Tem-se que fazer um parêntese. Qual é o problema de, por exemplo, alguém tomar alguma medida judicial para parar uma obra potencialmente poluidora, não só por questões de proteção ambiental, mas também para impedir que aquele novo empreendimento, que está por vir, gere impacto imediato em sua atividade econômica? Ora, esses motivos de ordem subjetiva, ou de foro íntimo, não devem atrapalhar a interpretação, muito menos, quando, efetivamente há desrespeito às normas ambientais, ou mais ainda, risco efetivo ao meio ambiente.

Continuando, imagine-se nas questões de direito civil. Muitas pessoas buscam uma indenização, não só por acharem que tem o direito, mas muitas vezes por ambição, ganância, inveja e assim por diante. Os seres humanos não litigam apenas por princípios valiosos, também litigam, e talvez na maioria das vezes, por princípios não tão valiosos assim. Será que o Direito, mais especificamente a interpretação do Direito deve se ater a estas questões psicológicas e de foro íntimo dos litigantes? Acredita-se que não, pois como Dworkin relata, a missão de simplesmente interpretar e aplicar as normas; diante dos problemas semânticos e lingüísticos; diante da intenção dos legisladores, ou julgadores; diante das leis truncadas e toscas, já é por demais penosa e difícil. Quem dirá, se agora o aplicador do direito, ainda quiser analisar os motivos, de foro íntimo, que fizeram uma pessoa litigar. Imagine-se que os aplicadores do Direito também começassem a se preocupar com o foro íntimo não só do litigante ativo, mas também com o passivo; seria impossível julgar, decidir, gerar satisfação na comunidade, desenvolver o direito.

Voltando à questão ambiental, frise-se que o Direito Ambiental no Brasil evoluiu muito, desde 1981, com a lei da Política Nacional de Meio Ambiente³¹³, a

³¹³ A concepção de uma política ambiental nacional, implantada pela Lei n.º 6.938/81, foi um passo importante para tratar a defesa ao meio ambiente de forma global e unitária. A criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), por sua vez, capacitou o Poder Público a se organizar de forma coesa e estruturada, criando órgãos com competência específica, evitando invasões de um órgão no campo do outro e otimizando a aplicabilidade das normas e princípios de proteção ao meio ambiente. A lei 6.938/81 determina que: “Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de

qual foi recepcionada pela Constituição de 1988³¹⁴. Contudo, somente a partir de 1998, com a lei de Crimes Ambientais³¹⁵, acredita-se que se tenha chegado realmente a uma mudança de paradigma jurídico-ambiental, oriundo da vontade de legisladores, eleitos democraticamente, pela vontade popular. Esta lei ambiental, rigorosa, com evoluções jurídicas, no entanto com imperfeições técnicas, foi fruto direto, da evolução social de nossa nação.

Por fim, também ressalta-se a lei de 2001, que criou o Estatuto das Cidades, também fruto genuíno e legítimo da evolução da nossa sociedade e da cidadania.

Mas agora, o Direito Ambiental no Brasil está em um momento de confirmação, em que as questões levadas à justiça, começam efetivamente a terem um deslinde, com a interpretação e aplicação das leis pelos magistrados, tanto das instâncias inferiores quanto superiores, gerando resultados práticos na comunidade.

O leitor pode perguntar: Por que só agora, vinte e quatro anos após a lei que trouxe a responsabilidade objetiva, dezessete anos após a constituição, oito anos após a lei de crimes ambientais é que se está verificando o deslinde de questões ambientais na esfera judicial?

ordem física, química e biológica, que permite, ABRIGA E REGE A VIDA EM TODAS AS SUAS FORMAS; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem A SAÚDE, A SEGURANÇA E O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO; B) CRIEM CONDIÇÕES ADVERSAS ÀS ATIVIDADES SOCIAIS E ECONÔMICAS (...). Portanto, todas as pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem prejuízos morais ou materiais, divisíveis, oriundo de um mesmo dano ambiental podem e devem buscar a tutela jurisdicional. Neste sentido, vale transcrever o teor do artigo 14, parágrafo primeiro da Lei 6.938, de 31/08/91, o qual dispõe o que segue: “Art. 14. (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” Extrai-se da frase “independentemente da existência de culpa”, a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, o ilustre jurista Nelson Nery Junior leciona que os pressupostos da responsabilidade civil por dano ecológico são, apenas, o evento danoso e nexos de causalidade, ou seja, o causador de dano ambiental tem o dever de indenizar, mesmo não tendo culpa no evento danoso.

³¹⁴ Na Constituição Federal, em seu artigo 225, parágrafo terceiro, encontra-se o seguinte enunciado: “Art. 225. (...) § 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”.

³¹⁵ Na esfera penal e administrativa, deve-se ressaltar a rígida e recente norma de crimes ambientais – Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dando ainda outras providências. Portanto, verifica-se que a pessoa física ou jurídica que ensejar dano ambiental poderá ser penalizada, tanto na esfera criminal, como na administrativa e cível, independentemente.

Primeiro, relevante mencionar que tais leis trouxeram uma grande evolução e uma mudança cultural enorme, da qual tanto os operadores, aplicadores como, em grande parte, a população média, demoraram a compreender a amplitude, a importância e até mesmo a aplicabilidade, funcionalidade e efetividade das normas ambientais. Tudo isso, ressaltando a complexidade das questões ambientais, consoante anteriormente frisado; em que as provas periciais eram longas e difíceis, em que os interesses coletivos e difusos³¹⁶ protegidos pelo Ministério Público se convertiam em algo tão distante da realidade do defensor destes direitos que se perdia na marcha processual. Sem falar da falta de legitimidade real (não processual uma vez que a lei da ação civil pública e o código de defesa do consumidor dão legitimidade ativa para ações civis públicas por parte do Ministério Público, ONGS, etc.) e da falta de comoção social. Visto, que os cidadãos representados não se reconheciam em causas diluídas por direitos difusos e coletivos, nas quais sequer seus nomes constavam.

Vale frisar ainda, que muitas dessas questões ambientais tiveram, antes da discussão judicial, que passar por longos debates na esfera administrativa, dentro de órgão ambientais, sem perfil para tais julgamentos, com estruturas que permitem vários recursos administrativos.

Por fim, as questões ambientais começaram a ter mais respeito, maior interesse, tanto da população, quanto dos operadores e aplicadores do direito, em face da enorme mídia resultante dos grandes acidentes ambientais que recentemente experimentou-se no país, como o vazamento de óleo na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro; como o vazamento de óleo no Rio Iguaçu e depois no Rio Nhundiaquara e na Baía de Antonina e Paranaguá, no Paraná, em 2001; o vazamento de resíduos em Cataguazes, Minas Gerais; a explosão do navio Vicunã no Porto de Paranaguá, Paraná em 2005; entre outros. Todos sempre com grande cobertura da imprensa, gerando grande comoção social pelos danos diretos, diversos, sistêmicos e reflexos geradores nas comunidades atingidas.

³¹⁶ Segundo o Dr. Hugo Nigro Mazzilli – Membro do Conselho Superior do Ministério Público, do Órgão especial do Colégio de Procuradores de Justiça, de bancas de Concursos de Ingresso ao Ministério Público (SP e RJ), Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e integra o corpo docente da escola Superior do Ministério Público (SP): “Os interesses individuais homogêneos, para o CDC, são as de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de uma origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Mas em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos.”

Todos esses pontos, somados a outros imprevisíveis e não contextualizados³¹⁷, fazem com que o Direito Ambiental experimente, atualmente, a travessia de sua principal fronteira, sua interpretação e aplicação.

Com insistência, acredita-se veementemente que esta ferramenta de estudo, o Direito Ambiental, ainda mais no Brasil, é um exemplo perfeito³¹⁸, um ótimo pano de fundo, para relatar, debater, contextualizar questões inerentes à evolução do Direito e suas diversas teorias, em especial a efetividade e sucesso do direito na sociedade moderna e pós-moderna, analisando a interpretação do direito com integridade.

Como Dworkin ensina, não se quer ficar fazendo exercícios circulares de tentar descobrir o que este ou aquele pensador ou filósofo do direito queriam dizer com isto ou aquilo, com esta ou aquela teoria. Ainda mais considerando épocas diferentes, culturas diferentes, sociedades diferentes, sem esquecer os imensos “vácuos” oriundos da difícil arte de se comunicar, tanto de falar quanto ouvir; ler, entender e interpretar, no difícil labirinto lingüístico que existe. Pretende-se preservar ao máximo essa linha de raciocínio e experiência prática e profissional, diferença esta que neste momento não se quer desperdiçar, relatando, agora sim, como um estudo acadêmico que teve na experimentação e aplicação prática o seu diferencial e a sua comprovação.

12.1.

Ambiental: O novo império do Direito

Deve-se contextualizar os motivos pelos quais, entende-se que o Direito Ambiental é um campo extremamente fértil, para usar como embasamento material para discutir a obra de Dworkin, bem como outros temas fundamentais,

³¹⁷ Ponto de Mutação.

³¹⁸ Dworkin corrobora este posicionamento, já que em sua obra, O Império do Direito (p. 19 passim), utiliza-se de alguns casos reais que foram decididos por juízes ingleses e norte-americanos; entre eles o caso Snail Darter, um caso ambiental de 1973, especificamente sobre a interpretação e aplicação da Lei americana das Espécies Ameaçadas, em que o escritor relata: “Um grupo de preservacionistas do Tenesse vinha se opondo aos projetos de construção de uma barragem, não devido a alguma ameaça às espécies, mas porque esses projetos estavam alterando a geografia da área ao transformarem regatos que corriam livremente em feios e estreitos fossos. (...) Esse grupo descobriu que uma barragem quase concluída, que já consumira mais de cem milhões de dólares, ameaçava destruir o único habitat do snail darter, um peixe de 7,5 cm, destituído de qualquer beleza, interesse biológico ou importância ecológica especiais. (...) Não obstante, a Suprema Corte ordenou que a barragem fosse interrompida, apesar do enorme desperdício de recursos públicos.

como o controle social do direito, o direito e o poder, a validade, eficácia, efetividade e legitimidade do direito, a aplicação do direito, em especial do direito ambiental, as lacunas do direito e a integração do direito e a discricionariedade judicial. O que já se falou, somado ao que se irá discorrer abaixo serão os termos de um acordo pré-interpretativo.³¹⁹

Primeiro, está-se em um país em pleno desenvolvimento, que necessita ampliar suas fronteiras, que possui uma enorme dívida social, uma inaceitável e péssima distribuição de renda, exclusão e marginalização de uma numerosa camada da “sociedade” brasileira.

Estes elementos aumentam o conflito ambiental no país. Tem-se uma legislação extremamente rigorosa, têm-se órgãos ambientais em todos os níveis, tem-se o Ministério Público ciente de seus poderes e deveres, mas ainda se é uma colônia, pagando juros de uma dívida externa, cumprindo o superávit primário a duras custas sociais.

Onde está a salvação? Ela está exatamente neste conflito, nesse embate diário que se deve ter em busca de um crescimento sustentável.³²⁰ Verifica-se que os conceitos inseridos dentro do dito crescimento sustentável são conflituosos em essência, demonstrando ainda mais a importância da interpretação do direito ambiental, sobretudo com a inclusão da universalidade, com a inclusão do ser humano³²¹, tendo como “campo de combate” todo o nosso planeta e a vida sobre ele. Se o direito ambiental é universal, alcançando o globo e todas as suas formas

³¹⁹ DWORKIN, p. 113.

³²⁰ "A noção de sustentabilidade tem-se firmado como o novo paradigma do desenvolvimento humano. A Agenda 21 significa a construção política das bases do desenvolvimento sustentável, cujo objetivo é conciliar justiça social, equilíbrio ambiental e eficiência econômica. De forma gradual e negociada, resultará em um plano de ação e de planejamento participativo nos níveis global, nacional e local, capaz de permitir o estabelecimento do desenvolvimento sustentável, no século XXI." José Sarney Filho - Ministério do Meio Ambiente no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso

³²¹ Definitivamente, o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental do ser humano, mas será que é um direito humano internacional? Vejam-se alguns ensinamentos sobre a definição de Direitos Humanos, dados por Louis Henkin: “Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas ‘reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo’, reivindicações estas reconhecidas como “de direito” e não apenas por amor, graça ou caridade.” Conforme enfatizado pela Prof. Flávia Piovesan em sua obra (STEINER in PIOVESAN, p. 39), Henry Steinar ensina que: “Muitos dos princípios nos quais o Direito Internacional dos Direitos Humanos está baseado relacionam-se à necessidade de assegurar que não apenas violações cessem, mas que a justiça seja feita em relação a ambos, vítimas e perpetradores. Esses princípios incluem o direito a um remédio, à responsabilização, à punição dos autores e ao pagamento de uma indenização apropriada, bem como a medidas que facilitem a reabilitação da vítima”.

de vida³²², é evidente e notório o tamanho desse império (pelo menos o tamanho deste império no campo acadêmico e no campo filosófico, por enquanto). Por isso, chama-se este capítulo de Ambiental, o novo império do Direito.

A exacerbada preocupação com a fauna e a flora não podem ultrapassar os limites da ética e da proteção aos direitos individuais dos cidadãos, afigurando-se enquanto fatores de exclusão social, que geram pobreza, discriminação e marginalização. O desenvolvimento sustentável é a premissa, é o objetivo, é a missão. O homem, sem sustento, sem renda, sem educação é o maior fator de degradação ambiental, produzindo lixo sem captação, explorando toda e qualquer fonte de recurso de maneira inadequada, caçando, matando, roubando, se marginalizando-se diante da exclusão social, a qual não pode e não deve ser promovida por atos de governo, muito menos com a alegação de proteção ambiental.

Esse é o conflito gerido pelo atual Direito Ambiental, Social e Econômico, cada vez mais forte, mais amplo, com mais oportunidades, mais demandas, mais dificuldade de interpretação, exatamente como Dworkin tanto mencionou em sua obra.

Sabe-se que toda mudança de paradigma vem envolta de luta, força e ruptura, porém, sabe-se que quando se trata de sobrevivência, os humanos são racionais, pois se adaptam, tanto que começam a adaptar os conceitos sociais, jurídicos e econômicos visando definitivamente o bem comum e a função social da existência.

A legislação ambiental é rigorosa e ampla, mas são necessários, em nosso país, ainda, alguns ingredientes em no próprio processo civilizatório: advogados empreendedores, cidadãos confiantes e cientes de seus direitos, dispostos a

³²² Em 1977, Sérgio Ferraz, em seu artigo denominado Responsabilidade Civil por dano ecológico, aponta a degradação do meio ambiente como um problema mundial, afeto aos “cidadãos do mundo”, consoante já citado neste texto. Com razão, Sérgio Ferraz, o qual já demonstrava a preocupação com a dimensão global dos problemas ambientais, ensina que: “Assim, eu poderia, dentro desse esquema idealmente imaginado, propor uma ação contra o Poder Público que resolvesse construir uma estrada discutível na Amazônia, sem estar ali residindo e sem pensar sequer em para lá mudar meu destino ou domicílio. E não só eu: enquanto a Amazônia é uma reserva atmosférica, para todo o nosso planeta, na realidade, qualquer cidadão do mundo deveria estar legitimado a procurar uma atuação do Poder Judiciário do Brasil contra um ato administrativo brasileiro que tivesse permitido uma agressão à integridade da Floresta Amazônica.” Vê-se, novamente, que a questão universal e ampla da proteção ao meio ambiente é condição sine qua nom para a proteção da dignidade da pessoa humana, da nossa saúde física e mental, da nossa moral, do nosso trabalho, da nossa moradia, da nossa qualidade de vida, da nossa sociedade, da nossa cidade, do nosso planeta.

exercitá-los e magistrados motivados e confiáveis, tanto no aspecto técnico, quanto no aspecto ético e moral.

Esse conflito necessita destes tópicos supra ressaltados, sobre os quais passar-se-á a discutir e criticar, já que a refutação faz parte do processo de conhecimento.

12.2.

A interpretação do Direito Ambiental

É muito mais difícil interpretar o direito ambiental positivo, do que muitos imaginam. Afirma-se isto, em face de tudo que já se disse até o momento, motivo pelo qual passou-se algumas páginas falando dos ingredientes do conflito ambiental.

Não adianta os advogados buscarem os direitos desrespeitados, convencerem as pessoas a exercerem a cidadania, os novos cidadãos acreditarem e acompanharem a marcha processual, se, quando da aplicação da norma, não for determinado, de forma clara e direta, o direito, seja de maneira favorável ou não ao pleito do cidadão, mas que seja rápido e compreensível.

Agora ter-se-á que se discutir, desde vocação, até formação técnica e humana. Vemos cada dia mais, diminuírem os operadores e aplicadores do direito vocacionados, para crescerem os frustrados, já que muitas vezes são levados ao cargo por necessidade de estabilidade.

Nos Estados Unidos, há a figura do juiz eleito, ou seja, mantém o magistrado em eterna dependência da legitimidade social. No Brasil não, defende-se uma magistratura independente, com inúmeras prerrogativas que vêm, na prática, enfraquecendo a instituição.

Não se tem cursos de reciclagem, cursos motivacionais, não se tem obrigatoriedade de desempenho, de produtividade, não se tem, ainda, acompanhamento da opinião pública. Não se está falando de controle externo, fala-se de publicidade, real, das decisões, de debate e estudo destas decisões.

Portanto, o aplicador do direito, atualmente, vive em uma ilha, isolado econômica e socialmente. Se trabalhar mais, nada ganha; se não tiver nenhuma aprovação social, nada perde.

Além disso, constatam-se operadores do direito cada vez mais novos, recém aprovados em concursos, empossados em comarcas mais distantes, cuidando de todas as áreas do direito, sem ter nenhuma experiência profissional anterior. Isso é ruim, visto que lá, eles terão uma importância dentro do contexto social muito maior, de muito mais responsabilidade, com muito maior pressão política e social, e, pior, com um contato direto com as consequências de suas decisões.

Todavia, independentemente de tudo isso, o aplicador do direito tem a árdua missão de aplicar o direito ao caso concreto, gerando efeitos práticos. Sem sombra de dúvidas, é um “sacerdócio” que precisa ser respeitado e compreendido em todas as suas nuances. Deve-se respeitar todas estas dificuldades dos aplicadores do direito e as compreender, sejam técnicas ou psicológicas.

Na esfera do direito ambiental, essas dificuldades são ainda maiores. Os maiores conflitos ocorrem nas fronteiras do desenvolvimento, exatamente onde estão, normalmente, os novos magistrados. Lá, o conflito ambiental é mais premente, contudo, a desinformação, o isolamento, a pressão social e política são ainda maiores.

Assim, tem-se que buscar a eterna motivação e aperfeiçoamento técnico e psicológico dos aplicadores do direito, para que, quando da interpretação da norma e sua aplicação, exerçam em sua plenitude a crucial função da magistratura.

Vladimir Passos de Freitas ensina que o magistrado deve ter atitude quando se tratar de conflitos ambientais: *“No exercício da jurisdição o juiz deverá atentar para a relevância social das ações ambientais, sendo assim, o juiz não deve ser expectador apático dos fatos que lhe são submetidos. Ao contrário, deve acompanhar a prova e avaliá-la tendo em vista o interesse coletivo na busca da verdade, interesse este que por ser público e genérico, sobrepõe-se aos casos em que a ofensa seja individual.”*³²³

O papel do juiz na defesa do meio ambiente deve ser analisado de maneira mais efetiva. A doutrina ensina que:

Nesse contexto, deve o juiz pautar-se pela cautela e bom senso, dada a sua responsabilidade na tutela do ambiente, frente à tendência dos seres humanos a

³²³ FREITAS, V.; FREITAS, G. in JUCOSVSKY.

devastarem a natureza. Há que se notar que, em termos ecológicos, o interesse tutelado pela norma jurídica é a vida em si mesma, de modo que trata-se, então, de interesse público de alta importância a ser considerado no ponderado julgamento da demanda. Poderá o Juiz a vir se deparar com interesses de poderosos grupos econômicos ou políticos contrários ao interesse postulado na causa, em rota oposta à defesa do ambiente. E, então, deverá o Magistrado adotar postura destemida, atuante e de acordo com o sentimento mais profundo da comunidade e do meio jurídico. Não raro o Juiz esbarra em conflitos de interesses públicos de difícil solução, a exemplo da construção de uma rodovia em local em que a flora e a fauna poderão ser prejudicadas. Caberá a ele sopesar, ponderadamente, os valores sob exame e proceder à uma opção, sem dúvida, imbuído de certa discricionariedade.(...) omissis (...) Reclama-se do Juiz em ações desse jaez um papel mais ativo e menos inerte, a fim de fazer incidir, de forma efetiva, o comando constitucional previsto no artigo 225 da Carta Magna. Com efeito, “no exercício da jurisdição o juiz deverá atentar para a relevância social das ações ambientais”, sendo assim, “o juiz não deve ser expectador apático dos fatos que lhe são submetidos. “Ao contrário, deve acompanhar a prova e avaliá-la tendo em vista o interesse coletivo na busca da verdade, interesse este que por ser público e genérico, sobrepõe-se aos casos em que a ofensa seja individual.”³²⁴ (grifo nosso)

Desta feita, quando o juiz analisa a questão ambiental, não há que se tentar interpretar a legislação ambiental sob o prisma dos princípios jurídicos clássicos, por não serem capazes de oferecer a correta tutela para as questões coletivas, difusas e individuais homogêneas, senão veja-se os ensinamentos da doutrina: “A inviolabilidade é característica inerente ao meio ambiente. Portanto, se o direito material confere este direito, cabe ao processo permitir a sua realização. Todavia o processo civil clássico, da forma como foi estruturado, não se apresenta preparado para prestar as respostas adequadas às necessidades decorrentes das peculiaridades do direito ao meio ambiente.”³²⁵

Apesar destas importantes peculiaridades, tentar-se-á compor um cotejo analítico sobre decisões ambientais em nosso país com as três concepções sugeridas por Dworkin, quais sejam, o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade.

O convencionalismo, segundo Dworkin, resumidamente, aceita a idéia do direito e dos direitos jurídicos, da vinculação jurídica como motivo para exigir que a força coercitiva do estado seja usada de maneira coerente com decisões políticas anteriores.

³²⁴ JUCOSVSKY, p. 42 et seq.

³²⁵ TESSLER, 2004, p.165.

O pragmatismo jurídico utiliza como sua principal ferramenta o ceticismo, sugerindo que o direito não deve se basear em qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado. Dworkin afirma que: “(...) *os juízes tomam ou devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo*”.³²⁶

Deve-se ter em mente, para compreender o pragmatismo, que a utilização dos conceitos tradicionais sobre a natureza do direito, leva o estudioso a uma idéia clara e direta: o direito não existe, não passa de ilusão.³²⁷

Exatamente, não se pode falar em expectativas asseguradas ou prévias de um direito, de um direito natural, positivo ou até mesmo consuetudinário ou jurisprudencial, pois o direito não é pré-existente, o direito passa a existir após uma decisão judicial, a qual, conforme já enfatizado, não deve ficar atrelado às convenções políticas, legislativas e jurídicas do passado, precisa pensar exclusivamente no “melhor para o futuro da comunidade”, naquele processo.

Guardadas as devidas proporções e peculiaridades, apenas para localização acadêmica, não se pode deixar de lembrar um pensamento jurídico recente que gerou um movimento no direito brasileiro chamado de direito alternativo.³²⁸

³²⁶ DWORKIN, p. 119.

³²⁷ DWORKIN (op. cit., p. 126 et. seq.) utiliza como exemplo os nazistas, que possuíam uma estrutura e instituições jurídicas, mas, face práticas iníquas, não teriam dignidade para terem este sistema chamado de Direito.

³²⁸ Segundo o Juiz de Direito da Comarca de Tubarão, Dr. Lédio Rosa de Andrade, "o episódio responsável pelo surgimento do movimento do Direito Alternativo ocorreu no dia 25 de outubro de 1990, quando um importante veículo da imprensa escrita, o Jornal da Tarde, de São Paulo, veiculou um artigo redigido pelo jornalista Luiz Makouf, com a manchete JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI. A reportagem buscava desmoralizar o grupo de estudos e, em especial, o magistrado Amílton Bueno de Carvalho. Ao contrário do desejado, acabou dando início ao movimento no mês de outubro de 1990, sendo o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, nos dias 04 a 07 de setembro de 1991 e o livro Lições de Direito Alternativo 1, editora Acadêmica, os dois marcos históricos iniciais". Embora o movimento só tenha sido organizado e sistematizado na década de 90, seu caminhar em terras brasileiras data de mais de 30 anos, originando-se no período da ditadura militar brasileira, onde o Estado de exceção criado pelo comando do exército gerou muitas injustiças e descontentamentos, inclusive dentre a classe dos juizes de direito, que contestavam a práxis da época e não viam no terror instaurado no Brasil a remota existência de um Estado de Direito, propagado nas Constituições do período e hoje experimentado pelo povo brasileiro, mesmo que de forma ainda incipiente. Basta lembrar que, com o advento do AI-5, no apagar as luzes do ano de 1968, foram retiradas dos magistrados todas aquelas garantias que salvaguardam o exercício imparcial de seus misteres, como por exemplo a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Esse movimento alternativista, que como acima descrito teve seu início, é definido por aqueles que dizem esposá-lo de formas tão antagônicas que chega-se a vinculá-lo desde a um padrão de conduta praeter legem e até mesmo contra legem. Representação perfeita dessa forma de se entender o direito alternativo seria o parecer de Cláudio Souto, que pedimos vênha para transcrever: "O direito alternativo é norma desviante em face à legalidade

Já o direito como integridade, é uma concepção jurídica de Dworkin que encontra mais pontos de contato com o convencionalismo, porém, não se assemelha tanto. O direito como integridade também aceita o direito pré-existente vindo de decisões anteriores, entretanto, mesmo que estas decisões não estejam explícitas e claras, ainda possuem fundamento, desde que procedam dos princípios de moral pessoal e política cujas decisões explícitas pressupõem a título de justificativa.

Aqui, encontra-se um grande problema para interpretação no Direito Ambiental, sobre o qual reportar-se-á.

Não existem, ou são raríssimos, os precedentes! Os tribunais ainda não emitiram suas opiniões conclusivas sobre tais questões. Não há tantas convenções emitidas pelos tribunais, só convenções proferidas por legisladores, com uma imensa carência técnica, desde jurídica, até gramatical e lingüística, passando por outras “gafes” técnicas multidisciplinares e científicas; ou seja, passando pela biologia, botânica, economia e outros ramos do conhecimento humano, essenciais, especialmente para legislar a questão ambiental.

estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativa". Com esses alvitre não podemos concordar, visto que referendá-los seria derrubar todas as conquistas que até hoje tem sido duramente perenizadas no intuito de que se forme um verdadeiro Estado de Direito, ligado à noção de legalidade aplicável a todos os entes da vida social. Para que possamos dar continuidade a nossas especulações, portanto, necessitamos definir o que seja direito alternativo, em nosso sentir, o que faremos ancorados em prestigiosa doutrina sobre o tema. Nesse sentido, assevera João Maurício Adeodato: "Uma terceira perspectiva é aquela que enfatiza, na expressão "direito alternativo", um uso diferenciado do direito estatal, o que se tem denominado uso alternativo do direito." No mesmo sentir são os dizeres de Luiz Vicente Cernicchiaro: "O Direito Alternativo, portanto, é a preocupação com o Direito. Infelizmente, entre nós, impõe-se utilizar o pleonasma direito justo! Como se o direito pudesse afastar-se da justiça". Benedito Calheiros Bomfim, advogado e ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros também esclarece: "Do desencontro entre a lei e o direito, entre códigos e justiça, nasce o direito Alternativo, que nada mais é do que a aplicação da lei em função do justo, sob a ótica do interesse social e das exigências do bem comum". O direito alternativo é, portanto, uma conscientização que deve ter o jurista acerca da hermenêutica das normas que consubstanciam dado ordenamento jurídico estatal. É, nesse sentido, um apego a uma interpretação teleológica da lei, atrelada aos valores de justiça e equidade, que são parâmetros ou medidas erigidas em fundamentos de nossa Constituição, desde seus mais primaciais desdobramentos, quais sejam seus arts. 1º, 3º e 5º. É o direito alternativo a prática do direito calcada no respeito a uma idéia de entrega de justiça; de procura por uma verdade material e não meramente formal; de respeito aos direitos fundamentais, cláusulas pétreas em nossa Carta Magna. (Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=36>>. Acesso em: junho/2006)

Para os mais afoitos, a resposta seria a aplicação do pragmatismo jurídico de Dworkin, no entanto acredita-se que a total e absoluta desvinculação aos precedentes jurídicos, trará uma intensa aleatoriedade às decisões. Esta aleatoriedade irá colidir com as expectativas face ao direito mantido pelos cidadãos, por mais que eles não devam criar essas expectativas, já que, por mais perigoso que possa ser, afirma-se que só existe uma segurança jurídica relativa e não total.

Para a prática da advocacia, tal afirmação é ainda mais temerária, pois, como poderão os advogados fazer os cidadãos acreditarem, o suficiente, para pagarem vultuosas custas judiciais e correrem riscos de verem suas demandas julgadas improcedentes, por mais que existam, pelo menos subjetivamente, expectativas de direito em favor do cidadão. É difícil para o cidadão médio compreender a magnitude desta suposta insegurança jurídica.³²⁹

Dworkin critica os advogados acadêmicos, assim chamados por ele, para identificar os advogados que esperneiam e refutam essas idéias, argumentando, única e exclusivamente, que o direito não pode ser; o que os juízes “bem entendem”, dependendo de alterações de “temperatura e pressão” e do que eles (juízes) “tomaram no café da manhã”; ou seja, as decisões jurídicas não estão sendo vinculadas exclusivamente ao conceito tido pelo juiz sobre o caso concreto.

Entretanto, mesmo saindo do academicismo, os advogados práticos e militantes também temem muito uma absoluta discricionariedade aleatória. A própria sociedade brasileira vem refutando esta idéia, em prol de uma segurança jurídica, e até mesmo de um controle externo. Esse pensamento prático, no Brasil, possui um elemento fático importante: a corrupção.

Diante de práticas iníquas e amorais como a corrupção, pode-se, até mesmo, de forma mais radical, afirmar que sequer se possui um Estado Democrático de Direito, ou, então, que se possui um Estado Democrático de Direito totalmente degenerado! Isto é importante para se refletir sobre positivismo e semântica. Visto que, especificamente sob o prisma positivo e semântico, tem-se

³²⁹ “Do ponto de vista da concepção popular, isso é perigoso. Uma vez aceito que os princípios podem fazer parte do direito por razões que não refletem a convenção, mas apenas por serem moralmente atraentes, uma porta terá sido aberta para a idéia mais ameaçadora de que alguns princípios fazem parte do direito em virtude de seu apelo moral, ainda que contrariem aquilo que é endossado pela convenção.” (DWORKIN, p. 146)

um Estado Democrático de Direito; mas, indo além, vendo o sistema como integridade, não é tão fácil essa “certeza” positivada.

Depois dessas reflexões sobre o contexto que se encontra no Brasil, retorna-se ao estudo das concepções de Dworkin, trazendo uma questão para reflexão: Não se pode confundir flexibilidade com insegurança.

É neste sentido, que se acredita que a concepção de Dworkin, chamada de direito como integridade, deve ser estudada e analisada com credibilidade acadêmica e prática, inclusive nesse contexto.³³⁰ Ele afirma ainda: “*Segundo a minha teoria, nosso conceito de direito é constituído por um precário acordo que abarca o campo de uma nova controvérsia: a de que o direito oferece, em princípio, uma justificativa para coerção oficial.*”³³¹

Portanto, o juiz deve se ater, inicialmente, ao direito supostamente pré-existente, sem deixar de utilizar todas as demais ferramentas de interpretação, todas possíveis e moralmente, historicamente, politicamente, conjunturalmente e culturalmente aceitáveis para afirmar ou não suposto direito, utilizando-se da integridade do direito.

Existirão momentos em que o juiz se confrontará com casos difíceis, especialmente na área do Direito Ambiental, quando sua análise preliminar não lhe dará subsídios para escolher um caminho ou outro, um fundamento ou outro, um princípio ou outro, uma convenção ou outra, normalmente legítimos, ambos, todavia conflitantes no caso especial. Neste momento, o juiz deverá decidir-se pela atitude, mais especificamente uma atitude interpretativa, escolhendo entre as interpretações aceitáveis, indagando, sob o seu prisma e sua luz, qual delas é mais eficaz, mais reta, do ponto de vista moral e político, refletindo a estrutura das instituições e decisões da comunidade, sempre pensando na felicidade e no futuro desta.

Com base nos ensinamentos de Dworkin³³², lembra-se de que: “*há uma grande diferença em saber o caminho e percorrer o caminho.*” Logo, até mesmo na aplicação da legislação processual (quem dirá na legislação de direito material)

³³⁰ “A sensibilidade do contexto é ainda mais importante quando a questão em jogo é mais sensível, mais especializada, mais prática do que simplesmente uma questão de classificação ou crítica geral de um sistema legal estrangeiro e muito diferente.” (DWORKIN, p. 130)

³³¹ Ibid., p. 135.

³³² “Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política à outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre essas idéias quando competem entre si.” (Ibid., p. 306)

resta evidente que as atitudes e as decisões proferidas pelos magistrados deverão ir ao encontro do mais hodierno posicionamento doutrinário quanto à interpretação e aplicação da legislação processual e material em casos sociais e ambientais. A pouca jurisprudência existente na área ambiental já compactua com este posicionamento.³³³

Os esclarecimentos doutrinários e jurisprudenciais são totalmente pertinentes, haja vista a necessidade de atuação imediata do Poder Judiciário na precaução dos danos ambientais, em que o magistrado não pode titubear ou vacilar.

Nessa difícil missão dos magistrados, ainda mais em se tratando de conflitos ambientais, importante ressaltar que a atitude do magistrado deve ultrapassar a dificuldade da linguagem pura e simples, da chamada “letra morta da lei” tornando-se uma atitude interpretativa, explicada por Ronald Dworkin³³⁴, em que valor e conteúdo se confundem.

Quando os juízes se encontram nesse “entroncamento”, com a difícil escolha do caminho a seguir, depara-se com um momento sublime do direito, em que a atitude interpretativa trará a luz à verdade daquele caso, tanto em relação às partes e seus advogados, quanto em relação ao objeto e, principalmente, em relação ao juiz e suas bases filosóficas, ideológicas e políticas.

Saber-se-á definitivamente qual será o direito e quais os seus fundamentos, se o juiz, efetivamente, decidiu por uma atitude interpretativa baseada no direito como integridade ou, se simplesmente fraudou tudo o que já foi exposto,

³³³ Processo: 124144100, Origem: PONTA GROSSA - 4a. VARA CÍVEL, Número do Acórdão: 21940, Decisão: Unânime, Órgão Julgador: 4a. CÂMARA CÍVEL, Relator: WANDERLEI RESENDE, Data de Julgamento: 23/04/2003. DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA 4A CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO AO AGRAVO PELAS RAZOES EXPLICITADAS ACIMA. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PUBLICA POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE- NÃO CONCESSÃO DE PEDIDO LIMINAR NO JUÍZO "A QUO" - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 225 DO CF- DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA -LIMINAR CONCEDIDA- AGRAVO PROVIDO. 'NO DIREITO AMBIENTAL, DIFERENTEMENTE DO QUE SE DA COM OUTRAS MATÉRIAS, VIGORAM DOIS PRINCÍPIOS QUE MODIFICAM, PROFUNDAMENTE, AS BASES E A MANIFESTAÇÃO DO PODER DE CAUTELA DO JUIZ: A) O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO MEIO AMBIENTE (DA VIDA) E B) O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, TAMBÉM CONHECIDO COMO PRINCÍPIO DA PRUDÊNCIA E DA CAUTELA. TUTELA JURISDICIONAL QUE CHEGA QUANDO O DANO AMBIENTAL JÁ FOI CAUSADO PERDE, NO PLANO DA GARANTIA DOS VALORES CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS, MUITO, QUANDO NÃO TOTALMENTE, DE SUA RELEVÂNCIA OU FUNÇÃO SOCIAL.' (MILARÉ, 2001, p. 535).

³³⁴ DWORKIN, p. 58.

proferindo apenas uma decisão atraente e estratégica; contudo para os ceticistas, despida de direito efetivo.

Dworkin³³⁵ ensina que: “Na maioria das ocasiões, porém, os juízes terão condições de reconhecer quando submeteram um problema à disciplina que a recomendação descreve. E também de reconhecer quando algum juiz deixou de fazê-lo.”

Deve-se frisar, que não se trata de verificar se a decisão é certa ou errada, ou se não existiriam outras, melhores e piores, porque sempre existirão diversas soluções. Nesse sentido, é imperioso que o juiz reflita sobre estes ensinamentos, em especial o seguinte:

Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade. Deve admitir que, ao preferir finalmente uma interpretação à outra de uma séria de precedentes muito contestadas, talvez depois de um reflexão que o leve a mudar de opinião, ele está desenvolvendo sua concepção aplicável do direito em uma direção, e não em outra. Esta deve parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente. Essa recomendação comporta bastante espaço para a decepção, inclusive a autodecepção.

Assim, os ensinamentos de Dworkin possuem uma gama ampla de entendimentos claros e subliminares, os quais são fundamentais em nossa luta pelo direito mais justo e coerente com a realidade social imposta.

12.3.

Da atitude de interpretação para a eficaz aplicação

Conforme amplamente relatado, é preciso ter atitude, tanto pelos aplicadores do direito, desde a interpretação até a manifestação plena da decisão judicial, objetivando sua efetividade e obediência, quanto pelos demais personagens da prestação jurisdicional; falando mais especificamente no Direito Ambiental, dos advogados, promotores estaduais e federais, organizações não-governamentais e cidadãos, sem se esquecer dos legisladores quando da criação destas leis.

³³⁵ DWORKIN, p. 308.

Na esfera jurídica ambiental, a sociedade está acostumada a esperar a iniciativa do Ministério Público, ou de organizações não-governamentais que busquem a tutela jurisdicional para proteger os nossos direitos, os chamados direitos coletivos ou difusos. Deve-se usar uma velha expressão: *“O que é de todo mundo não é de ninguém.”*

Vale um parêntese, para se lembrar do texto denominado Direitos Invisíveis,³³⁶ de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual discorre sobre a nova mudança de paradigma enfrentado pelo direito moderno, rompendo com os clássicos direitos individuais, fincados nos tradicionais institutos da propriedade e do contrato, agora sobre o prisma da função social, em busca de encontrar um direito capaz de tutelar direitos coletivos, de forma universal, eficaz, autônoma, concreta e materializada.

Relata-se a importância do Romance de Manoel Scorza, Garabombo, O Invisível. Trata-se de uma pessoa possuidora de uma doença que o tornava invisível quando defendia os direitos da coletividade, mas que sarou, ficando visível, assim que começou a organizar e dar efetividade aos direitos desta coletividade, vindo a ser morto em virtude disso.

Remete-se ainda a lembrar que se está na era dos direitos intangíveis. A função social da propriedade, os contratos de adesão e sua relativização, as ONGS, etc. (difícil verificar e afirmar qual foi o ponto de mutação).³³⁷

Dentro de todo esse contexto, revela-se a vontade de ver a evolução dos operadores e aplicadores do direito, com criatividade, atitude interpretativa e inteligência, a fim de que não se tornem invisíveis diante da tomada de decisão, de

³³⁶ SOUZA, p. 307 passim.

³³⁷ O Ponto de Mutação. A Ciência, A Sociedade e a Cultura Emergente, Fritjof Capra, Doutor em Física pela Universidade de Viena. Com uma aguda crítica ao pensamento cartesiano na Biologia, na Medicina, na Psicologia e na Economia, Capra explica como a nossa abordagem, limitada aos problemas orgânicos, nos levou a um impasse perigoso, ao mesmo tempo em que antevê boas perspectivas para o futuro e traz uma nova visão da realidade, que envolve mudanças radicais em nossos pensamentos, percepções e valores. Essa nova visão inclui conceitos de espaço, de tempo e de matéria, desenvolvidos pela Física subatômica; a visão de sistemas emergentes de vida, de mente, de consciência e de evolução; a correspondente abordagem holística da Saúde e da Medicina; a integração entre as abordagens ocidental e oriental da Psicologia e da Psicoterapia; uma nova estrutura conceitual para a Economia e a Tecnologia; e uma perspectiva ecológica e feminista. Citando o I Ching – “Depois de uma época de decadência chega o ponto de mutação” – Capra argumenta que os movimentos sociais dos anos 60 e 70 representam uma nova cultura em ascensão, destinada a substituir as nossas rígidas instituições e suas tecnologias obsoletas. Ao delinear pormenorizadamente, pela primeira vez, uma nova visão da realidade, ele espera dotar os vários movimentos com uma estrutura conceitual comum, de modo a permitir que eles fluam conjuntamente para formar uma força poderosa de mudança social.

que os demais legitimados ativos na esfera ambiental e em toda a esfera jurídica não sumam pela total inércia.

Surge novamente a atitude, a iniciativa, o trabalho, o estudo e também, porque não, para os advogados, o empreendedorismo³³⁸.

Ronald Dworkin ensina que o império do direito é definido pela atitude, não pelo território, poder ou processo. A atitude do direito, segundo Dworkin, é plenamente construtiva:

*(...) sua finalidade , no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.*³³⁹

Aristóteles entendia que amizade e justiça estão estreitamente ligadas; podendo-se mesmo dizer que a primeira é que se mostra como sendo o verdadeiro liame mantenedor da coesão de todas as cidades-estado, corroborando assim, a necessidade de uma atitude fraternal, consoante supradefendido.

Para finalizar, ressalta-se que Leonardo Boff dá esperanças para se continuar acreditando que haverá futuro, que haverá condições e recursos naturais e sociais para que as futuras gerações possam viver com dignidade, respeito e com as mínimas condições humanas, ensinando que:

*Mobilizam-se grupos e a opinião pública em defesa dos direitos dos animais e dos direitos humanos sociais e culturais; há um notável esforço de superação do patriarcalismo e pelo fortalecimento da dimensão da alma no homem e na mulher, pelo apoio às mulheres, às minorias socialmente discriminadas que podem representar milhões e milhões de pessoas como os negros, os povos originários, os portadores de alguma deficiência ou doença, etc. A espiritualidade cósmica volta a animar espíritos sensíveis à mensagem que emana do universo e da natureza.*³⁴⁰

³³⁸ Para sobreviver, o advogado moderno terá de desenvolver suas competências empreendedoras para buscar seu diferencial: competência técnica, administrativa, de liderança, estratégica e comportamental. Mãos à obra! Não existe impossível.” (SELEM; BERTOZZI, p. 11)

³³⁹ DWORKIN, p. 492.

³⁴⁰ BOFF.

13

Conclusão

Assim, cabe a luta diária pela proteção ambiental e humana, buscando o equilíbrio entre o meio ambiente, a qualidade de vida humana e a dignidade, que incluem saúde, alimento, emprego e inclusão; lutando pelo direito e exercendo, efetivamente, funções.

Tratando-se de direitos e interesses universais, resta buscar na tutela jurisdicional, seja de forma individual ou coletiva (ou ambas), um meio efetivo de inibir os responsáveis pela degradação humana, social e ambiental que se está presenciando. Posto que existem instrumentos de direito material e processual suficientes para esta luta, faltando apenas o lado empreendedor do cidadão e dos advogados; neste sentido, sem dúvida alguma, ao menos é o que se espera, o poder judiciário dará a resposta efetiva e necessária.

A humanidade não pode ficar inerte à realidade que lhe é imposta, com uma perspectiva obscura e amedrontadora em virtude dos riscos que se verificam face às atividades industriais e comerciais da civilização.

Neste aspecto, não se pode esquecer de que a reparação do dano, material ou moral, individual ou coletivo, deve ser objetivo último do direito ambiental, como forma de coibir futuras ações semelhantemente danosas, realizando, desta forma, o fim primordial da tutela ambiental: a prevenção.

14

Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, [19__].

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALTHUSER, Louis. **Sobre a Reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANTUNES, Paulo De Bessa, **Direito Ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARRETO, Lílian; KARLINSKI, Luciane. **Fundos Públicos Relativos ao Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, [200_]. 4 v. (Direito Ambiental em Evolução)

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. n. 9.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: RT, 1993.

BOFF, Leonardo. **Ética da Vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

_____. **Saber Cuidar, Ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, [19__].

BURKE, Peter (Org.). **A Escrita da História**. São Paulo: Unesp, [19__].

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. 30. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1980. 2 v.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: RT, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Ivan Lira de. **Revista de Direito Ambiental**. n. 13, 1999.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. São Paulo: Manole, 2004.

COHN, Gabriel (Org.). **Adorno**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico: Alguns problemas. **Revista de Direito Ambiental**. n. 5, 1997.

DE GIORGI, Raffaele. **O Risco na Sociedade Contemporânea**. n. 28, junho/94.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Dano Moral. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, [19__]. 22 v.

DENTI, Vittorio. **Um Progetto per la Giustizia Civile**. Bologna: Il Mulino, 1982.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 1 v.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, [19__].

E SILVA, Clóvis do Couto. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. **RT**. n. 628, fevereiro/88.

ENGELS. **A Origem da Família, da Propriedade e do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Global, 1986. (Coleção Bases)

FARIAS, Bernardete Ferreira. Noção de Meio Ambiente no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. n. 27, v. 27, 1992/1993.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro**. [S.I.: s.n., 19__]. 14 v.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: Do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTR, [19__].

FREITAS, Vladimir Passos de. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. **Revista de Direito Ambiental**. n. 35, p. 29.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a Natureza**. 5. ed. São Paulo: RT, 1997.

GALLIANO, A. Guilherme. **Introdução a Sociologia**. São Paulo: Habra, 1986.

GALVÃO, Paulo Braga. **Os Direitos nas Constituições**. São Paulo: LTR, 1981.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

JUCOSVSKY, Vera Lúcia R. S. O Papel do Juiz na Defesa do Meio Ambiente, **Revista de Direito Ambiental**. n. 19.

JÜNGER, Ernst. **Der Arbeiter**. Herrschaft und Gestalt. 2. ed. Hamburgo: [s.n.], 1932.

JUNIOR, Luis Alfredo de Oliveira Baracho. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KÄSSMAYER, Karin. **Dano Ambiental Individual - Reflexões**. Curitiba: Juruá, [19__]. 4 v. (Direito Ambiental em Evolução)

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillan and Co., 1936.

KLIPPEL, Rodrigo. **Direito Alternativo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=36>>. Acesso em: Julho 2006

KLÖPFER, Michael. **Umweltrecht**. München: Beck, 1989.

KONDER, Leandro. **O Futuro da Filosofia da Práxis**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas: Russel, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LEITE, José Rubens Morato (Org.); DANTAS, Marcelo Buzagio (Org.). **Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LYRA, Marcos Mendes. **Revista de Direito Ambiental**. n. 8, 1997.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e Sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 1 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela Inibitória** (individual e coletiva). São Paulo: RT, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MILARÉ, Edis (Coord.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: Efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: RT, 1970. 1 v.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. n. 2, abr-jun/1996.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Dano Ambiental Prevenção, Reparação e Repressão**. São Paulo: RT, [19__].

OBRAS Estéticas. Filosofia da Imaginação Criadora. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano Moral Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. n. 13, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. [S.I.: s.n., 19__].

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROCHA, Leonel Severo. **Direito, Complexidade e Risco**. n. 28, junho/94.

RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano Moral Ambiental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1995.

SELEM, Lara; BERTOZZI, Rodrigo. **A Reinvenção da Advocacia**. Rio de Janeiro: Forense, [19__].

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Wilson Mello da. **Responsabilidade Sem Culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SMITH, Adam. **Os Pensadores**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SOUZA, Carlos Frederico Marés de. Direitos Invisíveis. **Os Sentidos da Democracia**. Rio de Janeiro: Vozes, [19__].

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, [19__].

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente**. São Paulo: RT, 2004. 9 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 4 v.

_____. **Direito Civil**: Teoria das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 2 v.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: RT, 1987.

Anexo I
Fotos







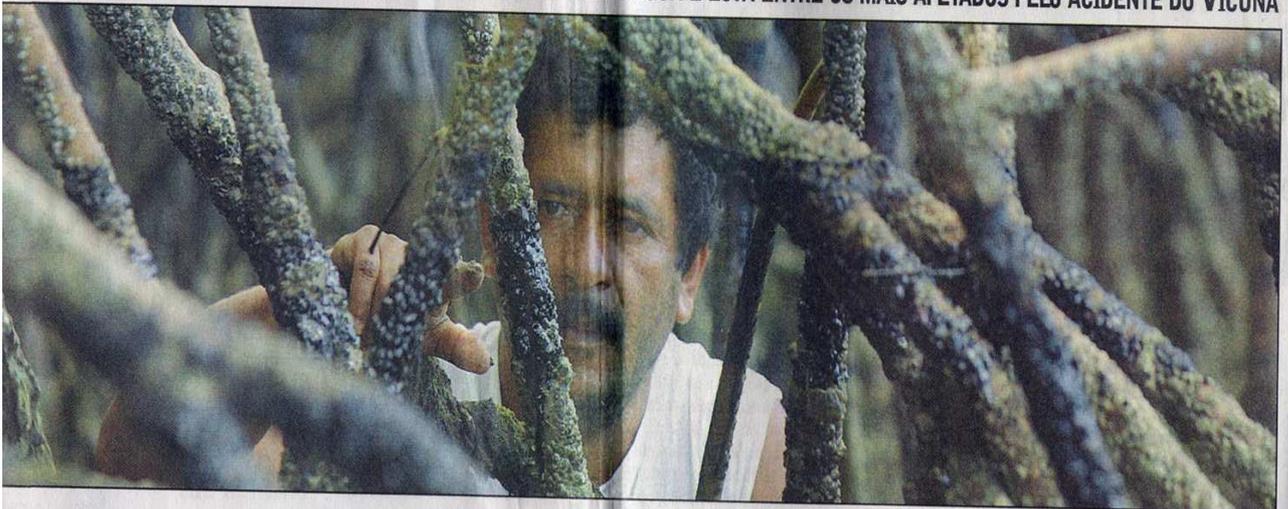


ZETA DO POVO

PARANÁ

Domingo, 28 de novembro de 2003

AMBIENTE ■ LOCAL FICA A 12 QUILÔMETROS DO CENTRO DE PARANAGUÁ E ESTÁ ENTRE OS MAIS AFETADOS PELO ACIDENTE DO VICUÑA



ra do Rosário, presidente da Associação dos Moradores da Ilha do Amparo, no meio da vegetação do mangue: solidariedade entre vizinhos

LOCAR OS PÉS NA
AMPARO para saber co-
das 123 famílias que
al. Ao tocar a areia na
arco sente-se que há
i. No primeiro toque, a
diferente, gosmenta.
se o piche que gruda
s.

preta que aparece a
deixada para trás é o
maior acidente ambien-
a história do Porto de
explosão do navio chi-
na noite do último dia
rida dessa comunida-
seu sustento do mar.
um dos primeiros a

Aprisionados pelo óleo

Proibidos de pescar, moradores da Ilha do Amparo esperam por ajuda

ontem. A situação é parecida no restante das comunidades. Na Ilha do Teixeira, bem mais distante do que Amparo em relação a Paranaguá, o pescador Dráulio Souza Honório, 25 anos, reclamava da falta de comida desde terça-feira passada. "Estamos vivendo à base do arroz com farinha", relatou.

O medo de que a situação piore já faz com que muitos pensem em ir para o trabalho, ignorar a proibição da pesca e os cuidados com a saúde. Logo na chegada de Amparo, dois homens lançavam uma tarrafa ao mar, de cima de uma canoa.

"Eu não aconselho ninguém a fa-

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)