

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL

LUCIANA TOLEDO MARTINHO

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE
EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE
NATUREZA SOCIAL E SEU EXERCÍCIO HARMÔNICO COM OS
DIREITOS CULTURAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito Ambiental da Universidade do Estado do
Amazonas, como requisito para obtenção do título de
Mestre em Direito Ambiental.

Orientadora: Profa. Dra. Clarice Seixas Duarte

Manaus
2007

LUCIANA TOLEDO MARTINHO

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE
EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE
NATUREZA SOCIAL E SEU EXERCÍCIO HARMÔNICO COM OS
DIREITOS CULTURAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito Ambiental da Universidade do Estado do
Amazonas, como requisito para obtenção do título de
Mestre em Direito Ambiental.

ORIENTADORA: Profa. Dra. Clarice Seixas Duarte

Manaus
2007

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA TOLEDO MARTINHO

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE NATUREZA SOCIAL E SEU EXERCÍCIO HARMÔNICO COM OS DIREITOS CULTURAIS

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas,
pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, de de

Presidente: Profa. Dra. Clarice Seixas Duarte
Universidade do Estado do Amazonas

Membro: Prof. Dr. Fernando Aith
Universidade de São Paulo

Membro: Profa. Dra. Andréa Borghi Moreira Jacinto
Universidade do Estado do Amazonas

Ao Dougllas, personificação do estímulo e do verdadeiro sentido da palavra
companheiro;

Ao Nasser, irmão com o qual a vida me presenteou;

Às minhas referências de vida: Miguel, Maria, João (*In memorian*) e
Francisca (*In memorian*)

Agradeço à minha família e meus amigos, por entenderem a ausência necessária durante estes quase três anos;

À Prof. Dra. Clarice Seixas Duarte, orientadora deste trabalho, por seu apoio, incentivo e receptividade desde o primeiro momento;

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA, especialmente ao Prof. Dr. Fernando Dantas, por emprestar a nós o seu entusiasmo e sua dedicação incansáveis, e à Profa. Dra. Solange Telles da Silva, por sua preocupação permanente para com os alunos e por suas valorosas colaborações;

Aos queridos Andréa e Carlos Alberto por transformarem dificuldades em razões para se crer em verdadeira amizade.

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”

Boaventura de Souza Santos

RESUMO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 225, é considerado um direito fundamental, face à sua relação para com a dignidade humana e com a sadia qualidade de vida, para a qual é considerado essencial. Este direito é de titularidade tanto individual, quanto coletiva e difusa, o que influencia na forma pela qual ele será exigido judicialmente. Na mesma medida, a Carta Política Brasileira prevê os direitos culturais, também considerados fundamentais, posto que da mesma forma relacionados com a dignidade humana. Do exercício conjunto dos dois direitos, é possível decorram conflitos, cuja solução há de levar em conta a estrutura normativa de ambos. Quando expressos sob a forma de princípios, e não como regras, os direitos culturais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deverão ser exercidos na maior medida do possível, o que exige, para a solução de conflitos em casos concretos, a aplicação de uma solução baseada na ponderação, que deverá buscar garantir o núcleo essencial de tais direitos. Há de se pensar, portanto, em limites que pautem a relativização dos direitos colidentes, e, sobretudo, em caminhos que levem ao exercício harmônico de tais direitos.

Palavras-chave: Meio ambiente. Cultura. Relativização de direitos fundamentais.

ABSTRACT

The right to a balanced environment, as foreseen in the Constitution's 225 article, is considered to be a fundamental right, due to its relations with human dignity and healthy life quality, to which is taken for essential. This right is owed to both: individuals and collectivities, which influences the way it can be pursued in law courts. Likewise, the Brazilian Constitution also contemplates the cultural rights, also considered to be fundamental rights due to their relations with human dignity. Conflicts can arise from the exercise of those categories of rights, and the conflicts solution must be solved regarding their normative structures. Understood as principles, not rules, the cultural rights and the right to a balanced environment must be exercised in the maximum possible extent, which demands, to the concrete cases conflict solving, a solution based in balancing the principles so that in the process the very core of those rights remains unwounded. One must think in ways in which the colliding Rights' boundaries can be bended, and mainly think about ways to assure the harmonic exercise of those Rights.

Keywords: Rights. Balanced Environment. Cultural Rights. Collision. Balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental	15
1.1 Origem e evolução histórica do Direito Ambiental	15
1.2 Regime jurídico aplicável ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz da CF/88	27
1.2.1 Titularidade e natureza jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	27
1.2.2 Estrutura normativa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: regras e princípios.....	48
1.2.3 A justiciabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	56
2. Direitos culturais como direitos fundamentais	62
2.1 Da cultura aos direitos culturais.....	62
2.2 Titularidade e natureza jurídica dos direitos culturais.....	76
2.3 A justiciabilidade dos direitos culturais.....	79
3. Meio ambiente e direitos culturais: a busca de um exercício harmônico.....	83
3.1. Colisão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais	83
3.1.1. O método da ponderação.....	88
3.2. Limites da relativização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais. Existe um mínimo existencial ecológico-cultural?.....	91
3.2.1 Limites de ordem principiológica.....	97
3.2.2 Limites de ordem teórica.....	98
3.2.3 Limites de ordem ética.....	103
3.3. Caminhos para o exercício harmônico do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais.....	106
Conclusão.....	120
Referências.....	123

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o estudo do meio ambiente, entendido como um direito fundamental, e seu exercício harmônico com outros direitos desta natureza, mais especificamente com os direitos culturais. Pretende-se investigar as implicações jurídicas do reconhecimento, na Constituição Federal de 1988, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais como direitos fundamentais de natureza social. A partir do delineamento da titularidade, estrutura normativa e das condições de exigibilidade judicial destes direitos, serão analisadas as possibilidades existentes para o exercício harmônico de ambos.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como os direitos culturais, se entendidos como direitos fundamentais, possuem características e condições de efetividade próprias. Tais aspectos são decisivos para a análise e solução de disputas envolvendo o choque entre direitos desta natureza. Quais as condições para a harmonização de direitos fundamentais num caso concreto? Os métodos tradicionais de interpretação jurídica são suficientes para enfrentar estas questões? Quais os parâmetros jurídicos que devem guiar a solução de conflitos entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais, evidenciando-se, entre estes, os direitos relativos às manifestações inerentes à cultura dos povos tradicionais¹? São estas algumas das questões que este trabalho pretende enfrentar.

¹ O conceito de povos ou populações tradicionais no âmbito jurídico ainda é visto como um conceito em construção. Juliana Santilli afirma que este conceito apenas pode ser compreendido “com base na interface entre biodiversidade e sociodiversidade”. A autora lembra, ainda, que, como tal conceito foi desenvolvido pelas ciências sociais, há de se recorrer aos conhecimentos por elas produzidos, citando os antropólogos Manuela Carneiro da Cunha e Mauro de Almeida, segundo os quais “as populações tradicionais são grupos que conquistaram ou estão lutando para conquistar (através de meios práticos e simbólicos) uma identidade pública que inclui algumas e não necessariamente todas as seguintes características: o uso de técnicas ambientais de baixo impacto, formas equitativas de organização social, a presença de instituições com legitimidade para fazer

A motivação para este estudo surgiu a partir da constatação da necessidade de superação dos métodos tradicionais de interpretação do direito para a sua solução de algumas situações concretas envolvendo conflitos entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais. Isso porque a concretização dos direitos fundamentais em situações de colisão não pode ser resolvida pela prevalência de um ou de outro *a priori*, sem que se leve em consideração as circunstâncias presentes no caso concreto e as características destes direitos, que ensejaram uma proteção reforçada em nosso ordenamento jurídico.

Faz parte do objeto de proteção dos direitos culturais a relação que têm as populações tradicionais para com o local em que vivem. A partir do ponto em que, para garantir o equilíbrio do meio ambiente, criam-se unidades de conservação², tais como os Parques Nacionais em que a presença humana não é permitida, ocorre um rompimento na relação das populações que ali viviam com as tradições culturais e modos de vida vinculados a este local. O problema é que, quando se impõe a retirada de uma população de um determinado local, não necessariamente as tradições ali cultivadas vão se manter num outro contexto. Tal situação pode representar um risco de extinção de um determinado grupo e de suas manifestações culturais. A partir do momento em que o Estado, que deveria garantir o exercício dessas manifestações e, conseqüentemente, a permanência dessas tradições, determina, ele próprio, essa ruptura, cria-se um sério conflito entre dois direitos constitucionalmente igualmente protegidos.

cumprir suas leis, liderança local e, por fim, traços culturais que são seletivamente reafirmados e reelaborados” SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005, p. 123-129

² A Lei 9985/00, ao regulamentar o art. 225, § 1º, incisos, I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Segundo o art. 2º desta Lei, “entende-se por unidade de conservação o espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”. BRASIL. Lei n. 9 985 de 18 de julho de 2000.

Soluções simplistas poderiam levar à defesa da manutenção do ambiente intocável, ou ao engessamento das culturas. Não se trata, contudo, de defender que determinada comunidade cultive perenemente certas tradições ou permaneça sempre vinculada a um determinado local. Até porque muitos dos aspectos que caracterizam uma determinada cultura transformam-se e renovam-se naturalmente. O problema é que a desagregação destes elementos não pode ser imposta pelo Estado de forma a dar a máxima efetividade possível a um direito em desatenção total a outro.

Diante desse impasse, justifica-se a abordagem do presente tema, pelo fato de estarmos diante de uma situação em que a concretização de um direito fundamental constitucionalmente protegido, pode significar a limitação do outro.

Por outro lado, a proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode estar ligada tão-somente à idéia de preservação, sendo este direito flexibilizado por conceitos como o de alteridade, traduzido na aceitação e valorização do outro e de suas manifestações. Esta perspectiva está profundamente relacionada com a garantia do exercício dos direitos culturais.

De fato, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como ocorre com todos os direitos fundamentais, não se efetiva de modo isolado, e sua relação com outros direitos fundamentais,, não só com os direitos culturais, mas também com o direito à saúde e o direito ao desenvolvimento econômico, demonstra que a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se esgota apenas na proteção aos recursos naturais e aos ecossistemas, mas sim que ele guarda uma dimensão de extrema importância no que se refere ao elemento humano³, sendo a forma como vivem e manifestam-se culturalmente as populações humanas fator relevante na temática ambiental.

³ A Declaração da ONU de 1972, realizada em Estocolmo, foi dedicada ao Meio Ambiente Humano, abrindo-se com o reconhecimento de que o ser humano é, ao mesmo tempo, “criatura e artífice de seu meio ambiente” e de que os aspectos naturais e artificiais do meio são “essenciais a seu bem estar e ao gozo dos direitos humanos fundamentais – inclusive o próprio direito à vida”. (Preâmbulo e parágrafo 1º).

Considerar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de modo isolado poderia levar à falsa idéia de que a sua proteção é sinônimo tão-só de preservação⁴ dos recursos naturais, impedindo-se a interação do homem com o meio.

Esta primeira idéia, no entanto, apresenta-se equivocada, posto que não se pode afastar a importância do meio ambiente para as populações tradicionais, que, na grande maioria das vezes, afastadas das grandes cidades e dos hábitos da sociedade de consumo, interagem com o meio onde vivem, devendo ficar claro que todo o regramento jurídico acerca do meio ambiente dirige-se ao homem, tanto o das presentes quanto o das futuras gerações.

Para solucionar os conflitos decorrentes da exploração do meio ambiente e da preservação de tradições culturais, deve-se refletir acerca da estrutura normativa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, o que remete à distinção entre princípios e regras.

Entender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais como princípios, impõe um exercício de ponderação, necessário para solucionar conflitos decorrentes de sua aplicação prática. A utilização deste método permite verificar, no caso concreto, e apenas no caso concreto, qual é o princípio que tem um peso relativo maior para a solução da situação em questão, sempre levando em conta a realização de ambos na “maior medida do possível”⁵.

De outro modo, se entendido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais como regras, na hipótese de um eventual conflito entre estes e outros

⁴ Convém estabelecer, na seara ambiental, o sentido das expressões “conservar” e “preservar”. Embora possam parecer, tais expressões não são utilizadas como sinônimas nessa temática. José Afonso da Silva traz o conceito de conservação apontado pela União Internacional para a Conservação da Natureza – IUCN, que, segundo o autor, foi adotado pela Lei Nº 9985/2000, e que se traduz na “gestão da utilização da biosfera pelo ser humano, de tal sorte que produza o maior benefício sustentado para as gerações atuais, mas que mantenha sua potencialidade para satisfazer às necessidades e às aspirações das gerações futuras”. Já preservação, de acordo com a Lei 9985/2000, vem a ser um conjunto de métodos, procedimentos e políticas, voltados à proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, bem como à manutenção dos processos ecológicos. SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2004. p. 89

⁵ Sobre o assunto, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*; DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério.

direitos fundamentais, apenas seria considerado válido e se efetivaria um deles, anulando-se o outro.

O processo de positivação dos direitos humanos nas constituições contemporâneas trouxe uma série de mudanças no mundo jurídico, impondo, para a sua concretização, a superação dos métodos tradicionais de solução de conflitos entre direitos privados. Objetiva-se, com o presente trabalho, analisar as características do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de natureza social e abordar as condições de seu exercício em harmonia com outros direitos da mesma natureza, especialmente os direitos culturais. Para tanto será examinada a literatura que aborda a controvérsia referente ao enquadramento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de natureza social. A partir da análise das características, da estrutura normativa e da justiciabilidade desse direito, serão identificados os procedimentos doutrinários para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, relacionando o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o exercício dos direitos culturais.

Para estudar e desenvolver o tema proposto pretende-se, no primeiro capítulo, analisar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, através do estudo do regime jurídico aplicável a este direito, à luz da Constituição Federal de 1988; da titularidade e natureza jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; de sua estrutura normativa, conferindo-se destaque ao estudo de regras e princípios, como espécies do gênero norma, e, por fim, da eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No segundo capítulo, serão abordados os direitos culturais como direitos fundamentais, também merecendo análise o sistema constitucional de proteção a tais direitos, e sua justiciabilidade.

Após traçar o suporte teórico para a compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, tratar-se-á, no terceiro capítulo, da busca de um exercício harmônico que possibilite a coexistência entre os dois direitos. Para tanto, será abordada a hipótese de colisão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais, com especial destaque para a importância da utilização do método de ponderação na solução deste choque. Considerando que, para serem exercidos conjuntamente, os direitos fundamentais em destaque não de ser relativizados, serão traçados os limites para a relativização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, questionando-se se existe um mínimo existencial ecológico a pautar a relativização.

Por meio da abordagem teórica realizada ao longo do trabalho, busca-se um modo de compatibilizar o exercício dos direitos culturais e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como disposto no artigo 225 da Constituição Federal⁶, é um conceito fruto de profunda evolução.

Analisando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, não se enxerga, ali, a previsão do meio ambiente na acepção de um direito humano. A ausência de tal previsão pode ser explicada sob um ponto de vista histórico. No contexto histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda não se havia experimentado o quadro que se convencionou chamar de crise ambiental.

Enrique Leff⁷ contextualiza a crise ambiental, fornecendo o elemento cronológico necessário para justificar a ausência de menção ao direito ao meio ambiente como um direito humano na Declaração Universal.

A crise ambiental se torna evidente nos anos 60, refletindo-se na irracionalidade ecológica dos padrões dominantes de produção e consumo, e marcando os limites do crescimento econômico. Desta maneira inicia-se o debate teórico e político para valorizar a natureza e internalizar as 'externalidades socioambientais'.

O economista Celso Furtado⁸ também analisa esse quadro, afirmando, sobre a civilização moderna:

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

⁷ LEFF, Enrique. Saber Ambiental. 2001, p. 15

⁸ FURTADO, Celso. Brasil a Construção Interrompida. 1992, p. 76

Ela concentra riqueza em benefício de uma minoria cujo estilo de vida requer um dispêndio crescente de recursos não-renováveis e que somente se mantém porque a grande maioria da humanidade se submete a diversas formas de penúria, principalmente à fome. Uma minoria dispõe dos recursos não renováveis do planeta sem se preocupar com as conseqüências para as gerações futuras do desperdício que hoje realiza.

Ainda sobre a crise ambiental, é esclarecedora a lição de Antônio Herman Benjamin⁹, no sentido de que este quadro corresponde a um esgotamento dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial experimentados, sobretudo a partir da Revolução Industrial. Tal modelo, apesar dos benefícios tecnológicos trazidos, trouxe, também, a devastação ambiental. A crise ambiental significa um divórcio, uma ruptura entre a economia e a ecologia, que não mais poderiam trilhar os mesmos caminhos.

O marco bibliográfico da conscientização ambiental, e da sinalização para os perigos do uso indiscriminado dos recursos naturais e do intenso processo de industrialização experimentado pela humanidade ocorreu em 1962, quando foi publicada a obra *Silent Spring*, de Rachel Carson.¹⁰

Ao longo do texto, a Autora descreve uma cidade imaginária, cheia de vida e de riquezas naturais, que repentinamente silenciou, perdendo a cor e a vida. Com esta metáfora, Carson projeta a realidade de muitas cidades que tiveram seus ciclos naturais alterados, por força, sobretudo, do processo de industrialização.

O perigo pontuado por Carson reside no fato de que a vida na Terra traduzia-se numa interação entre os seres vivos e o ambiente que os rodeava, até o ponto em que uma espécie – a humana – “alcançou a significativa possibilidade de alterar a natureza onde vive”.¹¹

⁹ BENJAMIN, Antônio H. V. Coord. Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

¹⁰ CARSON, Rachel. *Silent Spring*. New York: Fawcett Crest Books, 1962

¹¹ CARSON, Rachel. *Silent Spring*. 2000. p.16. Tradução livre

É emblemático o questionamento contido em *Silent Spring* no qual sua autora, ao ponderar sobre o uso de inseticidas, remete à reflexão sobre as razões para se pôr em risco a natureza. Diz Rachel Carson:

*Future historians may well be amazed by our distorted sense of proportion. How could intelligent beings seek to control a few unwanted species by a method that contaminated the entire environment and brought the threat of disease and death even to their own kind?*¹²

Alguns marcos históricos pautaram a discussão em torno da adoção de uma consciência ambiental, sendo de se destacar a contribuição dos teóricos da área econômica, uma vez que a crise ambiental e as discussões paralelas a este conceito têm como ponto de partida a crítica ao modelo de produção então vigente, denunciando a irracionalidade dos padrões de apropriação das riquezas naturais e de consumo.

Em 1972, com a publicação do estudo *Limites do Crescimento*, de Dennis L. Meadows *et al*¹³, fez-se soar um alarme em torno da busca incoseqüente e desprovida de preocupação pelo desenvolvimento econômico.

De acordo com o referido estudo, o crescimento econômico levaria à falência ecológica, caso não houvesse, o quanto antes, uma preocupação em aliar o desenvolvimento econômico à preservação dos recursos naturais, estando ele estruturado em três teses principais, assim resumidas por Franz Brüseke¹⁴:

1. Se as atuais tendências de crescimento da população mundial – industrialização, poluição, produção de alimentos e diminuição de recursos naturais – continuarem imutáveis, os limites de crescimento neste planeta serão alcançados algum dia dentro dos próximos cem anos. O

¹² CARSON, Rachel. *Silent Spring*. 2000. p. 19

¹³ MEADOWS, Donella; Meadows, Dennis L.; RANDERS, Jorgen. *The Limits to Growth*, 1972

¹⁴ BRÜSEKE, Franz J. O Problema do desenvolvimento sustentável. In CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 2001, p 30

resultado mais provável será um declínio súbito e incontrolável, tanto da população quanto da capacidade industrial.

2. É possível modificar estas tendências de crescimento e formar uma condição de estabilidade ecológica e econômica que se possa manter até um futuro remoto. O estado de equilíbrio global poderá ser planejado de tal modo que as necessidades materiais básicas de cada pessoa na Terra sejam satisfeitas, e que cada pessoa tenha igual oportunidade de realizar seu potencial humano individual.

3. Se a população do mundo decidir empenhar-se em obter este segundo resultado, em vez de lutar pelo primeiro, quanto mais cedo ela começar a trabalhar para alcançá-lo, maiores serão suas possibilidades de êxito.

No mesmo ano de 1972, teve lugar a Conferência de Estocolmo, de grande importância para o debate ambiental que se vinha manifestando, buscando formular propostas de se limitar o crescimento econômico em favor dos recursos naturais.

Segundo Ignacy Sachs¹⁵, havia duas posições extremadas que se enfrentavam, quais sejam a do “economicismo arrogante” e a do “fundamentalismo ecológico”, e o grande desafio da Conferência de Estocolmo seria alcançar uma via intermediária, mesmo porque o desenvolvimento econômico não poderia ser descartado. Todavia, para o autor,

Ele (o desenvolvimento econômico) deveria ser socialmente receptivo e implementado por métodos favoráveis ao meio ambiente, em vez de favorecer a incorporação predatória do capital da natureza ao PIB.

Em harmonia com o pensamento de Sachs, Samuel Benchimol¹⁶ sinaliza que não há uma escolha a ser feita entre o crescimento e o não-crescimento, posto que a escolha reside em “que tipo de crescimento com desenvolvimento devemos escolher e onde”.

Logo em seu primeiro princípio, a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo¹⁷ estabelece:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

¹⁵ SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. 2000. p. 52

¹⁶ BENCHIMOL, Samuel. Zênite ecológico e nadir econômico-social – análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia. 2000. p.7

¹⁷ United Nations Environment Program. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. 21st Plenary Meeting. <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>> Acesso em 24 de julho de 2007

É a partir da Conferência de Estocolmo que o Direito efetivamente apropria-se, e que seus teóricos se investem do discurso ambiental, passando a atender à dinâmica da sociedade, no que se refere à necessidade de regular a posição e as relações do homem com o meio em que vive.

Guilherme Purvin de Figueiredo¹⁸ diz que apenas se pode “falar em Direito Ambiental propriamente a partir da década de 1970, com a realização da conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente humano (Estocolmo/1972)”, ressaltando o autor que foi esta a sede primeira de discussão globalizada a respeito da questão ambiental. Contudo, alguns autores consideram a década de 60 do século XX como o marco do surgimento do Direito Ambiental Internacional e a década seguinte o momento de sua consolidação.

As críticas às teorias puramente preservacionistas, e ao alarmista e limitador estudo de Meadows, que, em suma, recomendava frear o crescimento populacional, num resgate à tese de Malthus sobre o perigo do crescimento demográfico desenfreado, deram lugar, no que se refere à conscientização ambiental, à proposta de eco-desenvolvimento, conceito inaugurado por Maurice Strong, e aprofundado por Ignacy Sachs¹⁹.

O conceito de eco-desenvolvimento é muitas vezes, inclusive por Ignacy Sachs²⁰, tratado como sinônimo de desenvolvimento sustentável, pois para o autor, que defende sua validade: “quer seja denominado *ecodesenvolvimento* ou desenvolvimento sustentável, a abordagem fundamentada na harmonização de objetivos sociais, ambientais e econômicos não se alterou desde o encontro de Estocolmo até as conferências do Rio de Janeiro”.

¹⁸ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental interesses difusos, natureza e propriedade. 2006, p. 18

¹⁹ SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. p 85-92

²⁰ SACHS, Ignacy. *Op. Cit.*. 2000, p.54

É nas bases do eco-desenvolvimento de Sachs que se encontram alguns dos princípios hoje cristalizados no texto constitucional brasileiro tocante ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A visão de desenvolvimento cunhada por Sachs seria guiada por oito critérios básicos, distribuídos nos campos social, cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico e político, este subdivido na política nacional e na política internacional. Nota-se a preocupação com o respeito à qualidade de vida, à diversidade cultural, ao cuidado para com a preservação dos ecossistemas, a segurança alimentar e a elaboração de um sistema social que garantisse emprego e segurança social.

Ainda na década de 70, é possível destacar, no debate sobre a necessidade de se consolidar uma consciência ambiental, a Declaração de Cocoyok, nascida de uma reunião da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento e do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas. Também merece destaque o Relatório Dag-Hammarskjöld, que envolveu o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas, e teve como resultado o aprofundamento dos destaques da Declaração de Cocoyok, ressaltando a relação existente entre o abuso de poder e a degradação ecológica.

A temática do Relatório de Dag-Hammarskjöld gravitava em torno da idéia de desenvolvimento ligada à mobilização das próprias forças, conhecida como *self reliance*, e, da mesma forma que a Declaração de Cocoyok, sofreu críticas por seu radicalismo e afastamento da realidade.

Em 1984, conforme relata Enrique Leff²¹, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ligada à Organização das Nações Unidas, tendo sido emblemática a publicação de suas conclusões, em 1988, reunidas no Relatório Nosso Futuro Comum, também conhecido como Relatório ou Informe Brundland.

²¹LEFF, Enrique. Saber ambiental. 2001, p. 19

Ao explicar o referido informe, assinala Leff²²:

Nosso futuro comum reconhece as disparidades entre as nações e a forma como se acentuam com a crise da dívida dos países do Terceiro Mundo. Busca entretanto um terreno comum onde propor uma política de consenso, capaz de dissolver as diferentes visões e interesses de países, povos e classes sociais, que plasmam o campo conflitivo do desenvolvimento.

E, ao discorrer sobre a relevância do Documento, ressalta o autor:

Assim começou a configurar-se uma estratégia política para a sustentabilidade ecológica do processo de globalização e como condição para a sobrevivência do gênero humano, através do esforço compartilhado de todas as nações do orbe.

O Relatório Brundtland difere dos documentos anteriores por ser mais realista, na medida em que, como destaca Franz Brüseke²³, “nem propaga a dissociação ou a estratégia *self reliance* nem a despedida do crescimento econômico”.

Seu grande destaque é a proposta da sustentabilidade como estratégia de desenvolvimento, a partir da qual apresenta uma série de medidas a serem tomadas na esfera nacional e na internacional, como solução para problemas sócio-econômicos para os quais aponta causas de origem econômica, tecnológica, política e social.

No plano nacional, o Relatório recomenda a limitação do crescimento populacional, a preservação da biodiversidade e dos ecossistemas, a diminuição do consumo de energia e a busca de fontes energéticas renováveis, o controle da urbanização e a satisfação das necessidades básicas.

No plano internacional, por seu turno, recomenda a adoção da estratégia do desenvolvimento sustentável, a proteção de ecossistemas supranacionais, o banimento das guerras e a implementação, pela Organização das Nações Unidas, de um programa de desenvolvimento sustentável.

²²LEFF, Enrique. Saber ambiental. 2001. p. 19

²³BRÜSEKE, Franz J. O Problema do desenvolvimento sustentável. In CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável. 2001, p 33

Com a idéia de sustentabilidade, passa-se a enxergar um caminho para reverter o divórcio entre a economia e o meio ambiente, que caracteriza a crise ambiental.

Os princípios do desenvolvimento sustentável aliam o necessário desenvolvimento econômico à correta gestão e utilização dos recursos naturais.

Tanto o direito ao desenvolvimento econômico, assegurado ao homem pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datado de 1966²⁴, quanto o direito à vida em um ambiente de qualidade, assegurado pela Declaração de Estocolmo, de 1972, restariam garantidos pelo ideário teórico do desenvolvimento sustentável.

Contudo, o conceito de desenvolvimento sustentável, muito embora tenha aspectos positivos, não é aceito com unanimidade. Enrique Leff critica o denominado desenvolvimento sustentável, por entender que esse conceito converte homem, cultura e natureza a formas da essência única do capital.

Para Leff²⁵

O discurso da sustentabilidade monta um simulacro que, ao negar os limites do crescimento, acelera a corrida desenfreada do processo econômico para a morte entrópica. A racionalidade econômica desconhece toda lei de conservação e reprodução social para dar curso a uma degradação do sistema que transcende toda norma, referência e sentido para controlá-lo. Se as ecosofias, a ecologia social e o ecodesenvolvimento tentaram dar novas bases morais e produtivas a um desenvolvimento alternativo, o discurso de neoliberalismo ambiental opera como uma estratégia fatal que gera uma inércia cega, uma precipitação para a catástrofe.

A retomada da trilha conjunta de meio ambiente e economia, operada pelo conceito de desenvolvimento sustentável, teve repercussão no Brasil, na medida em que, do rol de princípios gerais da atividade econômica, previsto nos incisos do artigo 170 da Constituição Federal²⁶, encontra-se a defesa do meio ambiente.

²⁴ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece em seu artigo 6º, § 1, o direito que tem toda pessoa de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito. Ainda no mesmo artigo, no §2, o Pacto determina aos signatários a adoção de medidas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante.

²⁵ LEFF, Enrique. Saber ambiental. 2001. p. 23

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

Ao discorrer sobre este tema, Cristiane Derani²⁷ afirma:

Desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro subentende um aquecimento da atividade econômica dentro de uma política de uso sustentável dos recursos naturais objetivando um aumento de qualidade de vida que não se reduz a um aumento do poder de consumo.

Se entendido que todas as alternativas de desenvolvimento econômico afetam de modo prejudicial o meio ambiente, e que o meio ambiente somente restará respeitado se houver uma limitação ao desenvolvimento econômico, qual seria o caminho para reconciliar meio ambiente e atividade econômica?

A alternativa é sinalizada por Enrique Leff²⁸, ao dispor:

Diante destas estratégias de apropriação econômica e simbólica da natureza e da cultura, emerge hoje uma ética ambiental que propõe a revalorização do ser humano. Esta ética se expressa nas lutas de resistência das comunidades indígenas e camponesas a serem convertidas em reservas etnológicas, a ceder seus patrimônios de recursos naturais e a renunciar sua identidade cultural.

E essa ética ambiental, tratada por Leff, traz responsabilidades a serem assumidas e compromissos a serem honrados.

Celso Furtado²⁹ fala de uma meta para o Século XXI que envolve a mudança de curso da civilização, a fim de que se desloque o foco para a busca do bem-estar social. O autor explica essa meta:

A idéia nova que começa a despontar é a de responsabilidade dos países que constituem a vanguarda da civilização industrial com respeito às destruições, custosamente reparáveis, causadas ao patrimônio comum da humanidade constituído pelos bens naturais e pela herança cultural.

Para Furtado³⁰, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, ocorrida no Brasil em 1992, seria a plataforma para a defesa da tese de que “existe uma *fatura ecológica* a

²⁷ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2001. p. 242

²⁸ LEFF, Enrique. Saber ambiental. 2001. p. 29

²⁹ FURTADO, Celso. Brasil a Construção Interrompida. 1992. p. 76-77

ser paga pelos países que, ocupando posições de poder, se beneficiaram da formidável destruição de recursos não-renováveis, ou somente renováveis a elevado custo”.

Com essa expectativa, teve lugar no Brasil, no ano de 1992, a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que introduziu, formalmente, na discussão ambiental, o conceito de sustentabilidade.

Hoje não há como negar as conseqüências da discussão a respeito da questão ambiental iniciada em 1960. Ali nasceu a consciência sobre a necessidade de se respeitar o meio ambiente, que veio a ter alcance global.

Essa evolução da questão ambiental repercutiu sobremaneira nos sistemas jurídicos nacionais, o que fez com que o Direito Ambiental fosse conquistando autonomia e relevância no plano interno de cada Estado.

No contexto brasileiro, é obrigatório citar o advento do movimento socioambiental, que incorporou novos paradigmas ao discurso ambiental, e que é alinhado com a ética ambiental de que fala Leff, no que concerne à valorização do homem e de sua relação com a natureza.

Juliana Santilli³¹ traça a origem do socioambientalismo, explicando que este movimento surgiu sob a certeza de que as

políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.

A legislação brasileira, que antes já tratava de aspectos ambientais isolados, a exemplo do Código de Águas (Decreto N° 24.643, de 10 de julho de 1934), e do Código Florestal (Lei N° 4.771, de 15 de setembro de 1965), avançou sobremaneira com a Lei N° 6.938/81³², a

³⁰ FURTADO, Celso. Brasil a Construção Interrompida. 1992. p. 77

³¹ SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005, p.35

³² A Lei N° 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

partir da qual se conferiu proteção integral ao meio ambiente, considerando-o como um sistema.

Antônio Herman Benjamin³³ ressalta que, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, tem início a “fase holística, onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como um sistema ecológico integrado”.

Para o autor

Só com a Lei n. 6.938/81, portanto, é que verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o *modelo fragmentário* até então vigente (assegura-se o todo a partir das partes).

A evolução legislativa da matéria ambiental no Brasil seguiu com a promulgação, em 1985, da Lei da Ação Civil Pública – Lei N° 7347/85, que trouxe um importante instrumento para as demandas referentes à proteção ambiental.

A importância dessa lei federal é destacada por Guilherme Purvin de Figueiredo³⁴:

É certo que, antes de 1985, havia a possibilidade de se buscar a proteção jurídica de bens ambientais através de ações ordinárias (que poderiam ser utilizadas em hipóteses de conflitos de vizinhança), de ações de desapropriação (utilizadas para a criação de áreas ambientais públicas), de reclamações trabalhistas (visando à apuração da insalubridade no ambiente do trabalho) e, com maior eficácia, por meio da ação popular. Todas essas modalidades de ação, contudo, não eram por si só suficientes diante das cada vez mais rápidas e devastadoras formas de degradação da qualidade ambiental. Com o advento da ação civil pública no Brasil, passamos a dispor de um instrumental processual realmente adequado para promover a proteção dos bens ambientais.

Todos esses fatores históricos explicam a extremada importância conferida pela Constituição Brasileira de 1988³⁵ ao meio ambiente, consagrada pelo artigo 225, que assegura a todos o direito a viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³³BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In Manual prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente. p. 8

³⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental interesses difusos, natureza e propriedade. 2006, p. 19

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

Ainda que seja discutível do ponto de vista técnico essa possibilidade de vida em um meio ambiente em equilíbrio estático, conforme assegurado pela Constituição Federal, não há como negar a carga simbólica da inclusão de tal direito em sede constitucional.

A esse propósito, explica Guilherme Purvin de Figueiredo³⁶:

A vida em todas as suas formas, num meio com características geológicas, climáticas e hídricas as mais variadas, jamais poderia ter se manifestado em equilíbrio estático. Alguns especialistas, por isso, criticam a expressão ‘ambiente ecologicamente equilibrado’, constante do ‘caput’ do art. 225 da Constituição de 1988, afirmando a inexistência de um ‘equilíbrio ecológico’. Evidentemente o texto constitucional alude à ausência de desequilíbrios provocados por fatores antropogênicos desfavoráveis. Melhor seria dizer ‘ambiente em equilíbrio ecológico dinâmico’. Todavia a imprecisão técnica não prejudica a exegese do dispositivo constitucional.

E sobre a relevância que alcançou o meio ambiente na Constituição de 1988, menciona Antônio Herman Benjamin³⁷:

Uma Constituição que, na *ordem social* (o território da proteção ambiental), tem como objetivo assegurar ‘o bem-estar e a justiça sociais’ não poderia, mesmo, deixar de acolher a proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de *sistema*, e não como um conjunto fragmentário de elementos.

Posteriormente à Constituição de 1988, devem ser citadas, como relevantes marcos legislativos em matéria ambiental no Brasil, a lei que instituiu sanções penais e administrativas às atividades e condutas lesivas ao meio ambiente – Lei N° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e a Lei N° 9.985, de 18 de julho de 2000, que, ao regulamentar o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza – SNUCs.

³⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental interesses difusos, natureza e propriedade. 2006, p. 43

³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI*. KISHI, Sandra Akemi; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Desafios do direito ambiental no século XXI*. 2005p. 366-367

1.2 O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.2.1 Titularidade e natureza jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Brasileira de 1988³⁸ consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando-o como um direito difuso, a todos garantido, sem que seja possível limitar o alcance de sua titularidade aos indivíduos singularmente considerados, muito embora tal alcance seja, também, identificado. Enxerga-se aí positivado o princípio da solidariedade³⁹, uma vez que o dever de preservar o meio ambiente é imposto a todos, do Poder Público às futuras gerações.

Diz o texto constitucional em seu artigo 225, *caput*⁴⁰ que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, sendo imposto “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

No que toca à titularidade ativa, a Constituição estendeu a todos – inclusive às futuras gerações – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Já no que diz respeito à titularidade passiva, enxerga-se no texto constitucional a imposição do dever de defesa e preservação ambientais não só ao Estado, como também a toda coletividade.

A expressão “todos”, no texto constitucional, revela que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado transcende a esfera individual⁴¹, e confunde-se até com o

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

³⁹ Segundo Fábio Konder Comparato, “a solidariedade prende-se à idéia da responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2005. p. 64

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

interesse público, sendo, nessa medida, integrante de uma categoria especial de direitos difusos que, na classificação de Hugo Nigri Mazzilli⁴², são “tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público”.

Ao exemplificar tal categoria de direitos, o autor⁴³ inclui o direito ao meio ambiente:

O objeto dos interesses difusos é indivisível. Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhável por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificável ou dividida entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental.

Há que se ter ressalvado, contudo, que o fato de constituir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito difuso, não subtrai desse direito sua caracterização como um direito coletivo e até mesmo individual.

É que estas acepções restam relativizadas, a individual principalmente, se confrontadas com a importância da acepção metaindividual, ou, de modo mais específico, difusa, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na realidade, essas classificações não são estanques e devem ser utilizadas com cautela. O importante é perceber que muitos dos direitos que envolvem a proteção de interesses metaindividuais hoje fazem parte do mundo jurídico, embora, no passado, as discussões a seu respeito tenham ocorrido apenas no âmbito da política. A afirmação do caráter difuso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um avanço em termos de sua proteção, embora isso não signifique que, em

⁴¹ A doutrina especializada, representada, exemplificativamente por Hugo Nigro Mazzilli, Ada Pellegrini Grinover e Rodolfo de Camargo Mancuso, classifica tal categoria de direitos como metaindividuais ou transindividuais, dentre os quais se inserem: a) os direitos individuais homogêneos, caracterizados por reunirem interessados determináveis, interesses divisíveis e uma origem comum; b) os direitos coletivos, que reúnem interessados determináveis e relação jurídica indivisível, e c) os direitos difusos, que possuem interessados indetermináveis, uma situação fática comum e dano indivisível, como ocorre com o direito ao meio ambiente. Também a legislação segue essa classificação, como, por exemplo, a Lei N. 7347/85, que disciplina a Ação Civil Pública.

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigri. A defesa dos interesses públicos em juízo. 2002. p. 48

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigri. *Op. Cit.* p. 49

alguns casos, os indivíduos singularmente considerados não possam continuar reivindicando judicialmente esse direito. Ocorre que, hoje, o que está por trás da proteção dos direitos difusos é, prioritariamente, o interesse metaindividual.

A título de exemplo, pode-se pensar em uma pessoa que tem sua propriedade cortada por um rio, e deste rio tira a água para seu abastecimento. Um eventual dano que venha a poluir este rio vai, certamente, afetar o proprietário em sua esfera individual, porém o dano experimentado por este indivíduo é somado ao de todas as pessoas que se utilizam de tal curso d'água, seja para o sustento, seja para o lazer, seja para a saúde ou higiene, e ainda as gerações futuras, para as quais se há de preservar o meio ambiente.

Cristiane Derani⁴⁴ menciona esta dimensão plural do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao analisar o artigo 225 da Constituição Federal:

Pelo texto do artigo 225 visualiza-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. Por um lado, o poder do sujeito afetado no seu direito à sadia qualidade de vida de voltar-se contra o Poder Público ou contra o poluidor para fazer respeitar esse seu direito, por exemplo através da atuação em juízo. (...) Por outro lado, este direito se desdobra no dever do Poder Público, no âmbito de sua competência legislativa e executiva, de atuar com o objetivo de criar condições para a sua efetivação.

Ao discorrer sobre os novos paradigmas que guiam o processo de escolha de bens tutelados pelo sistema jurídico, dado à impossibilidade deste sistema abraçar todos os bens como tutelados juridicamente, Carlos Frederico Marés⁴⁵ destaca que, em lugar do que ocorria anteriormente, quando todas as coisas poderiam ser titularizadas individualmente, e o patrimônio individual era físico e tangível, estes novos paradigmas transferem para valores intangíveis o objeto da tutela jurídica, a exemplo do que ocorre com a proteção ao patrimônio histórico e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como elemento essencial à sadia qualidade de vida.

⁴⁴ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2001. p.233

⁴⁵ MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao direito socioambiental. In LIMA, André (org.), O direito para o Brasil socioambiental. 2002. p. 31

Questiona Marés:⁴⁶

Como o Direito passou a regular estas coisas intangíveis, apareceram outras intangibilidades juridicamente possíveis. Se a moral individual, a dignidade pessoal, o sabor, a marca, o nome do criador podem ser objetos do direito individual, por que não podem ser o meio ambiente, a cultura, a memória e as necessidades coletivas? O sistema jurídico acabou admitindo que essas intangibilidades fossem bens jurídicos e passou a buscar a elas um titular. Aquilo que podia fazer parte de um patrimônio individual foi facilmente assimilado, mas aqueles bens que não se realizam em um patrimônio individual têm maior dificuldade de aceitação.

Na busca por esse titular é que surge o que o autor⁴⁷ qualifica como “ser coletivo titular de direito”, o qual, na sua leitura, pode ser tanto “um grupo de pessoas”, este determinável, quanto a humanidade, que constitui “um conjunto difuso”.

Para entender a questão da titularidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é preciso romper com o pensamento tradicional antes mencionado, e avançar para a constatação de que o indivíduo tem, sim, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas não há como quantificar e mensurar este direito, uma vez que o direito à higidez ambiental é de um indivíduo, mas também de toda a humanidade, até mesmo das gerações que ainda virão a existir, sem que se possa fracioná-lo entre seus titulares.

Da leitura de Carlos Frederico Marés⁴⁸, extrai-se que

Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são frutos de uma relação jurídica precisa, mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais.

Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! Ou, dito de maneira que parece ainda mais confusa para o pensamento individualista, é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros.

⁴⁶ MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao direito socioambiental. In LIMA, André (org.), O direito para o Brasil socioambiental. 2002. p. 31

⁴⁷ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. Cit.* p. 32

⁴⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *Op. Cit.* p. 32

Na lição de Marés está, portanto, cristalizada a titularidade ativa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual, em sua dimensão difusa, pode limitar o exercício de direitos individuais, tal como ocorre com o direito à propriedade, vinculado que está, pela Constituição Federal⁴⁹, ao cumprimento de sua função social. A respeito da função social da propriedade, Cristiane Derani⁵⁰ diz que “a norma que dispõe sobre a função social da propriedade cria o ônus do proprietário privado perante a sociedade”.

O ônus a que se refere a autora é o limite do direito à propriedade, uma vez que o seu uso há de reverter em proveito do interesse público, estando o proprietário comprometido com a função social de seu patrimônio.

Neste sentido é a afirmação de André Ramos Tavares⁵¹, segundo a qual “não há mais como considerar a propriedade como um direito puramente privado, ou mesmo como um direito individual”.

Direitos de titularidade difusa, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, são, na exposição de Ingo Wolfgang Sarlet⁵², direitos de solidariedade e fraternidade.

Trata, assim, o autor da peculiaridade de tais direitos:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação).

⁴⁹ A Constituição Federal, em seu artigo 170, traça os princípios da ordem econômica brasileira, dentre os quais, no inciso III, figura a função social da propriedade

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

⁵⁰ DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. In Revista de Direito Ambiental. BENJAMIN, Antônio Herman V., MILARÉ, Edis (Coord). 2002. p. 58-69

⁵¹ TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. 2003. p. 159

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2007. p. 58

Fábio Konder Comparato⁵³ também reconhece o princípio da solidariedade como base do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao falar sobre a Convenção sobre a Diversidade Biológica⁵⁴:

Trata-se de aplicar, na esfera planetária, o princípio fundamental da solidariedade, tanto na dimensão presente quanto na futura, isto é, solidariedade entre todas as nações, povos e grupos humanos da mesma geração, bem como solidariedade entre a geração atual e as futuras. É evidente que a geração presente tem o dever fundamental de garantir às futuras gerações uma qualidade de vida pelo menos igual à que ela desfruta atualmente. Mas não é menos evidente que esse dever para com as gerações pósteras seria desprovido de sentido se não se cuidasse de superar, desde agora, as atuais condições de degradação ambiental em todo o planeta.

O importante é perceber que a questão essencial sobre a titularidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser reduzida à sua classificação como um direito individual; como um direito social, logo de titularidade coletiva, ou como um direito da humanidade, de titularidade difusa. Esse raciocínio acabaria por limitar o alcance de tal direito que, em verdade, possui todas essas dimensões: a individual, a coletiva e a difusa, ainda que se entenda que, em algumas hipóteses, sempre levando-se em conta as circunstâncias presentes no caso concreto, uma delas possa se sobrepor à outra, aspecto que será examinado nos capítulos seguintes.

Tudo isso porque o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito individual, mas também um direito coletivo e um direito difuso, ou, dito de outro modo, um direito de solidariedade da sociedade (o todo) para com os seus componentes (os indivíduos, os grupos, coletividades de pessoas e mesmo a humanidade). Essa característica corrobora a crítica à teoria das gerações de direitos fundamentais.

Segundo essa teoria, seguida, dentre outros autores, por Norberto Bobbio, os direitos do homem poderiam ser classificados como de primeira geração (direitos civis e políticos, que demandariam uma abstenção do Estado, e são exercidos na esfera individual); direitos de

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2005. p. 422

⁵⁴ A Convenção sobre a Diversidade Biológica foi assinada durante a Rio-92, e passou a vigorar internacionalmente em 1993.

segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais, exercidos no campo coletivo, e que reclamam, fundamentalmente, uma atuação estatal, uma prestação positiva por parte do Estado); os direitos de terceira geração (estes os de titularidade difusa), havendo menções, inclusive a uma quarta e até quinta geração.

Sobre a crítica à teoria das gerações, esclarece Clarice Seixas Duarte⁵⁵ que o ataque a esta teoria está

intimamente ligado à simbologia que o termo suscita, contribuindo para embasar a tese de que haveria uma relação de hierarquia entre direitos civis e políticos, de um lado, e econômicos, sociais e culturais de outro. Isso porque o termo “gerações” pode indicar duas grandezas que se sucedem no tempo, com prevalência de uma – a antecessora – sobre a outra – a sucessora. A metáfora biológica da sucessão em gerações obscureceu a relação de interdependência constante entre essas várias dimensões ou categorias dos direitos humanos.

Sem adotar a teoria geracional, Clarice Seixas Duarte⁵⁶ assim explica:

Tradicionalmente, no modelo do Estado Liberal clássico, a exigibilidade individual de direitos civis e políticos sempre esteve calcada no reconhecimento de uma posição jurídica que confere aos seus titulares a possibilidade de barrarem qualquer intervenção estatal indevida em sua esfera própria de liberdade. De acordo com esta concepção, o que se pretende é uma omissão (conduta negativa) dos Poderes Públicos: não agir de forma arbitrária, ou seja, desrespeitando os parâmetros legais previamente estabelecidos. Mas a busca por um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica, como também material e efetiva – grande bandeira dos direitos sociais – exige uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna.

Ainda que apenas no plano terminológico, é preciso atentar para o perigo da utilização do termo “gerações” de direitos, uma vez que ela pode contribuir para sedimentar a falsa idéia de que uma geração substitui ou é mais importante do que a outra, e assim, quando se alcançassem os direitos de terceira geração, já os de primeira teriam sido substituídos.

⁵⁵ DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: USP, 2003. Tese de Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito. Orientador: Prof. Dr. Fábio Konder Comparato. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. p.69

⁵⁶ DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In BUCCI, Maria Paula (Org.). Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico. 2006. p. 269

Sobre a crítica em torno da utilização do termo “gerações” para designar direitos, Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷ afirma:

Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.⁵⁸

No que concerne à titularidade do direito ao meio ambiente equilibrado, o essencial, portanto, é entendê-la dentro do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais, levando-se em conta que tais direitos são interdependentes e indivisíveis. Até porque, as características comumente utilizadas para definir cada “geração” de direitos também não são estanques. Assim, não apenas os direitos sociais, mas também os direitos civis e políticos demandam a atuação do Estado, como no caso da implementação do direito de voto, em que a organização de um sistema eleitoral adequado é imprescindível.

Na realidade, de acordo com a concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, os direitos humanos, além de serem universais, “compõem uma unidade indivisível, independente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos hão de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais”⁵⁹. O mesmo se diga em relação aos direitos difusos.

Tais características justificam a possibilidade de, em lugar de classificar os direitos fundamentais em gerações estanques, enxergá-los em dimensões que apenas serão entendidas de modo inter-relacionado. Tal classificação também é útil para a compreensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ser entendido tanto na dimensão individual,

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2007. p. 54

⁵⁸ Há que se mencionar que, segundo Sarlet, o termo “dimensões” também já vem sofrendo críticas por parte da doutrina, exemplificando o Autor com o pensamento de A.S. Romita, para quem dimensões são referentes a uma função distinta de um mesmo direito

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2003. p. 92

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p. art. 225

quanto nas dimensões social e difusa, guardando-o como um direito fundamental que carrega, ainda, a peculiaridade de ser destinado às futuras gerações, como um direito de solidariedade.

Note-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tradicionalmente enquadrado como um direito fundamental de terceira dimensão, embora sua localização no texto constitucional esteja fora do título “Dos Direitos Fundamentais”. Ainda assim, a Constituição Brasileira inseriu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em capítulo constante do título que versa sobre a ordem social, definindo-o como um direito essencial à sadia qualidade de vida.

Na realidade, o que define a natureza do direito ao meio ambiente é a relação que tem seu conteúdo, explicitada no art. 225⁶⁰, com o direito à vida, sendo que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um elemento integrante da sadia qualidade de vida do homem.

Deve ser ressaltada não apenas a vinculação do direito ao meio ambiente para com o direito à vida, mas sua relação para com a dignidade humana e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁶¹.

José Afonso da Silva⁶², ao discorrer sobre o direito fundamental à qualidade do meio ambiente, como um novo direito fundamental, assevera:

A proteção ambiental, abrangendo a proteção da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. Encontramo-nos, assim, como nota Santiago Anglada Gotor, diante de uma nova projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social.

⁶¹ A Constituição Brasileira de 1988 trata a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p. art. 3º, I

⁶² SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2004. p. 58

Sem embargo de estar fora do elenco de garantias e direitos fundamentais do artigo 5º da Carta Política, o direito ao meio ambiente é, sem qualquer hesitação, um direito fundamental, sendo pertinente a nomenclatura direitos fundamentais dispersos, adotada por J. J. Gomes Canotilho⁶³, cuja lição aponta no sentido de que “o amplo catálogo de direitos fundamentais (...) não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais”.

Para entender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, ilustrativa a ponderação de Cristiane Derani⁶⁴, segundo a qual:

Deve-se considerar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresentado no artigo 225 da Constituição Federal é um direito fundamental, não obstante esteja apartado do conjunto elencado pelo artigo 5º desta Carta. Coloco-me com esta afirmação com a teoria que procura um sentido material às normas de direitos fundamentais. (...) A contribuição para a construção da liberdade é um indício de que um direito conferido constitucionalmente seja um direito fundamental.

Assim, por sua vinculação para com a construção da liberdade que, para Derani, tanto pode significar a liberdade individual, quanto a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado há de ser entendido como um direito fundamental.

Mas, afinal, o que significa um direito fundamental? Sob a ótica de Robert Alexy⁶⁵, o direito fundamental é prioritário “sobre todos os escalões do sistema jurídico”, sendo que “sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.

A gênese da expressão é explicada por Antonio Perez Luño⁶⁶, que situa o termo “direitos fundamentais” no contexto histórico da Revolução Francesa, rememorando a

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 1993, p. 529

⁶⁴ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2001, p. 223

⁶⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In Revista de Direito Administrativo. p. 61

⁶⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. 2005, p. 29-30

expressão francesa *droits fondamentaux*, e sua significação de direito com sede constitucional como sendo uma construção recente.

Existe uma relação entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que são algumas vezes utilizadas indiscriminadamente, uma com o sentido da outra. A este respeito, é esclarecedora a lição de Antonio Perez Luño⁶⁷, que, com simplicidade, define cada uma dessas designações, atribuindo aos direitos fundamentais o significado de “*derechos positivados a nivel interno*”, e aos direitos humanos o significado de:

derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad y igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

A idéia de direitos vinculados à própria natureza humana, independentemente da existência de uma sociedade organizada sob a égide do Estado, é muito mais antiga que a noção de direitos fundamentais. De fato, a existência de direitos naturais, cuja titularidade pertence a todo ser humano, pela sua própria condição de pessoa, prescindindo de qualquer reconhecimento oficial, aparece já na Antiguidade, no texto clássico de Antígona.

A personagem de Sófocles insurgiu-se contra o édito de Creonte, rei de Tebas, pelo qual foi proibido o sepultamento de seu irmão, Polínice, morto por Etéocles, defensor da cidade. Levada a Creonte após o ato de desobediência, este a questiona sobre sua ousadia, ao que Antígona responde⁶⁸:

Tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses!

⁶⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. 2005. p. 44

⁶⁸ SÓFOCLES. Antígona. 2004. p. 96

Já a noção de direito fundamental, incorporada pela Constituição Federal de 1988 “para designar sua generosa carta de direitos”⁶⁹, distingue-se dos direitos humanos, na visão de Oscar Vilhena Vieira, pela sua “positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor”.

O fato é que os direitos humanos, ao serem reconhecidos em um ordenamento jurídico-positivo, seja no âmbito interno (nas constituições e leis infraconstitucionais), seja no âmbito internacional (tratados e convenções), transformam-se em direitos fundamentais⁷⁰. Este reconhecimento oficial deve vir acompanhado da delimitação das condições de seu exercício (definição de sua titularidade, alcance e mecanismos de garantia), permitindo a ampliação das possibilidades de sua efetivação, demonstrando-se, assim, a importância desta categoria.

Contudo, é preciso fazer uma advertência. O conceito de direito fundamental aqui utilizado poderia levar ao entendimento de que os direitos fundamentais seriam apenas os constantes de um rígido catálogo constitucional, o que não é verdadeiro.

A esse respeito, elucida Oscar Vieira⁷¹:

A compreensão sobre quais sejam os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição não parece se resolver a partir de uma mera leitura de seu texto. Há um enorme problema relativo a direitos que, embora não expressos na Constituição, parecem reclamar o mesmo tratamento daqueles por ela expressos. Os §§2º e 3º do art.5º de nossa CF apontam para uma abertura do texto para outros direitos fundamentais não reconhecidos explicitamente pelo seu texto.

Está-se, aqui tratando da distinção entre direitos formalmente constitucionais (aqueles expressamente previstos no Direito Constitucional positivo) e direitos materialmente constitucionais (direitos que têm como conteúdo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade). Ocorre que, por intermédio do Direito constitucional Positivo (art. 5º parágrafo 2º da CF/88), permite-se a incorporação de direitos fundamentais

⁶⁹VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF. 2006. p. 36

⁷⁰COMPARATO, Fábio K. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2005. p. 57

⁷¹VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. Cit.*, p. 41

não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como ocorre com os direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição Formal.⁷²

A Constituição Brasileira traz, no elenco de seu Título II, um catálogo de direitos e garantias fundamentais, os quais podem ser vistos como direitos formalmente fundamentais, uma vez que assinalados expressamente pela Carta Política.

Contudo, a natureza fundamental de um direito, sob o aspecto material, não depende do fato de estarem presentes em um catálogo expressamente enunciado. Antes é o conteúdo do direito, que o classifica como um direito fundamental. Neste aspecto, esclarecedora é a lição de Sandro Nahmias Melo⁷³:

Ora, como já foi demonstrado, os direitos podem ser considerados como formalmente fundamentais e materialmente fundamentais. Com relação a estes, encontramos a autorização expressa do § 2º, do Art. 5º da Constituição Federal, ao declarar que os direitos fundamentais expressos na Carta Magna “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (...).

A relação entre o regime e os princípios adotados pela Constituição e os direitos fundamentais é muito importante até mesmo para a compreensão do significado e para a interpretação dos direitos formalmente reconhecidos.

Antonio Perez Luño⁷⁴ chega a afirmar que as normas que estatuem os direitos fundamentais “*son las decisivas para definir el modelo constitucional de la sociedad*”, explicando, adiante, o autor, que “*se da um estrecho nexo de interdependencia genético y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*”, sendo que esta interdependência derivaria do fato de que os direitos fundamentais têm sua aplicação vinculada ao Estado de Direito.

⁷² Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2007. p. 89

⁷³ MELO, Sandro N. Meio ambiente ecologicamente equilibrado e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In *Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. 2004. p.237

⁷⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. 2005, p. 19

É a proporção conferida aos direitos fundamentais em sede constitucional que estabelece se o estado de Direito é liberal ou social.

O regime democrático, segundo Aristóteles⁷⁵, é baseado na liberdade, e, de acordo com sua teoria, constitui característica fundamental da liberdade o fato de os cidadãos obedecerem e mandarem, alternadamente. Assim, a noção de direito ou de justiça, num Estado democrático, consiste em “observar a igualdade com relação ao número, e não com relação ao merecimento”, sendo necessário que “a soberania esteja na massa do povo, e que aquilo que ele tenha determinado seja definitivamente fixado como o direito ou o justo por excelência, porque se deseja que todos os cidadãos possuam iguais direitos”.

A visão aristotélica de democracia tem um viés político, todavia não se esgota aí este conceito.

Darcy Azambuja⁷⁶ ressalta que

A democracia não é concebida como devendo ser essencialmente política, é reclamada a intervenção do estado em matéria econômica, pois não poderia haver liberdade política sem segurança econômica. Ao lado dos direitos individuais, a democracia deve também assegurar os direitos sociais; não somente deve defender o direito do homem à vida e à liberdade, mas também à saúde, à educação, ao trabalho.

Ora, o regime democrático aparece primeiramente aliado à idéia de um Estado liberal, derivado de uma resposta ao Absolutismo, em que o Estado deixa de intervir para que sejam assegurados aos indivíduos valores como liberdade e igualdade, direitos individuais clássicos. Explica Paulo Bonavides⁷⁷ que “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo”.

Ao criticar o liberalismo, que tem como bases a liberdade e a separação de poderes, Bonavides⁷⁸, afirma que este modelo “não pôde resolver o problema essencial de ordem

⁷⁵ ARISTÓTELES. Política. 2004, p. 212-213

⁷⁶ AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do estado. 2003. p. 219

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 2004. p. 40

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 188

econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.

Para o constitucionalista, a falência do Estado Liberal está relacionada com a impossibilidade de incluir na ótica estatal a população marginal, resolvendo, assim, as diferenças sociais.

Essa população passa, então, a reivindicar do Estado sua inclusão, pressionando o aparelho estatal, e dando lugar a uma transformação do modelo estatal.

Ainda à luz das lições de Bonavides⁷⁹:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

A postura não-intervencionista do Estado não é suficiente nem mesmo para garantir o exercício de direitos individuais, posto que, por exemplo, para o exercício da liberdade de ir e vir, é necessário que haja políticas de segurança. Portanto, o que a sociedade passa a exigir do Estado é que ele possa garantir uma existência digna, onde os direitos sejam assegurados e possam ser exercidos.

Assim como há direitos civis e políticos que requerem uma atuação positiva do Estado, há direitos econômicos sociais e culturais, como alguns direitos trabalhistas, que não exigem do estado uma prestação positiva.

O exemplo é trazido por Clarice Seixas Duarte⁸⁰:

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 2004 p. 186

Dentre os direitos civis e políticos que só se realizam por intermédio da atuação positiva do estado, Cançado trindade lembra o exemplo do direito civil à assistência judiciária e dos direitos políticos que requerem a institucionalização e organização pelo Estado de um sistema judiciário e eleitoral. Em contrapartida, há exemplos de direitos econômicos, sociais e culturais que requerem implementação semelhante à dos direitos civis e políticos, tais como o direito de greve e liberdade sindical, cuja realização não depende do oferecimento de políticas públicas por parte do Estado.

Nesse ponto, resgata-se a crítica à teoria geracional dos direitos humanos, aplicável, também, aos direitos fundamentais, para que se entenda que os modelos de Estado devem existir em harmonia, garantindo, assim, os direitos dos cidadãos em sua plenitude, como afirma Clarice Seixas Duarte⁸¹:

Hoje, prevalece no âmbito internacional o entendimento de que, se os direitos humanos não abrangem apenas direitos individuais, mas também direitos de grupos sociais, organizações, associações, as teorias liberal e social devem ser conjugadas para dar conta de sua extensão.

No que se refere ao modelo estatal brasileiro, Fernando Aith⁸² afirma:

Este modelo estatal pressupõe um governo representativo, que dissocia a titularidade do poder (que pertence ao povo) e o exercício do poder (que é realizado por governantes eleitos e representativos da sociedade). Essa dissociação torna-se possível através do Estado de Direito, em que, para a garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece uma divisão jurídica do poder, fundamentada no respeito à legalidade (formal e material). A legalidade torna-se, no Estado de Direito, o critério de ação dos governantes.

Ao analisar a relação entre democracia e Estado de Direito, Paulo Bonavides destaca⁸³:

⁸⁰ DUARTE, Clarice Seixas. DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: USP, 2003. Tese de Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito. Universidade de São Paulo, 2003. p.59

A autora constata, em nota explicativa na mesma página que, se há direitos civis e políticos que se implementam como direitos sociais, e, por outro turno, direitos sociais que se implementam como direitos civis e políticos, “isso só vem ressaltar a unidade fundamental de concepção de direitos humanos”.

⁸¹ DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Op. Cit.* p.69

⁸² AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula (Org.). Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico. 2006. p. 218

⁸³BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 1995. p. 189

Trata-se de um “statu quo” institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais.

O Estado de Direito é como a democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror. Fora daí parecem existir tão-somente no léxico dos idealistas, no lábio dos sonhadores, na retórica dos demagogos.

Aliando a previsão constitucional expressa ao conteúdo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se que ele constitui um direito fundamental, ou, para adequar este direito às classificações aqui apresentadas, pode-se afirmar que se trata de um direito materialmente fundamental.

É preciso buscar o elo entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o significado conferido aos direitos fundamentais, pois somente por esse caminho será possível entender as conseqüências da enunciação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

Como já se viu, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser entendido em dimensões tanto individuais quanto sociais e coletivas, estando esta questão extremamente ligada à realização deste direito.

Embora não se queira conferir ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado uma classificação rígida, posto já se ter posicionado pelas múltiplas possibilidades de caracterização deste direito, é relevante analisá-lo sob os aspectos de um direito fundamental de natureza social, o que vai ser útil para pensar na sua concretização.

Cumprido afastar, desde logo, a noção de que os direitos econômicos, sociais e culturais não seriam exigíveis, posto que representariam, tão-somente, uma afirmação de boas intenções no campo político⁸⁴.

Para este fim, alertam Victor Abramovich e Christian Courtis⁸⁵:

⁸⁴ Sobre esta noção de direitos sociais, ver: ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales” a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli*. In FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2005. p. 93

⁸⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2004. p. 19

No ES raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos sociales (o bien, de acuerdo a la terminología del Pacto Internacional respectivo, derechos económicos, sociales y culturales) son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado

Os mesmos autores⁸⁶ derrubam este pensamento reducionista acerca dos direitos sociais, ao abordar as obrigações para o Estado no que toca aos direitos econômicos, sociais e culturais, bem assim ao lembrar que “a Constituição argentina resolveu definitivamente esta questão ao outorgar força constitucional a vários tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado”.

Também a Constituição Brasileira, a partir da Emenda Constitucional 45, de 2004, veio alinhar-se à Carta Política Argentina, conferindo força de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que receberem aprovação nas Casas do Congresso Nacional.⁸⁷

Vencida essa questão, cumpre entender o alcance dos direitos sociais, e a forma pela qual tais direitos se efetivam. A esse respeito, é esclarecedora a colocação de Alessandra Gotti Bontempo⁸⁸, no sentido de que os direitos sociais

têm por objeto, em sua grande maioria, uma conduta positiva do Estado, consistente em uma prestação de natureza fática, pressupondo seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material. Vale dizer, a implementação efetiva desses direitos depende da realização de políticas públicas.

Os direitos sociais, portanto, estariam vinculados, no que tange à sua efetivação, a prestações estatais positivas, realizáveis através de políticas públicas, que consistem, segundo

⁸⁶ABRAMOVICH, Victor; COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2004. p. 71. Tradução livre

⁸⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p. art. 5º, §3º

⁸⁸BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos sociais eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. 2006. p. 65

Maria Paula Dallari Bucci em “programas de ação governamental que resultam de um conjunto de processos disciplinados pelo Direito voltados à realização de fins socialmente relevantes e juridicamente determinados.”⁸⁹

Com relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, viu-se que ele possui uma dimensão metaindividual, podendo ser considerado como um direito fundamental de natureza social ou difusa, que, nesse sentido, se realiza por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. Com vistas a garantir tal direito, tem-se a correspondente Política Nacional do Meio Ambiente, que foi estabelecida pela Lei N° 6938/81, trazendo objetivos gerais, específicos, princípios, e instrumentos, além de instituir um sistema Sobre a Política Nacional do Meio Ambiente como política governamental, esclarece José Afonso da Silva⁹⁰:

A concepção de uma Política Ambiental Nacional foi um passo importante para dar um tratamento global e unitário à defesa da qualidade do meio ambiente no país. Mas essa concepção tem que partir do princípio de que a Política Ambiental não é bastante em si mesma, porque há de ser parte integrante das políticas governamentais, visto como terá que compatibilizar-se com objetivos de desenvolvimento econômico-social, urbano e tecnológico.

Não se afasta a importância da análise sobre a titularidade e a natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém, mais importante do que essas digressões teóricas é o que esse arcabouço pode significar no campo pragmático.

A partir do enquadramento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de natureza social⁹¹, cumpre questionar qual o alcance desta classificação, e suas conseqüências, bem como conferir destaque ao conteúdo deste direito, qual o bem jurídico objeto da tutela constitucional e quais as condições que concorrem para a sua efetivação.

⁸⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito e políticas públicas. 2007. P 1-49

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2004, p. 211

⁹¹ Não se olvide as demais acepções do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A opção pelo destaque à aceção deste como um direito social corresponde, apenas, à linha de análise aqui tratada.

O importante é entender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, o que significa conferir a este direito um regime jurídico especial, e, como lembra Jorge Alberto de Oliveira Marum⁹², “outra consequência da caracterização do meio ambiente como um direito fundamental é a integração plena e imediata dos pactos, tratados e convenções internacionais que versem sobre o tema, no sistema constitucional pátrio.”

Sobre o bem jurídico que se quer tutelar⁹³ com a proteção ao meio ambiente, afirma José Eduardo Figueiredo Dias⁹⁴, ao falar sobre a emergência de um novo bem jurídico e de um novo paradigma:

Não é de mais destacar a *autonomia do bem jurídico ambiente*, que é tutelado em si e por si mesmo: não estamos perante uma protecção de outros bens jurídicos como a vida, a saúde ou a propriedade das pessoas, estando em causa uma protecção imediata dos valores ambientais.

Ao proteger o ambiente, o direito (e, mais especificamente, a lei) regula-o de duas formas ou em dois sentidos diferentes, mas cumulativos: por um lado, o ambiente, entendido na sua globalidade, como bem jurídico unitário; por outro, os seus diversos componentes ou, se se preferir, os vários bens ambientais considerados em sentido estrito (o ar, a água, o solo e subsolo, a fauna, a flora, etc).

Por esta razão é que determinados componentes ambientais (designadamente os componentes ambientais naturais com maior importância: o solo, o ar e a água), outrora passíveis de ser utilizados por todos sem obediência a quaisquer regras ou limites, são agora bens juridicamente protegidos, os quais, por estarem cada vez mais ameaçados nas sociedades dos nossos dias, são alvo de uma tutela jurídica que visa tornar a sua utilização e o seu aproveitamento mais racionais e equilibrados.

Todavia, este novo paradigma a que se refere Dias significa um contraponto à visão que permite a interação homem – ambiente que se quer aqui defender. Não se nega a relevância da proteção imediata do ambiente, mas é na proteção mediata que se enxerga a concepção do meio ambiente voltada para os interesses sociais.

⁹² MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. In Revista de Direito Ambiental. 2002. p. 134

⁹³ A noção de bem jurídico corresponde a valores ou interesses, correspondentes aos interesses sociais, ainda que individualmente considerados, protegidos pelo Direito. Cf. DIAS, José Eduardo Figueiredo. Direito constitucional e administrativo do ambiente. Cadernos CEDOUA. 2002. p. 11

⁹⁴ DIAS, José Eduardo Figueiredo. Direito constitucional e administrativo do ambiente. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Almedina, Janeiro – 2002. p. 11

Não se há de defender o meio ambiente por si e para si. Já se disse que o destinatário do arcabouço jurídico-ambiental é o homem. Portanto é por sua direta relação para com a qualidade de vida humana que o Direito tutela o meio ambiente.

Assim declara José Afonso da Silva⁹⁵:

A Constituição, no art. 225, declara que todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Veja-se que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico. A isso é que a Constituição definiu como *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida.

Para falar de modo completo do objeto de tutela constitucional ao assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, é necessário fazer alusão aos bens socioambientais, que, segundo Juliana Santilli⁹⁶, “compreendem não apenas aqueles essenciais à manutenção da vida, em todas as suas formas, mais comumente conhecidos como bens naturais, como também aqueles bens que são fruto da intervenção humana”. Ainda segundo a autora:

a síntese socioambiental se revela justamente pela concretização de dois valores em único bem jurídico: a biodiversidade e a sociodiversidade, e é sobre tais bens que incidem direitos coletivos, tutelados pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional.

Os bens socioambientais e os direitos (socioambientais) a eles relativos só podem ser compreendidos em sua plenitude a partir de uma leitura holística, sistêmica e integrada das bases e fundamentos presentes no texto constitucional. Deve-se romper com a tendência, habitual entre os intérpretes da lei, de se realizar uma leitura fragmentada e compartimentalizada dos dispositivos constitucionais referentes à cultura, ao meio ambiente, aos povos indígenas e quilombolas e à função socioambiental da propriedade, percebendo-se não apenas as parte, mas o todo.

Em verdade, o suporte jurídico dado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi bastante reforçado. O assento constitucional, os objetivos e princípios inscritos na Política Nacional do Meio Ambiente demonstram isso, assim como a doutrina construída em torno de sua natureza, que aponta para um avanço significativo no que pertine ao reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2004, p. 83-84

⁹⁶ SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005. p.246-247

Nesse sentido, são adequadas as palavras de Norberto Bobbio⁹⁷, quando fala sobre os direitos humanos, e chama atenção para o fato de que o problema atual com relação a tais direitos, não é tanto o da sua fundamentação ou justificativa (ordem filosófica), mas de sua efetivação (plano político).

O aspecto mais delicado, desta forma, na esteira do pensamento de Bobbio, é a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A realização passa pela forma de exercício e de defesa dos direitos fundamentais, e também pelas situações concretas de choque entre tais direitos, assim como os respectivos métodos de solução, que hão de remeter ao questionamento sobre a possibilidade de exercício harmônico entre direitos fundamentais; a flexibilização de um deles para que o outro prevaleça no caso concreto, ou a busca de uma solução que equilibre o exercício de tais direitos, conferindo a máxima efetividade possível a ambos, já que ambos são mandamentos de otimização.

1.2.2. Estrutura normativa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: regras e princípios

Situado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, cumpre analisar a sua estrutura normativa, sob a orientação da teoria segundo a qual a norma é um gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Esta análise terá influência direta sobre a forma como este direito se concretiza e é exercido, bem assim sobre o modo como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no que se refere ao seu exercício, interage com outros direitos fundamentais.

Não se está aqui falando de princípio como fonte subsidiária do direito, mas sim de um tipo de norma jurídica que tem características e formas de aplicação próprias. A nova

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 1992, p. 25

compreensão acerca da estrutura normativa dos princípios tem como principais expoentes Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para pautar essa discussão, utilizaremos o ponto de partida suscitado por Virgílio Afonso da Silva.⁹⁸

Ainda que a discussão entre regras e princípios no Brasil não seja recente, não há dúvida de que a grande discussão sobre esse problema ganhou a força atual com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. (...)

Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade de distinção entre regras e princípios

As teorias que buscam explicar e definir direito alinham-se entre aquelas com viés positivista que questionam o que é o direito, e as com viés instrumentalista, que questionam o que deve ser o direito.

Para os positivistas, o direito é enxergado, em suma, como um conjunto de normas. E essas normas são consideradas como um comando, conforme afirma Norberto Bobbio⁹⁹, ao analisar os pontos fundamentais da doutrina juspositivista.

O grande problema do positivismo jurídico está ligado à separação entre o Direito e qualquer conteúdo valorativo, pois para essa corrente. Essa visão reduzida do direito é criticada pela ótica da teoria de Ronald Dworkin, qualificada pelo próprio autor como sendo uma teoria liberal acerca do direito.¹⁰⁰

Dworkin expande o conceito de direito para a análise sobre a sua estrutura normativa, entendendo a norma jurídica como gênero do qual são espécies as regras e os princípios, explicando que

⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção. In *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. 2003 p. 609

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. 2005. p.132

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2002, p. VII

A abordagem da teoria do direito que enfatiza os princípios não pode contentar-se apenas em mostrar as ligações entre a prática jurídica e a prática social, mas deve continuar a examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido.¹⁰¹

Por esse prisma, a teoria proposta por Dworkin amplia o foco do direito para entendê-lo não apenas como um sistema de padrões rígidos e fechados, a exemplo do que propõem os positivistas.

Como contraponto de sua teoria, Dworkin utiliza o conceito de direito exposto por Herbert Hart, a saber, o direito como união de regras primárias e secundárias¹⁰², sendo de esclarecer que Hart é teórico de uma corrente positivista dotada de maior complexidade do que aquela que entende a regra como expressão da coerção que pode ser exercida pelo soberano, representada por Austin¹⁰³.

Opondo-se aos positivistas, Dworkin¹⁰⁴ diz que seu ponto “não é que o ‘direito’ contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que o ‘direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo.”

A distinção entre princípios e regras tem vital importância para o enfoque do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, mais ainda no que toca ao caráter da realização deste direito, especialmente naquelas hipóteses em que é possível verificar, no caso concreto, o choque do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com outros direitos fundamentais.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2005. p. 20

¹⁰² HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2005

¹⁰³ Segundo Norberto Bobbio, Austin tratou o direito positivo como sendo “constituído pelos comandos emanados pelo soberano, numa sociedade política independente.” Explica o autor que Austin, ao falar em “sociedade política independente” referia-se ao Estado, e, ao falar em “soberano, significava aquela pessoa ou aquele grupo de pessoas hierarquicamente superior, a quem os membros da sociedade política independente subordinavam-se. Traz, ainda, Bobbio, o conceito de direito positivo para Austin, extraído de sua obra, *Lectures on jurisprudence*, de acordo com o qual o direito positivo seria sinônimo de direito, simples e estritamente, e corresponderia ao “direito posto pelos superiores políticos aos inferiores políticos”. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. 2005. p.106

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 119

Cumpra lembrar o que diz Robert Alexy¹⁰⁵, ao iniciar a análise sobre a estrutura das normas de direito fundamental, quando ressalta que, dentre as numerosas distinções teórico-estruturais, a que se revela mais importante no campo dos direitos fundamentais é a que distingue regras e princípios, dizendo que essa distinção “consiste numa chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.”

O autor chama atenção para o fato de que sem a distinção entre princípios e regras:

No puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

Nesse trabalho de distinção, é preciso atentar para o fato de que o princípio é uma norma jurídica distinta da regra por veicular um conteúdo valorativo. No caso concreto, o princípio permite um sopesamento dos valores em disputa, não admissível no que toca à aplicação de uma regra.

Assim resume Fábio Konder Comparato¹⁰⁶:

Princípios são normas jurídicas, que se distinguem das demais – por esses autores chamadas regras (*rules, regeln*) – em razão de três características essenciais: a supremacia normativa, a não delimitação formal e substancial de seu âmbito de incidência, e a permanência em vigor nas hipóteses de conflito normativo.

Que uma norma de princípio tenha mais importância e, por conseguinte, mais força jurídica que uma simples regra é verdade imediatamente apreendida pelo bom senso.

Todavia, o entendimento do que vem a ser um princípio ou do que vem a ser uma regra, é tarefa das mais espinhosas. É o mesmo autor que aponta para o fato de que “toda a dificuldade na utilização do conceito de princípio, porém, reside na aparente fluidez ou imprecisão dessa espécie de norma, em comparação com a clareza e rigidez de uma regra”.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. p. 81. Tradução livre

¹⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Princípios e regras – políticas públicas*. Texto mimeografado

Realmente, uma regra, no que toca à sua aplicação, não impõe um juízo valorativo. Antes, ou é aplicada, ou não é; ou se adequa a determinado caso concreto, ou não se adequa, e é alijada. Como bem acentua Comparato, numa regra, o mandamento e o campo de aplicação são perfeitamente delineados, o que não ocorre com o princípio.

Na lição de Alexy¹⁰⁷, princípios correspondem a mandamentos de otimização, enquanto regras são determinadas, no que se refere à hipótese de cabimento.

Assim define o autor alemão:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

E continua, estabelecendo a diferença entre este conceito e o conceito de regra:

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

No dizer de Dworkin¹⁰⁸, as regras apresentam a dimensão do “tudo ou nada”, enquanto os princípios são dotados de uma dimensão inexistente no que tange às regras, qual seja, a dimensão do peso.

Embora as teorias dos dois autores apresentem diferenças entre si,¹⁰⁹ elas são harmônicas no que diz respeito à distinção, e ao fato de que, é na hipótese de choque entre regras ou entre princípios, que essa diferença é mais palpável.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. p. 86-87

¹⁰⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2005. p. 39-43

¹⁰⁹ De acordo com Paulo Bonavides, a divergência entre Alexy e Dworkin diz respeito ao fato de que, para o primeiro, o conceito de princípio é mais abrangente do que para o segundo, que entende os princípios de modo

Segundo Alexy¹¹⁰, um conflito entre regras somente pode ser solucionado com o aperfeiçoamento da regra, através da inclusão de exceções, ou com a declaração de que uma regra é inválida para aquele determinado caso concreto. Ou seja, não se tem como admissível a coexistência de duas regras conflitantes.

De outra sorte, a colisão entre princípios é resolvida de modo totalmente distinto, uma vez que, em tal caso, admite-se a coexistência de princípios colidentes, ante ao fato de que é possível que um deles ceda ao outro, sem que isso signifique que o princípio é inválido, ou que precise ser aperfeiçoado por meio de exceções. Vale dizer que esta é uma equação variável. Aquele princípio preponderante num determinado caso concreto, pode ser objeto de elasticidade em outro caso.

O que é definitivo é que, na lição de Alexy, os conflitos de regras são resolvidos na dimensão da validade, enquanto que na colisão de princípios, porque só podem colidir princípios válidos, tem lugar a dimensão do peso.

Para entender o que ocorre quando dois princípios colidem, e qual o alcance da mencionada dimensão do peso, é interessante verificar o exemplo concreto, ocorrido na Alemanha, e relatado por Alexy¹¹¹, consistente no que ficou conhecido como Caso Lebach. A situação diz respeito a um assassinato ocorrido nas proximidades de Lebach, sobre o qual uma emissora de televisão iria exibir um documentário, em que se mostrariam fotografias e imagens dos autores do crime. Uma dessas pessoas, condenada no caso Lebach, e que estava prestes a ser solto, resolveu postular a não exibição do documentário, sob o argumento de que feriria o seu direito de personalidade, e seria prejudicial à sua ressocialização. Foi-lhe negada a liminar com vistas à proibição de exibição e a apelação. Porém, em um recurso constitucional, o Tribunal Constitucional Alemão elaborou uma decisão, que se traduz em um

mais restritivo, excluindo desse conceito o que chama de *policies* (políticas) dentre as quais estariam os bens coletivos. Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 2006. p. 281

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. p. 88-89

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 95-97

claro exercício de ponderação. Primeiramente o Tribunal reconheceu que havia uma situação de tensão entre dois princípios fundamentais: o direito à proteção da personalidade e o direito à informação sendo que, isoladamente considerados, o primeiro proibiria a exibição do documentário, enquanto que o segundo permitiria tal exibição. Não se resolveu a situação declarando que um destes princípios seria preponderante. Em lugar disso, buscou-se, mediante um juízo de ponderação, entender qual deles haveria de ceder, diante das circunstâncias peculiares do caso concreto. A par disso, o Tribunal reconheceu que, sob um aspecto genérico, e apenas genérico, o direito à informação seria preponderante. Porém, numa terceira afirmação, o Tribunal entendeu que neste caso especificamente tratava-se de informação acerca de um fato há muito ocorrido, de caráter dispensável, até porque não atual, e que se iria pôr em risco a personalidade e a ressocialização de alguém, que estes últimos princípios fossem preponderantes.

O autor assim resume a situação: *“una información televisiva repetida que no responde a un interes actual de información sobre um hecho delictivo grave y que pone en peligro la resocialización del actor está iusfundamentalmente prohibida.”*

No âmbito brasileiro, Walter Claudius Rothenburg¹¹² narra julgamento no Supremo Tribunal Federal, em que estava em pauta a colisão entre o direito à privacidade e à integridade física, e o direito à identidade, em um caso de investigação de paternidade, em que se discutia a realização de exame de DNA compulsória, tendo assim caminhado os julgadores:

Discrepa, a não mais poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – o provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a

¹¹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2003. p. 61

doutrina, e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (HC 71.373/RS – Rel. Min. F. Rezek, DJ 10.11.1994, p. 45.686)¹¹³

Continua o autor, afirmando que “tanto existe uma importância maior de uns princípios em detrimento de outros, que os conflitos resolvem-se mediante a ponderação de bens quando da aplicação nos casos concretos.”

Nesse contexto teórico-pragmático, os direitos fundamentais constituem princípios, e, numa eventual colisão, permitem se opere um juízo de ponderação, a exemplo do que se operou no Caso Lebach, em que colidiam dois princípios fundamentais.

Comentando as características dos princípios constitucionais, André Ramos Tavares¹¹⁴ afirma que “os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, possuem a condição da abertura normativo-material – quer dizer, têm a capacidade de expandir seu comando consoante as situações concretas que se forem apresentando.”

Estes princípios fundamentais estão extremamente relacionados à dignidade da pessoa humana, ou, como explica Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁵:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Da verificação da estrutura normativa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deriva a forma como há de ser solucionada a questão referente à colisão deste com outros direitos fundamentais, ou seja, se dessa colisão ocorreria uma anulação de um direito

¹¹³ O valor didático da decisão é inegável, até para demonstração de que, em outro caso concreto, o Judiciário poderia trilhar outro caminho. Assim aconteceu com o Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 301, segundo a qual a negativa em realizar o exame de DNA conduz à presunção de paternidade.

¹¹⁴ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In LEITE, George Salomão (Org.) Dos princípios constitucionais. 2003. p. 37

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2007. p. 87

pelo exercício do outro, ou se seria possível o exercício harmônico e relativizado dos direitos em choque.

Pelo que se traçou aqui, pode-se afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em nosso ordenamento jurídico, vem expresso tanto na forma de princípio como de regra jurídica. Quando assume a estrutura de um princípio (“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”), numa situação em que colida com outros princípios, tais como os direitos culturais, a disputa deverá ser resolvida no sentido de se conferir a maior efetividade possível a ambos. O método para a resolução da colisão é o da ponderação, que deve visar o equilíbrio entre os princípios colidentes.

1.2.3 A justiciabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Da concepção já exposta do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, tem-se que tal direito vincula-se à própria existência da pessoa, e existência com dignidade.

Como fundamentais, tais direitos demandam, por parte do Estado, uma proteção, que confere sentido à sua existência. Afinal, de que valeria um direito se não houvesse mecanismos tendentes ao seu resguardo?

A realização dos direitos é incumbência do Estado, e esta tarefa do Estado de realizar direitos remete a um exercício contextualizado historicamente.

O processo histórico é dialético, e o Estado é comprovação cabal disso, posto vir sofrendo alterações determinadas pelas imposições do processo histórico.

A esse propósito, Georg Jelinek¹¹⁶ acentua:

La evolución de un todo está firmemente condicionada por la evolución de sus miembros.

¹¹⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. 2000. p.253

De lo dicho resulta que en el curso de los tiempos el círculo de la actividad del Estado va ampliándose de un modo .razonado. Mediante la reflexión acerca de los límites que le imponía la naturaleza de las relaciones, se ha retirado el Estado de las esferas que él há reconocido como no perteneciéndole; pero se há indemnizado de esto grandemente com haber aumentado el número de sus actividades.

Nesse processo histórico, é detectada a figura do Estado de Polícia, que quer assumir tudo, e acaba por asfixiar o homem, neutralizando-o e anulando-o. Um Estado que tal não é tendente a realizar direitos fundamentais, tanto assim que se verificou sua falência.

Continuando nesse processo histórico, passou-se do Estado de Polícia para o Estado Liberal, este realizado numa perspectiva de tudo deixar passar e deixar fazer, o que foi conhecido como sendo a doutrina do *laissez faire, laissez passer*. Este é o Estado abstencionista, que, em termos de conseqüências práticas, conduz ao crescimento da iniciativa privada.

Neste modelo, funções sociais que, em tese, deveriam competir ao Estado, acabaram por ser entregues à iniciativa privada.

No dizer de Paulo Bonavides¹¹⁷:

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo.

Decorrente dessa posição filosófica, temos o *Estado gendarme de Kant, o Estado guarda-noturno*, que Lasalle tanto ridicularizava, de missionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum. Este só se alcança quando os indivíduos se entregam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza social.

A sociedade, por sua vez, na teoria do liberalismo, se reduz à poeira atômica dos indivíduos.

Um Estado apto a assegurar uma liberdade e uma igualdade tão-somente no plano formal não tem a capacidade de, materialmente, realizar direitos fundamentais.

O aumento das demandas sociais, principalmente nos campos econômico e social, justificou o aparecimento de uma nova síntese político-jurídica, concretizada na figura do

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 2004. p 40-41

Estado social-intervencionista, até porque o Estado do abstencionismo não se revelou capaz de fazer face àquelas demandas.

O Estado intervencionista, como Estado-Providência que é, foi concebido para atingir o bem comum de forma imediata, suprindo a iniciativa privada nos pontos em que ela se revela ineficiente.

O cuidado que se precisa ter, em tal modelo estatal, é o de não se atribuir ao Estado funções que a ele não são afetas, como ensina Jellinek¹¹⁸:

La simple reflexión psicológica nos enseña que el estado no puede producir nada de lo que es obra exclusiva de la vida interior humana. Puede tomar la apariencia externa de una Iglesia, pero no engendrar el sentimiento religioso. Moralidad, arte y ciencia no pueden ser directamente producidos por el Estado, porque jamás pueden ser provocados por medios exteriores que son los únicos de que dispone el Estado; lo que si puede hacer este es darles condiciones exteriores favorables en las cuales pueden desarrollarse estas actividades vitales, que son completamente independientes de él.

Esse modelo de Estado é produtor de efeitos palpáveis no âmbito do Direito Administrativo, o que se sente pelos institutos da desapropriação, da intervenção estatal na propriedade privada, e da atuação do Estado no domínio econômico.

A justiciabilidade, como perspectiva de defesa dos direitos fundamentais surge, exatamente, no Estado Social, pois cabe ao Estado a efetivação de tais direitos, em cujo rol se insere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A justiciabilidade é explicada por Victor Abramovich e Christian Courtis¹¹⁹ como sendo “a possibilidade de reclamar ante um juiz ou tribunal o cumprimento de obrigações derivadas do Direito”.

Explicam os autores que:

Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del

¹¹⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. 2000. p.250-251

¹¹⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2004. p. 37

titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar plenamente un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si – al menos en alguna medida – el titular/acreador está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais¹²⁰, dado que já se definiu que direitos fundamentais são direitos justiciáveis, diz com a existência de dois aspectos: o primeiro deles defensivo, que teria uma conotação negativista; o segundo prestacional, com um viés positivo. A leitura que emana da conjugação dos dois aspectos leva ao estabelecimento de limites para a atuação do Estado. Se de um lado, negativamente, ou dentro do aspecto de defesa dos direitos fundamentais, não se pode “destruiu ou afetar tais direitos”, por outro lado, no positivo, o Estado deve ser chamado à prática de ações concretas, tendentes à proteção dos direitos fundamentais.

Sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais, expõe Robert Alexy¹²¹:

Se ha señalado reiteradamente que la justiciabilidad de los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) crea menos problemas que la de los derechos a acciones positivas (derechos a prestaciones). Una razón fundamental para que ello sea así se debe a una diferencia simple, pero teórica – estructuralmente fundamental. Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandatos de proteger o promover, etc. algo. Si está prohibido destruir o afectar algo, entonces está prohibida toda acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está ordenado proteger o promover algo, no está entonces ordenada toda acción que constituya o provoque una protección o una promoción.

Da lição de Alexy é de se constatar que os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos de defesa, aos quais corresponde uma obrigação, por parte do Estado, de natureza negativa (não destruir ou afetar tais direitos, nem permitir que ninguém o faça), e também como direitos de proteção, aos quais corresponde uma obrigação positiva do Estado,

¹²⁰Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. p 446-447

¹²¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p 446-447

de promovê-los através de prestações de caráter positivo (construir ou criar condições concretas para a sua fruição).

Os direitos sociais estão ligados ao dever prestacional do Estado, e é justamente nesta seara que se há de incluir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no dizer de Alexy, entendido com um novo direito fundamental.¹²²

Como direito fundamental que é, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possui a nota da justiciabilidade, aplicando-se a ele todo o referencial teórico já trazido a esse respeito. Assim, cumpre questionar de que forma esse direito será exigível.

Focando, especificamente, o direito ao meio ambiente, possível se torna identificá-lo na posição de objeto de tutela por intermédio dos instrumentos constitucionais da ação civil pública, da ação popular, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo e da ação declaratória de inconstitucionalidade.

Alinhado ao conceito de justiciabilidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, Hugo Nigro Mazzilli fala sobre a proteção legal ao meio ambiente, fazendo lembrar que a Constituição de 1988 preocupou-se em “assegurar a efetividade desse direito, ao mesmo tempo em que impôs a todos sanções e a obrigação de reparar os danos causados”.¹²³

Como demonstração da justiciabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não de ser apresentados casos concretos em que tal direito pulsou do papel para ganhar foros de realidade.

Em ação civil pública¹²⁴ intentada em face do IBAMA, motivada pelos recorrentes incêndios no Parque Nacional das Emas, o Instituto Socioambiental e o Ministério Público Federal postularam medida liminar voltada para a adoção imediata de providências tocantes à

¹²² Cf. ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002 p. 428

¹²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 2002. p. 146

¹²⁴ Ação Civil Pública nº 3.223/98, em que são autores o Instituto Socioambiental e o Ministério Público Federal, e réu o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA, proposta na Seção Judiciária de Goiás

prevenção e controle dos incêndios que atingiram a área. O deslinde da referida ação levou o IBAMA a rever o seu plano de manejo para o aludido Parque, e a fiscalizar e controlar as atividades impactantes tanto no seu interior quanto no seu entorno. Analisa Ana Flávia Rocha¹²⁵ que:

a ação continua em vigor já surtindo efeitos práticos uma vez que após sua proposição e a obtenção da medida liminar em 1998 (ainda que posteriormente revogada) o Ibama não mais deixou de promover a implementação dos aceiros, e instalou uma unidade do Corpo de Bombeiros no interior do parque entre os meses de maio a setembro, época de seca, medidas preventivas fundamentais para evitar as queimadas.

É também Flávia Rocha que relata uma ação civil pública¹²⁶ proposta em dezembro de 2000 pelo Instituto Socioambiental – ISA - contra o IBAMA, com vistas a impedir a exploração de espécies em extinção na Mata Atlântica, até que fosse realizado o estudo que comprovasse a viabilidade da exploração atacada.

Narra a autora¹²⁷ que:

O Tribunal regional Federal da 4ª Região, em agosto de 2001, decidiu, por unanimidade, manter a liminar concedida em primeiro grau, reconhecendo a importância de se proteger as espécies ameaçadas de extinção, e a falta de critérios com que vinham sendo autorizados os planos de manejo.

Da leitura dos exemplos acima citados, percebe-se que a efetivação dos direitos fundamentais, e do direito ao meio ambiente ecologicamente, por via de consequência, encontra-se na dependência direta da sua exigibilidade judicial com vistas à defesa e à promoção de direitos de transcendental importância para a autonomia do ser humano no

¹²⁵ ROCHA, Ana Flávia (Org.) A defesa dos direitos socioambientais no judiciário. 2003, p. 321

¹²⁶ Ação Civil Pública nº 2000.72.009825-0, em que é autor o Instituto Socioambiental, e réu o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA, proposta na Justiça Federal, em Brasília - DF

¹²⁷ ROCHA, Ana Flávia (Org.). *Op. Cit.* p. 467

complexo da sociedade, estando essa postura conexas ao cumprimento de obrigações negativas e positivas, que passam à alçada do Estado Social.

2. DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. DA CULTURA AOS DIREITOS CULTURAIS

Não é recente a idéia que se tem de cultura. Os romanos distinguiam a chamada cultura material da cultura espiritual. Para eles, conforme assinala Miguel Reale¹²⁸, “o homem realiza cultura tanto quando lança uma semente à terra como quando cria por si mesmo uma expressão de beleza.” Ainda na linha de pensamento exposta pelo autor, “tudo que o homem realiza na História, na objetividade de fins especificamente humanos, nós denominamos cultura.”

Para falar de direitos culturais, é necessário entender o conceito chave de tais direitos – a cultura. Muito se fala sobre o que designa tal expressão, sendo ela atribuída, quase sempre, a tudo aquilo que o homem produz.

Em ciclo de debates promovido pela UNESCO, e publicado sob o título *Les Droits Culturels comme Droits de L'Homme*¹²⁹, tem-se colocação que sintetiza, de boa forma, a definição de cultura:

A palavra “cultura” tem sido usada num sentido muito amplo e também num sentido restrito. No sentido amplo, pode dizer-se que ela define a própria essência do homem: pois tudo o que concerne a formação intelectual, moral e física, até técnica, concerne a cultura. Tomada num sentido extremamente amplo, que abarca a totalidade das actividades humanas, a cultura é o que faz com que o homem, justamente, seja diferente da natureza. O homem é diferente do animal, pois tem de aprender, tem de não se contentar com os instintos naturais, mas de formar-se, de adquirir uma certa bagagem moral, intelectual e técnica, que faz dele um ser culto. Neste sentido, portanto, o conjunto das actividades do homem relaciona-se muito com a cultura.

¹²⁸ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 1994, p. 217.

¹²⁹ *Les Droits Culturels comme Droits de L'Homme*. Unesco, 1970. p. 21

No seu sentido restrito, a cultura designa o que se pode entender por “civilização”, ou, pelo menos, este aspecto da civilização que faz com que um determinado povo ou uma determinada nação possua uma herança particular; isso pode tomar a forma de um estilo de vida, ou de um conjunto de crenças ou de concepções, em todo o caso, algo que particulariza, que faz com que um povo seja diferente de um outro povo, e que é muito difícil de captar ou de exprimir em termos conceptuais.

A expressão “cultura” pode ser entendida sob acepções distintas, ou, como relata Allan Bloom¹³⁰:

Parece haver duas acepções em curso atualmente, as quais, embora diferentes, estão correlacionadas. Primeiro, cultura é quase idêntico a povo ou nação, como em cultura francesa, cultura alemã, cultura iraniana etc. Segundo, cultura refere-se a arte, música, literatura, televisão educativa, certos filmes – em resumo, a tudo que é elevado e edificante, em contraposição a comércio. A correlação reside em que a cultura é que torna possível, em alto nível, a rica vida social que constitui um povo, seus costumes, estilos, gostos, festivais, rituais, deuses – tudo aquilo que liga os indivíduos a um grupo com raízes, uma comunidade na qual pensam e formam geralmente com o povo uma unidade moral, estando o homem unido dentro de si mesmo.

Dentro, ainda, das várias acepções de cultura, não se poderia deixar de trabalhar com a infra-estrutura material e a superestrutura cultural da coletividade, visão dualista de Marx. Na infra-estrutura vigoram as relações materiais de produção, enquanto fatores econômicos determinantes da dinâmica dos fatos sociais. Sobreditas relações vão condicionar as formas de pensamento detectadas no âmbito superestrutural, esfera em que se situam o político e o jurídico, vale dizer, o Estado e o Direito.

A propósito desta teoria, menciona Pinto Ferreira¹³¹:

Essa distinção é um dualismo que já era admitido pela sociologia e pela economia do século passado, quando Marx e Engels aludiam a um escalonamento da vida social e dos setores isolados, quais sejam, a infra-estrutura econômica (*Unterbau*), formada pelo conjunto das relações sociais de produção, e a superestrutura (*Ueberbau*), constituída pelas ideologias, crenças, religião, direito, forma de governo e de Estado, sendo a economia considerada como o fato predominante na determinação evolutiva dos fatos sociais. O marxismo acentua as lutas e os conflitos de classes como as forças motrizes da história. Há divergência de opiniões. Tarde

¹³⁰ BLOOM, Allan. O declínio da cultura ocidental: da crise da universidade à crise da sociedade. Tradução de João Alves do Santos. 1989, p. 234

¹³¹ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. 1995, p. 151-152

considera a imitação como um processo social fundamental; Ross salienta a importância do controle social; Veblen destaca a tecnologia; outros, como Marx Weber e Sorokin, admitem uma causalidade mútua.

Tende a doutrina a dividir a cultura em dimensões. Fala-se, então, numa cultura espiritual, entendida como crenças, valores, interesses, ciência, conhecimento; numa cultura institucional, compreendida como sendo os padrões e normas de comportamento aprovadas, e numa cultura material, abrangendo os instrumentos e as máquinas¹³².

Da aceção institucional da cultura emerge o Direito, como conjunto harmônico de princípios e regras capazes de legitimar pautas de comportamento aceitas pela sociedade.

Pinto Ferreira¹³³ dá notícia acerca do surgimento da idéia de cultura: “foi no campo da antropologia cultural e da etnologia que apareceu o conceito de cultura, através da obra de Edward Burnet Tylor (1832-1917), autor de numerosos estudos, entre eles se destacando a obra *Cultura Primitiva*.”

Burnet Tylor¹³⁴ entendeu a cultura como sendo: “o todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, lei, costumes e quaisquer aptidões adquiridas pelo homem como membro da sociedade.”

A reflexão sobre o que significa cultura resultou num enunciado que diz com a carga pulsante da expressão, de autoria de Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹³⁵:

A cultura, no amplo conceito antropológico, é o elemento identificador das sociedades humanas e engloba tanto a língua na qual o povo se comunica, conta suas histórias e faz seus poemas, como a forma como prepara seus alimentos, o modo como se veste e as edificações que lhe servem de teto, como suas crenças, sua religião, o saber e o saber fazer as coisas, seu direito. Os instrumentos de trabalho, as armas e as técnicas agrícolas são resultado da cultura de um povo, tanto quanto suas lenda, adornos e canções.

¹³² Cf. FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. 1995, p. 151

¹³³ FERREIRA, Pinto. *Op. Cit.* p. 150.

¹³⁴ TYLOR, Edward Burnet *apud* FERREIRA, Pinto. *Op. Cit.* p. 150.

¹³⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 2005. p. 15

Da dialética experimentada pela sociedade e do Direito como instituição apta a acompanhar essa dinâmica, surge a necessidade de se proteger e de se assegurar ao homem o exercício daquilo que se entendeu como cultura. E dessa necessidade aparecem os chamados direitos culturais.

Num primeiro momento, tais direitos foram compreendidos na condição de naturais, e sua discussão era traçada no campo dos direitos civis e políticos. Esta sede de digressão, no entanto, não se mostrou suficiente para assegurar ao homem o exercício de seus direitos culturais. O movimento dos direitos culturais foi assim esclarecido pelo documento intitulado *Les Droits Culturels comme Droits de L'Homme*, emanado da Unesco:¹³⁶

O conceito de “direitos culturais” é relativamente novo. No passado, a cultura era considerada como natural. Era discutida, muitas vezes, no quadro dos direitos políticos do indivíduo, da liberdade religiosa ou da liberdade de opinião ou de expressão. Depois da preocupação com os direitos políticos, reconheceu-se a existência de “direitos econômicos” (...).

As preocupações actuais relativas aos “direitos culturais” têm numerosas causas, entre elas a industrialização e a mecanização crescente do mundo. Na medida em que os homens obtinham mais horas vagas, deram conta de que não tinham necessidade apenas de bens materiais mas também de atividade criadora. Um novo humanismo apareceu.

Os direitos culturais, no plano internacional, foram objeto de preocupação desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu artigo XXVII, dispõe sobre a proteção da cultura em duas vertentes: a primeira voltada para as manifestações culturais (direito de participar livremente da vida cultural da comunidade); a segunda destinada à proteção dos direitos autorais, também entendida como a tutela dos direitos de propriedade intelectual.

Em nível mais específico, há a previsão dos direitos culturais no Pacto Internacional respectivo – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – e na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural.

¹³⁶ *Les Droits Culturels comme Droits de L'Homme*. Unesco, 1970. p. 8

No artigo 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, é reconhecida, pelos Estados – partes o direito à participação da vida cultural; ao desfrute do progresso científico e suas aplicações; a proteção aos interesses morais e materiais resultantes da produção científica, literária ou artística, vendo-se, daí, que, no plano internacional, a cultura é vista sob seus vários aspectos.

Reside no PIDESC a proteção aos direitos autorais, tanto quanto a cultura popular, traduzida pelo reconhecimento do direito à participação cultural.

Sobre o significado de cultura popular, escreveram Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:¹³⁷

Ela pode ser definida como distintiva dois grupos de classes sociais mais baixas; é a cultura advinda dos costumes e do cotidiano do povo, seu folclore, músicas, danças, enfim, seu modo de viver. Entende-se por folclore o fenômeno social coletivo, de natureza essencialmente dinâmica, popular, é dizer, não oficializado nem institucionalizado, empírico e espontâneo, normalmente transmitido por via oral, possuidor de um caráter funcional, com base tradicional, geralmente anônimo e geograficamente localizado, tendo expressão regional.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural reafirma a cultura como conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças. A par disso, esta Declaração consiste numa afirmação dos princípios de identidade, diversidade e pluralismo, o que é de extrema importância, posto que tais princípios estão intimamente relacionados ao exercício dos direitos culturais.

Explicando estes três princípios, na linguagem da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, tem-se que as diversas formas adquiridas pela cultura através do tempo e do espaço – diversidade cultural – manifesta-se nas muitas identidades que caracterizam os grupos e sociedades humanas. Já o pluralismo cultural reside na garantia de harmoniosa

¹³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 1998, p. 692

interação entre grupos com identidades culturais distintas, correspondendo à resposta política à diversidade cultural.

Sobre o pluralismo cultural, menciona Édis Milaré¹³⁸, especificamente sobre este princípio aplicado à ordem jurídica brasileira:

Temos aqui a consagração, diante do direito positivo, do pluralismo cultural, isto é, o reconhecimento de que a cultura brasileira não é única, (...) mas é aquela que resulta da atuação e interação dinâmica de todos os grupos e classes sociais de todas as regiões. E é essa diversidade e riqueza de bens culturais, construídas incessantemente num país de dimensões continentais e variada formação étnica, que se pretende ver preservada.

A Constituição Brasileira de 1988 superou a timidez com a qual as Cartas Políticas anteriores tratavam os direitos culturais. Na Constituição de 1824, a cultura estava relacionada, apenas, ao ensino das ciências, belas-artes e artes, enquanto que na Carta de 1891, era incumbido o Congresso, ainda que não privativamente, animar no Brasil o desenvolvimento de letras, artes e ciências.¹³⁹

Caminhando na tutela constitucional, tem-se que, na Constituição de 1934 foi dedicado um capítulo especial à cultura e educação, ampliando o rol daquilo que deveria ser animado no Brasil para o desenvolvimento das ciências, artes letras e cultura em geral, agora não pelo Congresso, mas pela União, Estados e Municípios. A partir da Constituição de 1937, já se tem a definição do estímulo e desenvolvimento daquilo que se entendia como cultura como sendo um dever do Estado, expressão que, com variáveis, foi mantida nas Cartas posteriores.¹⁴⁰

¹³⁸ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2000. p. 184

¹³⁹ Cf. FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. 1995, p. 151.

¹⁴⁰ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 1988, p. 688-689

Logra a Constituição de 1988 garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais.¹⁴¹

Cumpra-se questionar, dentro deste arcabouço jurídico, o que é cultura hoje, e qual cultura se pretende tutelar.

No dizer de Celso Ribeiro Bastos¹⁴², a Constituição ampara de um duplo modo os direitos culturais. Explica o autor:

A proteção fornecida pela Constituição à cultura atinge duas modalidades fundamentais. A primeira é a liberdade ampla conferida a todos de pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes desta cultura. A segunda vem a ser a proteção que o Poder Público deve exercer sobre o chamado Patrimônio Cultural Brasileiro. Por este deve-se entender o conjunto dos bens de natureza material e imaterial que mantenham alguma referência com a identidade, a ação, ou a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Nessa trilha, verifica-se que a Carta Política tutela não uma, mas diversas culturas, atentando-se para o que dispõe o texto constitucional, ao proteger as manifestações culturais indígenas, afro-brasileiras, bem como as dos outros grupos que integram o nosso processo civilizatório.

Essa característica do texto constitucional adequa-se, exatamente, ao princípio do pluralismo, positivado na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, e, a esse respeito, posiciona-se Marilena Chauí¹⁴³:

Na realidade, não existe *a cultura*, no singular, mas *culturas*, no plural, pois os sistemas de proibição e permissão, as instituições sociais, religiosas, políticas, os valores, as crenças, os comportamentos variam de formação social para formação social e podem variar numa mesma sociedade no decorrer do tempo.” (grifos no original)

¹⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p. art. 215

¹⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 2002

¹⁴³ CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 2003, p. 251

Não há uma cultura dominante que se sobreponha às demais por qualquer que seja o motivo, nem mesmo a hierarquia entre culturas distintas, como já aconteceu e periga acontecer, em razão da adoção de um sistema guiado por padrões rígidos e monistas, com as comunidades indígenas no Brasil.

A esse propósito, cumpre citar Fernando Antônio de Carvalho Dantas:¹⁴⁴

Durante muito tempo, ou melhor, durante séculos, a racionalidade cartesiana, norteadora dos ideários político-estatais no Brasil, guiou-se pelo olhar míope da mirada etnocentrista e colonizadora ocidental, não encontrado nas ações, nas narrativas, nos modos de vida, enfim, no pensar de indivíduos e povos nativos, algo importante, com qualidades epistêmicas ou humanas para assim desqualificar, por irracional ou folclórico, a complexidade das formas de vida e organização social de povos étnica e culturalmente diferenciados.

Outrossim, como bem lembra o autor acima citado, a “racionalidade cartesiana” é tendente a violar o exercício de direitos culturais, posto que, para este tipo de raciocínio, não há via aberta para o multiculturalismo, sendo ele totalmente baseado numa idéia etnocêntrica, de hegemonia de uma cultura sobre outra.

A “mirada etnocentrista” a que alude Fernando Dantas pode ser entendida através do conceito de etnocentrismo, que, de acordo com Meville J. Herskovits¹⁴⁵ é o “ponto de vista segundo o qual o próprio modo de vida de alguém é preferível a todos os outros”, conceito este que Herskovitz exemplifica por meio da narrativa do mito sobre as origens da raça humana, difundido pelos índios Cherokees.¹⁴⁶

¹⁴⁴ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In MEZZARROBA, Orides (Org.). Humanismo latino e Estado no Brasil. 2003. p. 473

¹⁴⁵ HERSKOVITS, Meville J. O Problema do relativismo cultural. In WOORTMAN, Ellen F.; MOUSINHO GUIDI, Maria Lais; MOREIRA Maria Regina de L. Prazeres. Respeito à diferença: uma introdução à antropologia. 1999, p. 15

¹⁴⁶ Cf. HERSKOVITS, M. J., “Esses índios conhecem brancos e negros. Como todos os índios, têm a pele morena e, como em todas as mitologias, os atos dos seres sobrenaturais, uma vez executados, são irrevogáveis. Também como na maior parte das mitologias, o homem é a obra mais perfeita do Criador, o qual, neste caso particular, criou-o fazendo primeiro um forno, que acendeu, modelando depois três figuras humanas com a massa que havia preparado. Colocou-as no forno e esperou que cozessem. Porém, sua impaciência por ver o resultado do experimento, que coroava sua obra de criação, era tão grande que retirou uma das figuras depressa demais. Estava lamentavelmente semicozida, pálida, de cor desagradável. Porém, boa ou má, ali estava, e dela descende o tipo do homem branco. Sua segunda figura saiu bem, no tempo justo, e da forma por ele ideada. Bem morena, agradava-lhe sob todos os aspectos; essa figura foi o antepassado dos índios. Tanto a contemplou, que se esqueceu de tirar do forno a terceira figura, até que, pelo cheiro, percebeu que se estava queimando. Abriu a

O etnocentrismo representa um perigo para a avaliação de culturas e uniformização de pensamentos. Jefferson Jurema e Rui Garcia¹⁴⁷ ilustram isso, afirmando que:

ler o outro através do nosso referencial é um erro. Cada povo, cada cultura, cada sociedade tem que ser lida através dos seus próprios valores. O exemplo da pena de morte é disso um bom exemplo. Matar friamente alguém nos Estados Unidos pode ser um ato justificado pela lei. No Brasil, que proíbe a pena de morte, é sempre um crime. O carrasco, nos Estados Unidos, é uma profissão. No Brasil, é um criminoso.

Nessa medida, é importante falar da globalização, que representa, na prática, a aceitação de uma cultura que se entende emanada do centro (cultura hegemônica) para a periferia, desaguando na adoção de valores e manifestações que não guardam qualquer identidade com seus novos praticantes.

A globalização conduz a uma compreensão do mundo que se baseia em rótulos derivados de uma grande matriz, qual seja, a matriz ocidente-oriental, com valores adquiridos por uma assimilação desvirtuada, pois, como pontua José Manuel Pureza¹⁴⁸ “a globalização se faz muito mais de efeitos globais não pretendidos e imprevistos que de iniciativas e instituições globais”.

Pureza constrói metáforas¹⁴⁹ pelas quais analisa o processo de globalização, sendo de se refletir acerca da metáfora da aldeia global por ele exposta nos seguintes termos:

La aldea global evoca la experiencia, hoy cotidiana, de una comunidad de comunicación, sustentada en tecnologías de la información que se desarrollan a un ritmo prodigioso. (...) La metáfora de la aldea global es la primera de las metáforas de la impotencia de los Estados para el control de sus fronteras frente a las nuevas invasiones exteriores, en este caso transformadas en invasiones de códigos binarios.

porta rapidamente, e encontrou-a carbonizada e negra. Foi lamentável, mas nada se podia fazer; aquele foi o primeiro negro”.

¹⁴⁷ JUREMA, Jefferson; GARCIA, Rui. A Amazônia entre o esporte e a cultura. 2002. p. 103

¹⁴⁸ PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad*. 2002. p. 50. Tradução livre

¹⁴⁹ José Manuel Pureza analisa a globalização através das seguintes metáforas: A aldeia global, a fábrica global, a Las Vegas global, a polis global, o apartheid global.

A globalização tem reflexos os mais diversos nos direitos culturais, principalmente porque os modos de vida tradicionais são muitas vezes substituídos pelos costumes integrantes das culturas hegemônicas.

Também numa crítica à globalização, afirma Amartya Sen¹⁵⁰:

O mundo contemporâneo é dominado pelo Ocidente e, embora a autoridade imperial dos antigos governantes do mundo tenha declinado, o domínio ocidental permanece tão forte quanto antes – sob alguns aspectos, mais forte do que nunca, especialmente nos aspectos culturais.

A ameaça às culturas nativas no mundo globalizante de hoje é, em grande medida, inescapável.

No plano constitucional, respeitou-se, como já se disse, a diversidade cultural, reconhecida pelo pluralismo cultural, todavia não há a correspondente aceitação desse pluralismo pelos padrões do Direito. O sistema jurídico continua sendo monista, e isso representa um problema para o exercício de múltiplas culturas no Brasil.

Antonio Carlos Wolkmer¹⁵¹ critica o monismo jurídico dizendo que se chegou

ao esgotamento do paradigma de legalidade que sustentou, por mais de três séculos, a modernidade burguês-capitalista. Entretanto, a despeito do declínio dessa concepção jurídica do mundo, a variante estatal normativista resiste a qualquer tentativa de perder sua hegemonia, persistindo, dogmaticamente, na rígida estrutura lógico-formal de múltiplas formas institucionalizadas. (...) Embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, certeza e segurança, na prática intensifica-se a gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia.

Embora seja fonte de polêmica, é pertinente a discussão colocada por Wolkmer, até porque, como se mencionou aqui, Direito é cultura, e é preciso sopesar se a cultura jurídica deve ter uma fonte e um caráter únicos e universais.

A análise de Eros Roberto Grau¹⁵² diz com esse questionamento:

¹⁵⁰ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. 2000. p. 275

¹⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2001, p. 59

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2005, p. 94

Em cada sociedade manifesta-se um determinado direito (direito posto =direito positivo), diverso e distinto de outros direitos (direitos postos=direitos positivos) que se manifestam em outras sociedades. Por isso, como vimos, não há que falarmos, concretamente no 'direito', senão nos 'direitos'. O *direito*, produto de uma determinada cultura, não pode ser concebido como universal e atemporal. A cada sociedade corresponde um *direito*, integrado por determinadas regras e determinados princípios.

Há de se buscar, então, novos paradigmas para a aplicação do Direito, numa idéia que leve em consideração as imposições pós-modernas, e que, no dizer de Paulo Cunha¹⁵³, “tem de significar multicultural, tolerância, proteção dos grupos desfavorecidos e preferência por uma aproximação pluralista.”

É o mesmo autor que pontua a discussão com os dois alicerces ora trabalhados: globalização e necessidade de novos paradigmas para o Direito, assim dizendo:

A globalização e a conseqüente sociedade de risco com que a pós-modernidade nos brindou parecem ser um dos principais desafios que até hoje se colocou à ordem jurídica, porque fez estremecer as suas estruturas, sem as abalar, mas também porque fez repensar os paradigmas da ordem jurídica, consistindo por isso num dos principais fatores de que vai depender a eficácia do direito no futuro, a sua utilidade e, em conseqüência, a sua própria sobrevivência.

Ainda sobre que cultura se pretende tutelar, há de ser levada em consideração a relação cultura-natureza, derivada do entrelaçamento dos dois conceitos. Quer-se aqui falar dos direitos culturais como integrantes do conceito de meio ambiente, assim explicado por Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹⁵⁴:

O conceito de meio ambiente é unitário, à medida que é regido por inúmeros princípios, diretrizes e objetivos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. Entretanto, quando se fala em classificação do meio ambiente, na verdade não se quer estabelecer divisões isolantes ou estanques do meio ambiente, até porque, se assim fosse, estaríamos criando dificuldades para o tratamento da sua tutela.

Mas, exatamente pelo motivo inverso, qual seja, de buscar uma maior identificação com a atividade degradante e o bem imediatamente agredido, é que podemos dizer que o meio ambiente apresenta pelo menos quatro significativos aspectos. São eles: 1) *natural*; 2) *cultural*; 3) *artificial* e 4) do trabalho

¹⁵³ CUNHA, Paulo: A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Estado de direito ambiental: tendências aspectos constitucionais e diagnósticos. 2004. p. 112

¹⁵⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. 1999, p. 57

A relação cultura-natureza não é de todo simples, e nela vai a forma como o homem, manifestando-se culturalmente em todas as possíveis acepções de cultura, interage com o meio físico que o cerca. Antes, trata-se de uma relação complexa, contra a qual se colocam muitas posições, posições estas voltadas para o preservacionismo ambiental, ou seja, a intocabilidade do ambiente.

No entanto, esta também não é uma interação recente.

O meio ambiente, como se apresenta hoje, é produto, nos lugares em que se verifica a presença humana, da ação do homem sobre o mesmo. Assim como não há padrões culturais rígidos, pois cultura é um conceito mutável e em transformação constante, não há também padrões ambientais imutáveis.

Nesta linha de pensamento, Cristiane Derani¹⁵⁵ aponta que “toda formação cultural é inseparável da natureza, com base na qual se desenvolve. Natureza conforma e é conformada pela cultura.”

Essa concepção de cultura e natureza foi incorporada pela Constituição de 1988, que, no dizer de Juliana Santilli¹⁵⁶:

adotou uma concepção unitária do meio ambiente que compreende tanto os bens naturais quanto os bens culturais. É o que se deduz de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais de meio ambiente e cultura.

A perspectiva pela qual se quer olhar a cultura como objeto de tutela hoje, é a perspectiva da relação de influência recíproca entre a cultura, o meio ambiente e o direito, porque a cultura, como lembra Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹⁵⁷, “é resultado da história e da geografia”. Logo, os direitos culturais, mormente os que dizem com as manifestações culturais populares, também são exercidos na dimensão espacial à qual se atrela o homem ou a comunidade.

¹⁵⁵ DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2001. p. 72

¹⁵⁶ SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005. p. 70

¹⁵⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 2005. p. 15

É de relevância, portanto, a noção da territorialidade para o exercício dos direitos culturais, assim definida por Paul Little¹⁵⁸:

A renovação da teoria da territorialidade na antropologia tem como ponto de partida uma abordagem que considera a conduta territorial como parte integral de todos os grupos humanos. Defino a territorialidade como o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a, em seu 'território' ou '*homeland*'.

Essa definição de territorialidade confirma a lição de Marés, pois cultura não é só o que um povo produz, mas é também o seu sentimento com relação ao espaço físico que ocupa. Note-se que da relação homem-espaço surgem muitas manifestações culturais e tradições.

Ainda no campo da relação cultura-natureza, cumpre refletir sobre como a epistemologia ambiental, no que se refere especificamente aos princípios que regem este ramo do Direito, vai influenciar esta relação, sendo de conferir análise diferenciada acerca da influência do princípio da precaução.

O princípio da precaução, como lembra Solange Teles da Silva¹⁵⁹, “foi adotado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) de 1992 e incluído na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro.” Esta construção da dogmática ambiental guarda relação com os riscos decorrentes do progresso científico, e, como explica a autora, “o princípio da precaução surge, assim, para nortear as ações, possibilitando a proteção e a gestão ambiental, em face das incertezas científicas.”

É clara a relação entre direitos culturais e o reflexo causado pela aplicação do princípio da precaução, afinal, produção científica é cultura, e decorre do respeito aos direitos

¹⁵⁸ LITTLE, Paul. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. In *Série Antropologia*. 2002. p. 3

¹⁵⁹ SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia (Orgs). *Princípio da Precaução*. 2004. p. 75-77

culturais o fomento ao avanço científico. Se há um princípio cuja aplicação pode resultar em freios à produção científica, é preciso pensar sobre como equacionar esta relação.

Além desta relação de conteúdo entre os direitos culturais e o princípio da precaução, tem-se que tal princípio extrapolou o campo de atuação em matéria ambiental, indo servir de referência em qualquer situação que esteja presente o conceito de risco/perigo, pois, como acentua Paulo Cunha¹⁶⁰: “num mar de incertezas e de riscos, a precaução assume o caráter de melhor solução, na procura da previsibilidade e da diligência na atuação”.

Ainda segundo o autor:

O domínio por excelência do princípio da precaução é o do ambiente, área onde o risco releva e mais efeitos é apto a produzir, mas o princípio tem evoluído no sentido da aplicabilidade nas mais diversas áreas do direito, onde o conceito de risco apresente características análogas às verificadas na área do direito do ambiente.

Tal princípio vincula, desde logo, os Estados, até porque emergiu, em termos históricos, de tratados internacionais, onde os Estados foram signatários.

Em outra vertente, é possível vislumbrar a aplicação do princípio da precaução gerando efeitos no que concerne aos direitos culturais isoladamente considerados, caso em que seria útil para, em risco de se perder uma determinada face da cultura, frear os avanços colonizadores.

Refletindo sobre a aplicação do princípio da precaução ao meio ambiente cultural, Ana Maria Moreira Marchesan¹⁶¹ analisa a hipótese de um determinado bem, cujo valor cultural é ainda discutível, no que toca ao seu reconhecimento, e cuja demolição é pretendida, assim afirmando, sob a luz do princípio da precaução:

Aplicar-se-á a prudência referida aos bens sobre os quais, hoje, ainda se têm dúvidas quanto ao seu valor. Dúvida implica inexistência de um saber homogêneo sobre algo. Nessa perspectiva, no marco do Direito Ambiental, como sublinha Mirra, não se pode transigir com condutas e

¹⁶⁰ CUNHA, Paulo: A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Estado de direito ambiental: tendências aspectos constitucionais e diagnósticos. 2004. p. 114-115

¹⁶¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental. 2007. p. 130

atividades lesivas ao meio ambiente, devendo prevalecer, inclusive na esse judicial, esse enfoque de cautela e de vigilância.

Entre autorizar ou não a demolição de um bem sobre o qual a sociedade ainda diverge sobre seu valor parece que a negativa é a melhor resposta.

2.2 TITULARIDADE E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS CULTURAIS

Da mesma forma que ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos culturais possuem, no que tange à sua titularidade, uma múltipla conformação que vai desde o indivíduo até à humanidade. Tanto é o indivíduo que tem garantido o acesso às fontes da cultura nacional, quanto é a humanidade que tem direito à preservação daquilo que se considera seu patrimônio cultural. Tanto é o indivíduo que tem direito a expressar-se artisticamente, quanto é uma comunidade que tem o direito de ver preservados e respeitados seus modos de criar, fazer e viver

Sobre o que são os modos de criar, fazer e viver, explicam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹⁶²:

Os modos de criar, fazer e viver nada mais são do que os hábitos, os costumes e as tradições do povo brasileiro, e a influência que sofrem por parte dos grupos formadores da sociedade brasileira, quais sejam, os negros, os índios, os portugueses, os italianos, os japoneses, os alemães, entre outros. É dizer, a maneira como vive o povo brasileiro, sua culinária, agricultura, crenças, costumes, hábitos e religião. Os modos de fazer, criar e viver dizem respeito à vida cotidiana de determinada sociedade; são o conjunto heterogêneo de fatos, atos, objetos, relações e atividades que se apresentam como mundo em movimento e que dão forma à vida diária das pessoas. A vida cotidiana de uma sociedade está diretamente relacionada com a forma como as pessoas produzem e reproduzem sua existência social e seu modo de vida.

Assim, a titularidade dos direitos culturais até se prende, numa determinada medida, a um titular isolado, mas é a sua dimensão difusa, onde se enxerga sua caracterização como direito de solidariedade, que vai ter maior importância.

¹⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 1998, p. 706.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural menciona que a diversidade cultural é tão importante para a humanidade, quanto o é a diversidade biológica para a natureza, determinando deva ser a diversidade cultural reconhecida e consolidada em prol das gerações futuras.

Vê-se presente, novamente, o compromisso para com os que estão por vir, sendo esta a acepção que consiste no diferencial dos direitos fundamentais ao ambiente e à cultura com relação aos outros direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, o que irmana os dois direitos.

No que concerne à titularidade difusa dos direitos culturais, é relevante lembrar que há interesses no campo destes direitos que não se vinculam sequer a um determinado Estado. São direitos que ultrapassam fronteiras, posto constituírem patrimônio comum da humanidade.

Um exemplo que confere a possibilidade de compreender este alcance dos direitos culturais é dado por José Manuel Pureza¹⁶³, para o que cita Alexandre Kiss: “*La mutilación de la Pietà de Miguel Ángel, o los desgastes sufridos por el Templo de Angkor, hieren la sensibilidad de todo el mundo culto, que experimenta un sentimiento de pérdida irreparable.*”

Como direitos fundamentais, os direitos culturais estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, na função de integrar o homem na sociedade em que vive, mantendo-o em permanente contato com os valores cultivados pela comunidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana cumpre sua posição constitucional de fundamento da República. Em verdade, tal princípio percorre todo o texto constitucional, e, dizendo de modo mais abrangente, é imanente na ciência do Direito, atraindo valores e justificando posturas.

Assim explica Ingo Sarlet¹⁶⁴:

¹⁶³ KISS, Alexandre. *Apud* PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad*. 2002. p. 344

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2007. p. 79

Dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no ‘ponto de Arquimedes do estado constitucional’.

No dizer de Ingo Sarlet, portanto, o princípio da dignidade humana confere unidade à ordem constitucional. Vêm-se a ele ligados, tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quanto os direitos culturais, que estão, portanto, congregados entre si em torno de um fundamento comum.

A dignidade da pessoa humana fornece um vasto campo de reflexão, campo que permite verificar o homem como ele se apresenta, com suas tensões, preocupações, expectativas e valores, em constante relação com a sociedade de que faz parte. Interagem, portanto, homem-sociedade-meio ambiente-cultura.

Sobredita relação surge explícita no texto constitucional. No artigo 3º da Constituição Federal, é previsto como objetivo da República Brasileira a garantia ao desenvolvimento nacional. É de se questionar como o desenvolvimento nacional poderia ser perseguido e alcançado sem o respeito aos direitos culturais, até porque o adjetivo “nacional” conclama a identidade de um povo. Daí a previsão no artigo 215 do direito fundamental à cultura, considerada, como não poderia deixar de ser, em acepções diversas.

É na Carta Política, que se encontra, ainda, no artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ambos os dispositivos deverão ser interpretados à luz de uma leitura sistemática e unitária da Constituição, segundo a qual o Estado Social Democrático de Direito só se realiza se garantir ao homem a existência com dignidade, o que abrange o direito de manifestar-se culturalmente num ambiente que assegure a sadia qualidade de vida.

A idéia de que o desenvolvimento está ligado ao respeito aos direitos culturais está presente no artigo 3º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que considera a diversidade cultural como fator de desenvolvimento.

Dentro dessa idéia, pensa-se mesmo em falar de um Estado de Direito Socioambiental-Cultural¹⁶⁵.

O fato é que os direitos culturais figuram como informadores e limitadores da ação estatal. O Estado precisa, por intermédio de políticas públicas, assegurar o exercício de tais direitos, e não pode agir de forma a restringi-los injustificadamente.

Ocorre que os direitos culturais, quando expressos na forma de um princípio, diferentemente do que ocorre com as regras, tendo em vista a sua elasticidade, a sua plasticidade, demandam formas de aplicação peculiares, o que está de acordo com o caráter múltiplo e popular dos direitos culturais em sua dimensão difusa. Assim como outros direitos fundamentais, podem, dependendo das circunstâncias presentes no caso concreto, ser limitados por outros direitos de mesma natureza.

Até pelo pluralismo que toca os direitos culturais, estes direitos não poderiam ter seu campo de concretização estritamente definido, como ocorre com as regras. Direitos culturais, quando expressos sob a forma de princípios, deverão ser exercidos em harmonia com as demais normas desta natureza, o que, na hipótese de colisão, resolve-se pelo critério do peso relativo de cada princípio no caso concreto em exame.

2.3 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS CULTURAIS

Dizer da justiciabilidade dos direitos culturais é dizer de sua defesa, promoção e proteção. A análise da justiciabilidade dos direitos culturais há de pressupor a definição de sua titularidade, natureza jurídica e estrutura normativa, acima expostas, para que as condições de

¹⁶⁵ Já é difundido o discurso acerca do Estado de Direito Ambiental. Sobre o tema, ver: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental; FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato, Estado de Direito Ambiental: tendências aspectos constitucionais e diagnóstico. Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho escreveu sobre o “Estado Constitucional Ecológico”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional democrático e democracia sustentada. In Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). 2003 p. 493-508

sua exigibilidade judicial possam ser daí extraídas. Afinal, se são direitos de titularidade metaindividual, que têm como objeto políticas públicas e admitem limitação no caso concreto, pela incidência de outros valores igualmente protegidos constitucionalmente, como delinear o que pode ser objeto de exigibilidade judicial para a sua garantia?

O homem tem reconhecidos os seus direitos culturais, porém, se experimenta lesões omissivas ou comissivas a estes direitos, tem como fazê-los valer, exigindo seu restabelecimento? Como ressalta Miguel Reale¹⁶⁶:

O homem não é apenas um realizador de interesses, de coisas valiosas, ou de 'bens', porque é também um ser que sente indeclinável necessidade de proteger o que cria, de tutelar as coisas realizadas e de garantir para si mesmo, acima de tudo, a possibilidade de criar livremente coisas novas.¹⁶⁷

A justiciabilidade dos direitos culturais vem consagrada no texto constitucional no título que trata da ordem social, sendo garantido a todos o pleno exercício destes direitos. O legislador constitucional foi além da garantia considerada em sentido lato e traçou aquilo que constitui o patrimônio cultural brasileiro, tratando, ainda, de estabelecer punição aos danos e ameaças a este patrimônio.

Em nível infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N. 8069/90) e o Estatuto do Idoso (Lei N. 10741/03) prevêm, dentre os direitos fundamentais dos sujeitos de sua proteção integral, o direito à cultura, sendo de considerar que tais leis estabelecem diretrizes de ação para o Estado, com vistas ao exercício dos direitos fundamentais ali previstos. Tais diretrizes deverão informar as políticas públicas traçadas para a efetivação de tal direito.

Os instrumentos de exigibilidade dos direitos culturais, já que múltipla é a conformação de sua titularidade, são tanto aqueles que se prestam à defesa de direitos

¹⁶⁶ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 1994. p. 219.

individuais, quanto aqueles mecanismos de defesa dos direitos metaindividuais, aí compreendidos os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Mas é no âmbito concernente à titularidade difusa que se faz sentir de modo mais tangível a defesa e a proteção dos direitos culturais.

É Ana Maria Marchesan¹⁶⁸ quem ilustra, na prática, a justiciabilidade dos direitos culturais, ao relatar um caso de preservação de sítio arqueológico localizado em dunas, que redundou em indenização e recuperação da área degradada, ocorrido na Comarca de Rio Grande, Rio Grande do Sul.

Segundo a autora, o Ministério Público ajuizou ação civil pública¹⁶⁹ contra um Clube da cidade, com vistas à condenação à obrigação de não fazer, traduzida na abstenção de destruição ou danificação de dunas e sítios arqueológicos existentes em suas dependências, bem como na abstenção de cata, destruição ou danificação de peças dotadas de valor arqueológico, como também na obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente. Em primeira instância, a ação foi julgada totalmente procedente, porém a decisão foi reformada, por criticada postura adotada pelo Tribunal de Justiça. Em sede de recurso especial, todavia, o Superior Tribunal de Justiça repristinou o entendimento do juiz prolator da sentença, ficando registrado na ementa que:

O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido.¹⁷⁰

¹⁶⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental. 2007. p. 274-275

¹⁶⁹ Ação Civil Pública nº 19.976/495, em que é autor o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e réu Clube com sede na Rodovia Cassino-Rio Grande

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 115599/RS. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. J. 27 jun. 2002. Disponível em http://www2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199600767530&dt_publicacao=02/09/2002, Acesso em 01 set. 2007

É a mesma autora¹⁷¹ quem narra o caso de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal de São Paulo, com vistas à reconstrução de um imóvel demolido pelo proprietário, uma vez que tal imóvel estava localizado em meio a outros bens imóveis tombados na esfera federal, conflito que ficou conhecido como o “caso da Praça da Independência” do Município de Itu – SP.

Narra Ana Maria Marchesan que a magistrada reconheceu “a obrigação do particular recompor os aspectos externos do imóvel (fachada e volumetria), recuperando suas características originais”.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao emitir acórdão em ação civil pública da qual foram autores a Associação Comunitária Santa Luzia e o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico Artístico de Minas Gerais – IEPHA, e réus João Bosco Vianna Gonçalves e outros, também se posicionou pela prevalência do interesse da coletividade, em detrimento do interesse particular.

Na ação em análise, os autores postularam a reincorporação de um conjunto de peças sacras conhecido como “meninos barrocos” ao patrimônio do Santuário de Santa Luzia, uma vez que as peças encontravam-se em poder de particulares, os quais alegavam ter a posse mansa e pacífica e pretendiam levar o conjunto a leilão.

Como a ação civil pública foi julgada procedente, os réus apelaram, argumentando, em suma, que o leilão poderia ser realizado, uma vez que as peças não eram tombadas.

Assim se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁷²:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TOMBAMENTO – PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL E TURÍSTICO – OBRAS SACRAS – LIMINAR – RETIRADA DE LEILÃO – CUSTÓDIA PROVISÓRIA DO IEPHA/MG – INTERESSE DA COMUNIDADE EM RESGUARDAR A MEMÓRIA DA CIDADE – LAUDO PERICIAL – REINCORPORAÇÃO

¹⁷¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental. 2007. p. 272

¹⁷² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Proc. N. 1.0245.03.029114-1/006(1). Relator: Célio César Paduani. J. 30/06/2005. Disponível em [HTTP://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1...](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1...) Acesso em 17 set. 2007

AO ACERVO DA MATRIZ DE SANTA LUZIA. 1. Consoante o §1º, do art. 216 da Constituição Federal, o tombamento é um dos institutos que tem por fim a tutela do patrimônio histórico e artístico. Assim sendo, a definição do que é patrimônio histórico a ser protegido é anterior ao tombamento. E só serão tombados aqueles bens cuja magnitude e importância, dentro de um juízo comum de valores, transcenda os limites da propriedade privada. 2. Rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento.

Nos casos em estudo, verifica-se que a exigência judicial dos direitos culturais restou satisfatória, tendo o Poder Judiciário cuidado em garantir o acesso às fontes de cultura e a preservação do patrimônio cultural.

3. MEIO AMBIENTE E DIREITOS CULTURAIS: A BUSCA DE UM EXERCÍCIO HARMÔNICO

3.1. COLISÃO ENTRE O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E OS DIREITOS CULTURAIS

Quer-se falar, aqui, da hipótese, admitida pela doutrina e jurisprudência, da colisão entre direitos fundamentais, mais especificamente, sobre a concretude da colisão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais, aplicando-se o arcabouço construído pela doutrina para a solução de colisão entre dois princípios constitucionalmente protegidos.

Sobre a possibilidade de choque entre direitos fundamentais, tem-se a explicação de Edilson Pereira de Farias¹⁷³:

¹⁷³ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* liberdade de expressão e informação. 2000.p. 116

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como evidencia a tipologia anunciada. Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas fundamentais *prima facie*). Resulta, então, que é freqüente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão ou conflito de direitos fundamentais.

Robert Alexy¹⁷⁴ diz que há colisão de direitos fundamentais em sentido amplo se a colisão ocorre entre um direito fundamental e um outro tipo de norma, e, em sentido estrito, se apenas direitos fundamentais estão em rota de choque.

Se tomados o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais como direitos fundamentais que são, é plausível a hipótese de choque entre os mesmos. O choque entre o direito ao meio ambiente e o exercício de direitos culturais guarda relação com a necessária interação existente entre natureza e cultura, impondo-se a tentativa de conciliar a proteção ambiental e as manifestações culturais, sempre que possível.

Ganhou corpo no Brasil a discussão acerca da “farra do boi”, tradicional manifestação catarinense, sobre a qual se diz constituir uma prática cruel que atenta contra a proteção da fauna. Patryck de Araújo Ayala¹⁷⁵ comenta a discussão travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito da colisão entre a proteção do meio ambiente e os direitos culturais:

De plano, pode-se argumentar que o texto constitucional brasileiro propõe interessante perfil de proteção da fauna a partir da interdição de práticas que possam ser associadas, em qualquer medida, à referência cognitiva de crueldade.

A referência encerra tormentosos problemas para a determinação do alcance da regra de proteção, especialmente quando se considera que a atribuição do sentido de crueldade também guarda grande proximidade com a necessidade de se considerarem práticas culturais e representações valorativas de conteúdo plural presentes em grande número de eventos e manifestações associadas a espécimes integrantes da fauna, silvestre ou não.

Essa composição de interesses coloca ao Direito Ambiental conflitos de elevado grau de complexidade, relacionada, sobretudo, à necessidade de se conciliação de pretensões e

¹⁷⁴ Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático de direito. // *Revista de Direito Administrativo*. 1999. p. 69

¹⁷⁵ AYALA, Patrick de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2007 p. 379

princípios tendencialmente colidentes, que são, particularmente, a proteção do meio ambiente em todas as suas formas e a proteção das práticas, representações e manifestações culturais.

Ao discorrer sobre esta manifestação cultural, Carolina Medeiros Bahia¹⁷⁶ questiona a respeito do conflito que ela enseja:

se a defesa da farra do boi tem o poder de preservar a identidade das comunidades que a praticam ou se, na verdade, serve apenas para esconder as contradições realmente vivenciadas por estes grupos, que, sob o influxo do ‘progresso’, vem perdendo paulatinamente as suas particularidades culturais.

O debate sobre a farra do boi chegou ao Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso especial, tendo a Corte assim se posicionado¹⁷⁷:

EMENTA: COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE – A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais a crueldade – Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

Não obstante a decisão da Suprema Corte ter acolhido o recurso especial, o que acabou por proibir a prática da farra do boi no Estado de Santa Catarina, uma vez que se entendeu que tal prática era inconstitucional, por submeter animais a crueldade, houve um debate profundo sobre o conflito derivado do exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, debate este que pode ser ilustrado com o

¹⁷⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. 2006. p. 165-166

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.531-8 – SC. Relator Ministro Marco Aurélio, 3 de junho de 1997. In VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 272-277

seguinte trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa¹⁷⁸, antecedido por farta análise de literatura sobre o tema:

A manifestação popular dissentida pelos autores é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural, há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215, § 1º, da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira (art. 216 da CF).

Como ressaltado no aresto recorrido, se há excessos na prática da “farra do boi”, cumpre ao Estado, através de seu poder de polícia, exercer sua função repressora; ao Judiciário, se a tanto for provocado em razão da inércia do Poder Público, prover a respeito, impelindo-o à prática de atos voltados a obstar o procedimento contrário ao preceito constitucional, segundo o qual resta terminantemente proibida a prática que submeta animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII)

Utilizando como um dos precedentes a decisão sobre a farra do boi, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, também, a respeito da prática das chamadas brigas de galo¹⁷⁹:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”.

A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado precedente.

Neste julgado, a Suprema Corte pronunciou-se em ação declaratória de inconstitucionalidade face à Lei N. 11366/00, oriunda do Estado de Santa Catarina, que autorizava a prática de rinhas de galo, julgando-a inconstitucional. Em seu voto, o Ministro Eros Grau ressaltou que “em situações análogas, este Tribunal afirmou a preservação da fauna como fim a ser prestigiado, banindo a sujeição da vida animal a experiências de crueldade”.

Embora tenha sido usado o precedente da farra do boi para justificar a proibição das brigas de galo, no que se refere a este segundo caso, diferentemente do primeiro, não há elementos que identifiquem tal prática como patrimônio cultural brasileiro de natureza

¹⁷⁸ O voto do Ministro Maurício Corrêa, favorável à manifestação cultural traduzida na farra do boi catarinense foi vencido.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2514-7. Relator Ministro Eros Grau, 29 de junho de 2005

imaterial, portador de referência à identidade, à ação ou à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, tal como previsto no artigo 216 da Constituição Federal.

Sobre a farra do boi, há de se dizer que o fato de tal prática ter sido transmitida por ancestrais de um grupo de povoadores do Brasil que se fixou no litoral do Estado de Santa Catarina, os quais já tinham esse costume em seu território original, permitem que ela seja vista como uma tradição a ser entendida como forma de expressão cultural de um grupo formador da sociedade brasileira.

Carolina Medeiros Bahia¹⁸⁰ explica que:

Santa Catarina, assim como todos os demais Estados brasileiros, teve como primeiros povoadores, os indígenas. E, assim como aconteceu nas demais regiões do país, os remanescentes destes primeiros habitantes miscigeraram-se e tiveram a sua cultura integrada às culturas africana e portuguesa, dando origem à etnia brasileira.

Como foi destacado, em meados do século XVIII, o litoral catarinense passou por um grande surto imigratório que atuou como força diferenciadora de sua cultura. (...)

Neste contexto, a farra do boi, como variação dos rituais taurimáquicos presentes no Arquipélago de Açores no período da colonização, insere-se entre as formas de expressão da cultura portuguesa no Brasil. Em virtude de ser portadora de referência à identidade, à ação e à memória dos portugueses que contribuíram para a formação da sociedade brasileira, este ritual enquadra-se na definição constitucional de patrimônio cultural brasileiro (art. 216, da Constituição Federal de 1988).

Note-se que, no caso da farra do boi, está cristalizado o conflito entre o exercício dos direitos culturais (manifestação cultural diferenciada de valores universais, mas abrigada pelo princípio da diversidade cultural, insculpido na Constituição Federal) e o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Há que se considerar que o artigo 225, § 1º, VII da Constituição Federal, ao mencionar a proteção da fauna como incumbência do Poder Público, veda as práticas que submetam animais a crueldade, traço característico da farra do boi. Trata-se pois, de dois valores igualmente protegidos. Como resolver essa colisão?

¹⁸⁰ BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. 2006. p. 173-174

3.1.1 O MÉTODO DA PONDERAÇÃO

A ciência do direito apresenta capítulo a respeito do que se convencionou chamar “conflito aparente de regras”. Como se pode notar, por ser aparente, o conflito não é real, e tanto é desta forma, que ele se resolve por meio da utilização de critérios dogmáticos, como o da especialidade, segundo o qual uma regra especial se sobrepõe a outra genérica e o da absorção, em que uma regra mais grave ou abrangente suplanta a outra mais reservada.

Outra deve ser a abordagem quando se trata de normas que conformam princípios. Trataremos, aqui, da colisão entre princípios que veiculam direitos fundamentais.

Direitos fundamentais podem se achar em rota de colisão, devendo o aplicador do direito, diante das peculiaridades do caso concreto, e observado o peso relativo de cada um dos direitos fundamentais em xeque, decidir qual deles deve prevalecer na solução da questão em exame. Ainda que um princípio prevaleça totalmente sobre o outro, não se pode falar na anulação de qualquer deles. Isso ocorre porque, enquanto as regras se movimentam em um espaço exíguo, os princípios têm espaço de movimentação mais amplo.

Tal posicionamento demonstra o fato de que os princípios de direitos fundamentais, como são o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais, são limitáveis. Quando a Carta da República alude a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a ser objeto de defesa e proteção para as presentes e futuras gerações, há de se pressupor que tal direito deva encontrar um ponto de equilíbrio com outros direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre com os direitos culturais.

O ideal é que, em nível prático, os dois direitos possam coexistir, mas, em havendo colisão, o que é factível, vez que se trata de dois direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, um deles haverá de preponderar sobre o outro, no universo de um caso concreto,

podendo ocorrer exatamente o inverso em outra situação concreta, ou, ainda, poderá haver uma hipótese em que ambos possam coexistir.

Está-se aqui falando de um novo método para a solução da colisão entre dois direitos, no caso dois princípios constitucionalmente protegidos: o método da ponderação.

Tal método é de vital importância para a solução de choque entre direitos fundamentais e é muito usado no direito americano, através de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Este método, também denominado técnica de ponderação de valores, envolve a garantia de aplicação do já mencionado princípio da unidade da constituição, e é aplicado sempre que há choque entre normas constitucionais, sempre no caso concreto.

Liliane Roriz ¹⁸¹ explica a técnica da ponderação de valores, também conhecida sob a nomenclatura de *nexus theory*, ou teoria da interdependência das normas constitucionais, da seguinte forma:

Consiste ela numa ponderação dos valores em conflito, através de uma interpretação sistêmica do texto do Estatuto Supremo, sopesando-se casuisticamente qual interesse deve merecer a tutela constitucional, utilizando-se, para tal, o princípio da razoabilidade, sem cair na armadilha da hierarquização pura e simples e sem negar completamente nenhum dos direitos envolvidos na disputa.

Na verdade, utilizando esta técnica que impõe a realização do *balancing test*, o direito americano preserva a unidade da constituição, sendo que o conflito entre direitos fundamentais, com base na doutrina americana, também reside num plano meramente aparente. Contudo, no caso da colisão entre dois princípios, a solução não é dada, como ocorre nas hipóteses de conflito entre duas regras jurídicas, por critérios como o da regra especial, ou da regra posterior. Como assevera Roriz, “a solução para conflitos entre normas

¹⁸¹ RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. 2001. p. 30-31

constitucionais, no direito americano, está mais para a interpretação razoável e proporcional do julgador, com vistas a eliminar este conflito”¹⁸².

O princípio da proporcionalidade é situado, historicamente, por José Sérgio da Silva Cristóvam¹⁸³, que assim menciona, denominando-o máxima:

As raízes da proporcionalidade podem ser buscadas na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal-individualista, quando se percebeu a necessidade de controle do poder ilimitado do monarca. O advento do Estado de Direito exigiu a manutenção do ‘poder de polícia real’ antes ilimitado e legitimado pela lei, passando a ser por ela limitado e controlado. A proporcionalidade despontou como um obstáculo aos desmandos do monarca, demarcando os meios empregáveis e os fins que poderia perseguir.

Tal princípio tem forte incidência no direito europeu e é, como já se disse, de vital importância para a solução de choque entre direitos fundamentais.

Paulo Bonavides¹⁸⁴ traça estudo sobre a utilização do princípio da proporcionalidade no campo concernente às normas de aplicação de direitos fundamentais, comentando a teoria de Lerche.

Segundo o autor, Lerche distinguiu cinco categorias de normas, dentre as quais, as normas de solução de conflitos, das quais escreve:

As normas de solução de conflitos (*Konkurrenzlozend Normen*), como o próprio nome está a indicar, servem para dirimir litígios entre direitos fundamentais que não foram ainda resolvidos pela própria Constituição e que também não podem ser resolvidos. Assim, por exemplo, quando o legislador reclama autorização para baixar normas interventivas de direitos fundamentais ou normas caracterizadoras desses direitos (*Grundrechtsragender Normen*)

Voltando aos direitos fundamentais previstos nos artigos 225 e 215 da Constituição Federal (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado *vs* o direito à livre

¹⁸² RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. 2001. p. 32

¹⁸³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. 2007. p. 209

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional. 2006. p. 418-419

manifestação cultural de populações inteiras), deve haver algum limite para preservar os direitos envolvidos?

3.2. LIMITES DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DOS DIREITOS CULTURAIS. EXISTE UM MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO-CULTURAL?

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado afirma-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como já se viu, como um direito fundamental, e como tal, para que alcance sua efetividade, em harmonia com os demais direitos fundamentais, é suscetível de relativização.

Os direitos fundamentais, embora tenham importância extremada, não são direitos de caráter absoluto. Sua relativização impõe-se até mesmo para que possam coexistir com outros direitos de igual natureza.

Seria impossível a convivência humana, exemplificativamente, se todos os homens exercessem sua liberdade sem limites. Por certo, o exercício ilimitado da liberdade de um, frustraria o direito à vida, liberdade e privacidade de outro.

A máxima popular segundo a qual “a liberdade de um termina quando começa a do outro” nada mais é do que uma expressão da necessária relativização dos direitos fundamentais.

A relativização dos direitos fundamentais está tão vinculada ao exercício destes direitos, que até mesmo o texto constitucional é sede de várias demonstrações do caráter relativo dos direitos fundamentais, como é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio, limitado pela ocorrência de situação de flagrância delitiva.¹⁸⁵

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p. art. 5º, XI

Ao definir o meio ambiente como direito fundamental, Sandro Nahmias Melo questiona se este direito “deve prevalecer sobre outros interesses ou direitos, inclusive sobre aqueles igualmente fundamentais”.¹⁸⁶

Este questionamento remete a alguns cuidados que devem ser adotados quando do enfrentamento de um conflito entre direitos fundamentais.

O primeiro deles consiste no perigo representado pela facilidade da solução advinda da sobreposição de um direito a outro. O conflito entre direitos fundamentais distintos não tem feições simples o suficiente para ser resolvido apenas com um exercício de hierarquização.

Tomando-se o exemplo do conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento econômico, qual deveria ser posto em uma escala preferencial, em uma situação conflitante? Como hierarquizá-los?

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser mais relevante para os povos desenvolvidos economicamente, enquanto o direito ao desenvolvimento econômico pode ser mais relevante para os povos tradicionais, que vivem num ambiente ecologicamente equilibrado.

A solução da hierarquização de direitos não comporta critérios seguros, e sobre ela esclarece Liliane Roriz¹⁸⁷:

A primeira tendência do examinador é a de hierarquizar os direitos. Tal não é, porém, a melhor das soluções, pois uma pirâmide de direitos terminaria por anular os de hierarquia mais baixa, privilegiando os de padrão mais alto.

Outro perigo que ronda a solução dos conflitos entre direitos fundamentais reside no dualismo, ou seja, na contraposição entre idéias, conceitos, e, por via de consequência, entre

¹⁸⁶ MELO, Sandro Nahmias. Meio ambiente equilibrado e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. 2004. p. 237

¹⁸⁷ RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. 2001 p.27

direitos. Assim, o homem gasta muito de sua existência fazendo escolhas que acabam por anular uma de suas opções, dentro de um código binário pelo qual se compreende o mundo, o que acaba refletido no campo do direito.

Por esta razão, é comum ouvir-se afirmações acerca do direito ambiental como sendo o direito do preservacionismo absoluto, em contraponto a qualquer exploração dos recursos naturais, o que nada mais é do que uma redução do conceito de direito ambiental.

A solução de um conflito entre direitos fundamentais é fruto de um complexo exercício de ponderação, que conduz à prevalência de um direito sobre o outro apenas no âmbito de uma situação concreta.

É possível, adotando-se sempre este exercício, que um determinado direito, prevalente em uma situação, tenha seu exercício contido em situação diversa.

Tanto mais lúcida é a solução do conflito entre direitos fundamentais, quanto mais próxima estiver ela da idéia de coexistência de direitos.

Sobre a coexistência entre os direitos culturais e o direito ao meio ambiente, ensina Joaquín Herrera Flores¹⁸⁸:

La historia de las civilizaciones puede ser escrita partiendo de la mutua interrelación entre los diferentes productos culturales de las diferentes y plurales formas de vida y las, asimismo diferenciadas, condiciones ambientales accesibles a cada pueblo.

Na busca pela solução dos conflitos entre direitos fundamentais, há que se ter como norte alguns princípios. Dentre estes princípios destacam-se, primeiramente, o princípio da proporcionalidade, que orienta na atribuição do correto valor aos direitos conflitantes na situação posta, e, assim como o princípio da razoabilidade, controla a relação entre os meios utilizados e os fins pretendidos.

¹⁸⁸ FLORES, Joaquín H. Cultura y naturaleza: la construcción del imaginario ambiental bio (socio) diverso. In Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia. 2004. p. 71

O princípio da unidade da constituição, também tem aplicação necessária no que pertine à solução de conflitos entre direitos fundamentais, sendo o princípio que permite interpretar as normas constitucionais como parte de um mesmo contexto, ou, na lição de J. J. Gomes Canotilho¹⁸⁹, “não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.

Por fim, merece atenção o princípio da máxima efetividade conferida ao direito, que permite estender o exercício do direito ao máximo possível, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Até aqui restou estabelecido que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, e que, como tal, não é absoluto, havendo de ser flexibilizado em situações de conflito com outros direitos, distintos ou não.

Rica é a casuística referente às hipóteses em que o direito ao meio ambiente deverá ser relativizado, a fim de possibilitar seu exercício em harmonia com os outros direitos tocantes ao homem.

É possível enxergar a relativização do direito ao meio ambiente frente aos direitos culturais, por exemplo, no caso do Amazonas, onde é hábito cultural arraigado nos costumes da população, o preparo de receitas culinárias com a carne de tartaruga, animal em risco de extinção, sendo que a compatibilização dos direitos vem sendo paulatinamente alcançada com a criação de tartarugas para o consumo humano em cativeiros, fiscalizados pelo IBAMA.

É comum, ainda, a necessidade de relativização do direito ao meio ambiente frente ao direito à moradia, que tem repercussões na existência digna do homem. Exemplo deste conflito acima descrito ocorreu em área entre os municípios de Novo Airão e Barcelos, no interior do Estado do Amazonas, onde foi criado, pelo Decreto 85200/80, o Parque Nacional do Jaú, em área onde habitavam várias famílias, sendo que o conceito de parque nacional

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 1993. p. 227

oriundo do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei 9985/00, não comporta habitantes em áreas que tais, sendo prevista a desapropriação das áreas particulares ali existentes.

Assentado que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está em função da defesa da vida e do bem estar da população, e, por outro lado, partindo-se da idéia de que os direitos culturais tocam ao sustentáculo espiritual de um povo - já que cultura significa estilo de vida e ligação ao território - retirar uma população inteira do local onde viveram suas vidas, para dar lugar à criação de uma unidade de conservação em cujo território não seria permitida a presença humana, não seria conferir a um dos princípios um superdimensionamento que teria, como consequência, o achatamento do outro?

Uma coisa é certa: a busca de uma solução para o problema deve levar em conta a o princípio da participação popular na tomada de decisões, sobretudo de comunidades tradicionais, no processo de conservação da natureza, sendo tal população não apenas a beneficiária, como também o agente da conservação. Assim, não poderá ser simplesmente alijada deste debate.

Contudo, este é um conflito que até hoje não encontrou solução definitiva, sendo que os habitantes retirados do local continuam lutando por uma indenização suficiente para suas necessidades, enquanto outros habitantes persistiram e permaneceram no local, ainda que contra a determinação legal.¹⁹⁰

Frequente, também, é a necessidade de relativização experimentada pelo direito ao meio ambiente frente ao direito ao desenvolvimento econômico. Seria uma solução justa impedir que as populações que vivem da exploração dos recursos naturais experimentassem o desenvolvimento econômico, impondo a elas a obrigação de conservar estes recursos? Não

¹⁹⁰ MARTINHO, Luciana Toledo. Informação pessoal

seria mais coerente preparar estas populações para um desenvolvimento de caráter sustentável, obtido através de técnicas corretas de exploração e manejo dos recursos naturais?

Esta segunda solução permitiria a coexistência entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com sede no artigo 225 da Constituição Brasileira, e os princípios regentes da ordem econômica, com sede no artigo 170 da mesma Carta.

O último dispositivo constitucional citado, que menciona a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o fim de conferir a todos existência digna, limita o direito ao desenvolvimento econômico, na medida em que determina a observância, dentre outros, do princípio da defesa do meio ambiente.

Para a solução dos conflitos apontados, e de todos os outros, não se pode conferir ao meio ambiente, *a priori*, o *status* de um direito hierarquicamente superior, buscando-se a solução da coexistência, com a salutar consciência de que a preservação do meio ambiente não tem qualquer significado se não aplicada à destinação constitucional da sadia qualidade de vida do homem.

Tendo em consideração que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um direito fundamental, que para ser exercido, e coexistir com os demais direitos, deve ser relativizado, cumpre analisar até onde pode chegar a flexibilização deste direito.

A relativização exercida de modo livre conduz ao perigo de tirar do direito seus fundamentos, aquilo que o justifica.

Parte-se, assim, da premissa inicial de que a relativização do direito ao meio ecologicamente equilibrado há de ser limitada, devendo-se estabelecer em que consistem tais limites.

Estes limites podem, contudo, ser analisados sob prismas variados.

3.2.1 Limites de ordem principiológica

No que concerne ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é possível vislumbrar a ação dos princípios de direito ambiental e dos direitos culturais como elementos limitadores da relativização daquele direito.

Ainda que se entenda necessária a relativização dos dois direitos, esta não pode ser de ordem a comprometer o princípio da sadia qualidade de vida do homem, já ventilado como a destinação da proteção ambiental, nem o pluralismo cultural, garantido constitucionalmente.

O princípio da solidariedade apresenta-se, também, como baliza à relativização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, que, por isso, deveria ser flexibilizado até um ponto que não compromettesse o bem-estar não apenas das gerações presentes, mas também das gerações futuras, assim como a preservação do patrimônio cultural comum da humanidade, também para as gerações vindouras.

A relativização esbarra, ademais, no princípio da prevenção, que obriga à ação antecipada, de forma a evitar danos ambientais, e no da precaução, que, no dizer de Paulo A. L. Machado¹⁹¹, antes de ser um freio às atividades humanas, “visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações futuras e à continuidade da natureza existente no planeta.”

Vale menção a designação que Joaquín Herrera Flores¹⁹² utiliza para tratar o princípio da precaução, qual seja “*deber de precaución ambiental*”, o qual pode e deve ser entendido como um limite à relativização do direito fundamental ao meio ambiente, na medida em que orienta a flexibilização até o ponto em que a ignorância quanto aos resultados de uma atividade não represente riscos para o equilíbrio ecológico que constitui direito de todos.

¹⁹¹ MACHADO, Paulo A. L. Direito Ambiental Brasileiro. 2004, p. 56

¹⁹² FLORES, Joaquín H. Cultura y naturaleza: la construcción del imaginário ambiental bio (socio) diverso. In Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia. 2004. p. 89

O princípio da precaução, como já se disse, vai influenciar no exercício dos direitos culturais, seja pela relação para com a produção científica, seja pela possibilidade de, com a aplicação deste princípio, conseguir-se evitar a perda de referências culturais.

3.2.2 Limites de ordem teórica

O direito positivo brasileiro não abraçou um limite para a relativização dos direitos fundamentais, como forma de solução de conflitos entre tais direitos, diferentemente de algumas constituições européias.

A Constituição Portuguesa traz, em seu artigo 18/3, um limite até o qual podem chegar as restrições a direitos fundamentais, qual seja, o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, assim definido por J. J. Gomes Canotilho¹⁹³:

Existe um *núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos.

O autor português cita, ainda, a construção referente aos limites imanentes, impostos aos direitos fundamentais, os quais, apesar de não terem abrigo constitucional, são tratados pela doutrina, e justificados de formas variadas, seja em virtude da existência de direitos de outros titulares, seja em virtude de posições da ordem social, seja em decorrência da ética.

A Constituição Alemã traz, assim como a Portuguesa, dispositivo específico acerca da preservação do núcleo essencial do direito fundamental, qual seja, o artigo 19/2.

Tratando dos limites que se impõem às restrições dos direitos fundamentais, Robert Alexy¹⁹⁴ explica a garantia do conteúdo essencial.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 1993, p. 618

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. p. 286

O autor alemão aborda o problema da garantia do conteúdo essencial através da análise a respeito das teorias objetiva/subjetiva e absoluta/relativa da preservação do núcleo essencial.

Assim, a preservação do núcleo essencial pode decorrer de um ponto de vista de cunho objetivo, já traçado e aplicável a todos os conflitos em que direitos fundamentais precisem ser relativizados, ou de um ponto de vista de cunho subjetivo, obtido no caso em exame, considerando os indivíduos envolvidos, aspecto este que, segundo Alexy, deve ser levado sempre em consideração, ainda que ao lado do aspecto objetivo.

Pode, ainda, a obtenção do núcleo essencial, decorrer de um exercício de exegese absoluta ou relativa.

A teoria absoluta do núcleo essencial explica que cada direito fundamental possui um núcleo que não admite, em qualquer situação, ser afetado por restrições.

A teoria relativa, por seu turno, prega a obtenção do núcleo essencial como decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, e, no dizer de Alexy¹⁹⁵,

Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad.

São, ainda, utilizados como barreiras para limitar a restrição a direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana, e a prevalência do direito à vida sobre os demais direitos de caráter individual.

Sandro Nahmias Melo¹⁹⁶ cita, ao lado das constituições portuguesa e alemã, a espanhola, que, também de modo expresso, trata da garantia do conteúdo essencial, como um limite ao legislador que vier regular os direitos fundamentais.

¹⁹⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. p. 288

A preservação do núcleo ou conteúdo essencial do direito, oriundo dos ordenamentos jurídicos europeus, e a técnica da ponderação, adotada pela jurisprudência americana, são formas salutares de se chegar à solução do problema dos limites de relativização dos direitos fundamentais em conflito.

Como mencionado anteriormente, o direito pátrio não contemplou o limite até o qual possa ir a relativização de um direito fundamental, cumprindo questionar se as soluções alienígenas aqui tratadas poderiam ser aplicadas aos conflitos entre direitos fundamentais previstos em nosso ordenamento jurídico.

Ao traçar o panorama dos princípios gerais de direito, Miguel Reale chama atenção para o perigo de esgotar a aplicação destes princípios no que é previsto pelo direito nacional, posicionamento que o autor afirma ser acanhado.

Defende Miguel Reale¹⁹⁷ a teoria que comporta a aplicação de princípios do direito comparado, mais adequada ao próprio conceito de princípios gerais do direito, e à universalidade da ciência, afirmando que:

Em virtude dessa interpenetração de sistemas jurídicos positivos é que sustentam muitos juristas que os princípios gerais do direito devem ser havidos como aqueles revelados pelo Direito Comparado.

A natureza fundamental dos direitos e a necessidade de sua proteção, são lembrados por Sandro Nahmias Melo ao defender a aplicação da garantia do núcleo essencial no direito pátrio, afirmando o autor ser “ilógica a intervenção do legislador ordinário no âmbito do direito fundamental para destruí-lo.”¹⁹⁸

¹⁹⁶ MELO, Sandro Nahmias. Meio ambiente equilibrado e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. 2004. p. 244

¹⁹⁷ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 1995. p.305

¹⁹⁸ MELO, *op. cit.*, p. 244

Resta, assim, evidente, a possibilidade de aplicação das soluções advindas do direito comparado, no que pertine aos conflitos entre direitos fundamentais no âmbito nacional, e, envolvendo o foco para o objeto deste trabalho, evidencia-se, também, a possibilidade de aplicação daquelas soluções como limites para a relativização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No que toca à aplicação do princípio da garantia do conteúdo essencial, cumpre agora, buscar qual seria o conteúdo essencial, ou núcleo essencial referente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para chegar-se à obtenção do núcleo essencial, Liliane Roriz¹⁹⁹ propõe a realização de três indagações, a saber: “Quais são os bens jurídicos efetivamente protegidos? Contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção? Estão essas restrições expressas na Constituição ou em norma legal expressamente prevista pelo texto da Lei Maior. isso mesmo?”

Aplicando-se estas indagações ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e aos direitos culturais, é possível aproximar-se do que seja o núcleo essencial destes direitos. No caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado há de se pensar que a definição de seu núcleo essencial passa pela garantia do equilíbrio ecológico do meio ambiente, e pela sadia qualidade de vida a que ele efetivamente se destina; já no que toca aos direitos culturais, tem-se que seu núcleo essencial diz com o respeito à identidade cultural, à diversidade cultural e ao pluralismo.

A flexibilização do direito ao meio ambiente deve levar em conta, portanto, sua natureza de direito fundamental, sua qualificação, e sua destinação, posto que não é qualquer meio ambiente que constitui direito de todos, mas aquele ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida do homem.

¹⁹⁹ RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. 2001. p. 38

A flexibilização dos direitos culturais, por seu turno, além da natureza de direito fundamental, deve considerar o respeito ao patrimônio cultural e à cultura (manifestada em todas as suas dimensões e considerada em sua diversidade) e sua relação com o próprio espírito racional humano, que inova e manifesta-se sobre o ambiente à sua volta.

Qualquer relativização que divorcie o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais de sua natureza, qualificação e destinação, pode ser encarada, pois, como agressão ao conteúdo essencial dos direitos, não devendo, por isso, lograr êxito.

Atende-se, desta forma, à salvaguarda do núcleo essencial do direito, não podendo a relativização ser de tal sorte que retire do direito suas características essenciais.

Tal posicionamento demonstra o fato de que os direitos fundamentais (ambientais, culturais) podem relativizar-se, podem flexibilizar-se, sem, entretanto, que se mexa em seu núcleo ou conteúdo essencial, núcleo ou conteúdo esse sobre que assenta a estrutura do próprio direito.

Aliás, mexer no núcleo ou no conteúdo essencial de um direito fundamental equivale a negar a existência do próprio direito, o que não está de acordo com o princípio da aplicabilidade máxima da constituição.

Uma vez definido o núcleo essencial do direito, é possível conjugar a solução apontada pelo direito alemão para os conflitos entre direitos fundamentais, à solução americana, realizando-se o *balancing test*, que envolve o método da ponderação de valores, efetivado através da aplicação dos princípios da proporcionalidade, da unidade da constituição e da razoabilidade.

Ao final do exercício de conjugação das duas soluções, Liliane Roriz²⁰⁰ propõe a realização de um teste de avaliação, mediante a resposta aos seguintes questionamentos:

²⁰⁰ RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. 2001. p. 46

O sacrifício, ainda que parcial, de um dos direitos em conflito, é justificável?
A relação custo/benefício entre o sacrifício e o benefício é adequado ao fim desejado?
As medidas adotadas encontram-se dentro dos limites iminentes das normas em conflito?
Seus núcleos essenciais foram respeitados?
O meio e o fim utilizados manifestam-se razoável e proporcionalmente?

A resposta afirmativa a estes questionamentos, segundo a autora, revela que a decisão aplicada ao caso concreto encontra-se na via correta.

3.2.3 Limites de ordem ética

Há que ser mencionada a importância da ética em todos os campos do direito, máxime naquele que tem como objeto de estudo os direitos humanos, reconhecidos pelo ordenamento jurídico-positivo ou não, ressaltando a existência do que Bobbio denominou “crise dos fundamentos”.²⁰¹

Há que se cogitar, portanto, da necessidade de reconhecimento de limites éticos para a relativização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, lembrando que estes são direitos-deveres que demandam do homem o cumprimento de um compromisso de solidariedade, para com as gerações futuras.

Não se trata, tão-somente, da busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para garantir a sadia qualidade de vida do homem hoje, ou o exercício de direitos culturais hoje, mas sim do compromisso do legado para as futuras gerações de um meio ambiente que lhes garanta a vida também em condições de sadia qualidade.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, 1992. p. 24

Em uma ponderação crítica, diz Bobbio²⁰² que “olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas”.

Nesse sentido, pertinente é a lição de Herrera Flores²⁰³, ao reformular um antigo princípio ecológico:

Actúa de tal modo que las consecuencias de tus acciones sobre la naturaleza y la sociedad sean compatibles con la producción y mantenimiento de la diversidad biológica, social y cultural de derechos humanos basada en las luchas particulares por la dignidad humana.

Cumprir questionar, após o estabelecimento dos limites da relativização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, se é possível falar em um mínimo existencial ecológico-cultural.

Deve-se atentar para o fato de que o mínimo existencial corresponde ao que se pode considerar como condições mínimas que garantam uma existência digna, medida em que, como assevera Ricardo Lobo Torres²⁰⁴, “protege também as condições iniciais da liberdade, assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício”.

É o mesmo autor que aponta que “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade.*”

A noção do mínimo existencial está vinculada à teoria dos direitos sociais, os quais, em razão das cláusulas de progressividade e da proibição do retrocesso²⁰⁵, devem ensejar, por parte do Estado, políticas públicas voltadas para o seu cumprimento, sendo que aquela noção

²⁰² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, 1992. p. 63

²⁰³ FLORES, Joaquín H. Cultura y naturaleza: la construcción del imaginario ambiental bio (socio) diverso. In *Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. 2004. p. 83

²⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. 2003, p. 5

²⁰⁵ Ao ratificar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, o Brasil comprometeu-se a “adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” PIDESC, art. 2º

vem impor uma prestação mínima a ser conferida pelo Estado, a qual deverá expandir-se progressivamente, e não poderá retroceder aquém do mínimo.

A respeito da progressividade e da proibição de retrocesso, Flávia Piovesan²⁰⁶ esclarece:

Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos económicos, sociais e culturais, decorre a chamada ‘cláusula de proibição do retrocesso social’, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem no campo da implementação destes direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos económicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia destes direitos.

Exemplo disso é o direito à saúde, hoje de acesso universal no Brasil, não sendo admissível que o sistema retroceda para que se operem restrições ao acesso a este direito social.

Tanto o direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado, quanto os direitos culturais, como já se viu, são direitos que compreendem a dimensão social, sendo de se aplicar a eles o regime tocante aos direitos desta natureza. Convém, portanto, falar de mínimo existencial e proibição de retrocesso em matéria ecológico-cultural.

Falando especificamente do mínimo existencial ecológico²⁰⁷, Carlos Alberto Molinaro assevera:²⁰⁸

A garantia de um ‘mínimo existencial ecológico’ e o mandamento da ‘vedação da degradação ambiental’, núcleo e objeto do princípio de *proibição da retrogradação socio ambiental*, constituem, entre outras, condições estruturantes de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, pois um Estado Socioambiental somente pode ser pensado num ‘lugar de encontro’ onde os cidadãos e cidadãs possam minimamente conviver e desenvolver-se em condições de segurança, liberdade e igualdade substanciais, conformadoras da dignidade que lhes é atribuída, (con)viver exige, pois, uma ambiência saudável, sustentadora e sustentada, o que pode ser alcançado com a promoção, conservação, manutenção e consequente vedação da degradação deste lugar de encontro.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2003. p. 103

²⁰⁷ Sobre o assunto ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. p. 182

²⁰⁸ MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental proibição do retrocesso. 2007. p. 103

Some-se ao quadro traçado por Molinaro os inarredáveis parâmetros atinentes ao exercício dos direitos culturais, conformados constitucionalmente no Brasil, e tome-se a cultura considerada isoladamente, como identidade e espírito de um povo, e também a cultura relacionada com o meio ambiente, em ambas acepções totalmente ligada ao princípio da dignidade humana. Tem-se daí, porque não se pode falar em sociedade sem falar em cultura, o Estado que garanta o mínimo existencial ecológico-cultural, para o qual se impõe a cláusula da proibição da retrocesso.

A esse propósito, afirma Jorge Alberto de Oliveira Marum²⁰⁹:

A irrevogabilidade do direito ao meio ambiente, por sua vez, tras seus próprios corolários, espalhando-se não só pelos demais dispositivos do texto constitucional, como para toda a legislação infraconstitucional. Com isso, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que se relacionam com o meio ambiente não podem ser alterados de modo a suprimir ou enfraquecer esse direito fundamental e irrevogável.

No campo específico dos direitos culturais, isto há de implicar na vedação à discriminação das culturas, posto que a diversidade cultural foi reconhecida, bem assim a vedação ao retrocesso no que toca às garantias concebidas para o exercício dos direitos culturais.

3.3. CAMINHOS PARA O EXERCÍCIO HARMÔNICO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E DOS DIREITOS CULTURAIS

Como já se afirmou anteriormente, tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto os direitos culturais receberam, no ordenamento jurídico brasileiro, *status* de direito fundamental, tendo-lhes sido atribuído, portanto, um regime jurídico peculiar.

²⁰⁹ MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. In *Revista de Direito Ambiental*, 2002. p. 134

Assim, tanto viver em um ambiente saudável, quanto exercer e transmitir as tradições culturais, ligadas à identidade de cada povo, são valores que receberam proteção especial em nosso ordenamento jurídico.

Ocorre que o exercício conjunto destes dois direitos enseja a possibilidade da ocorrência de colisões, sendo imperioso refletir sobre a forma de solucionar tais conflitos, evitando-se, desde logo, a busca de soluções simplistas, pois, como já se disse, trata-se de conflitos entre princípios, o que significa que ambos deverão ser exercidos na maior medida do possível.

Os exemplos de choque decorrentes do exercício dos dois direitos em foco são muitos, cabendo aqui destacar aqueles relativos às manifestações culturais das comunidades tradicionais, que envolvem a interação desses grupos com o meio ambiente. Os métodos jurídicos tradicionais de solução de conflitos mostram-se inadequados para resolver problemas dessa natureza, pois a hierarquização *a priori* de direitos, sem levar em conta as circunstâncias presentes no caso concreto e as características decorrentes da estrutura normativa dos direitos em disputa são fatores que poderiam acabar levando ao afastamento absoluto de um dos direitos para que o outro fosse exercido em sua plenitude.

A possibilidade de choque da qual se quer falar relaciona-se com as conseqüências decorrentes da globalização e do surgimento de posturas uniformes, que geram conceitos e até mesmo aparatos jurídicos universais, sem que se tome em consideração valores como a autodeterminação dos povos e o relativismo cultural. Assim, pode ocorrer que, para assegurar o equilíbrio ambiental, reste vedado o exercício de algumas manifestações culturais, e, com isso, algumas tradições deixem, simplesmente, de ser transmitidas, ou que, para assegurar tais manifestações e tradições, acabe-se por legar a um plano secundário o equilíbrio ambiental.

A harmonização entre os dois direitos deve ser fruto de um exercício de ponderação cuidadoso, com critérios teóricos estabelecidos de antemão.

Já não restam dúvidas acerca da relevância da positivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A previsão constitucional deste direito alinhou o Brasil à tendência preservacionista mundial, e adequou o Estado brasileiro aos propósitos por ele mesmo firmados no âmbito internacional desde a Conferência de Estocolmo, de 1972.

A análise dos dispositivos constitucionais relativos ao meio ambiente²¹⁰ demonstra que este passou a ser visto como um bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, bem assim que Poder Público e a coletividade passaram a ter o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

Vimos, ainda, que a abordagem constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, vinculado ao direito à vida e à dignidade humana, de titularidade difusa, abrangendo não apenas as gerações presentes, mas também as futuras gerações, foi inovadora, especialmente ao atribuir expressamente o dever de sua defesa e preservação de forma solidária ao Estado e à coletividade.

Foi dito também que a Constituição Brasileira conferiu o mesmo *status* de direito fundamental aos direitos culturais, asseverando que o Estado deverá garantir a todos o pleno exercício de tais direitos, assim como o acesso às fontes da cultura nacional, além do apoio, incentivo, da valorização e difusão das manifestações culturais.²¹¹

Este paralelo entre direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos culturais permite verificar que a Constituição Brasileira adotou o que Juliana Santilli²¹² chama de “concepção unitária do meio ambiente”, que abrange tanto os bens naturais quanto os bens culturais.

Neste sentido, a mesma Autora²¹³ ressalta que houve uma evolução no que se refere ao conceito de meio ambiente, se comparada à abordagem constitucional àquela conferida na Lei

²¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225. Brasília: Senado Federal, 1988. 292 p.

²¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 216. Brasília: Senado Federal, 1988 292 p.

²¹² SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005, p.70

²¹³ SANTILLI, Juliana. *Op. cit.* p. 72

que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6938/81, posto que ali a concepção de meio ambiente considerava tão somente o seu aspecto natural, enquanto que a visão constitucional abrange, também, os direitos culturais.

É importante pontuar que a cultura, e conseqüentemente os direitos culturais, não podem ser enfocados sob um prisma universal, nem sob padrões rígidos, devendo-se atentar para o princípio do relativismo cultural, explicado por Melville Herskovitz²¹⁴, autor que afirma que “os juízos baseiam-se na experiência, e a experiência é interpretada pelo indivíduo em termos de sua própria endoculturação”.

A cultura que, conforme a visão do autor, é uma soma de condutas, não é rígida. Em suas palavras, “nenhuma cultura é, entretanto, um sistema fechado, uma série de rígidos moldes aos quais se deva conformar a conduta de todos os seus membros”, até porque os valores, num determinado grupo, podem ser mutáveis.

Em harmonia com este raciocínio, Amartya Sen²¹⁵ posiciona-se da seguinte forma:

Culturas e tradições sobrepõem-se em regiões como o Leste Asiático e mesmo em países como Japão, China ou Coreia, e as tentativas de generalização sobre os ‘valores asiáticos’ (com implicações substanciais – e frequentemente brutais- para multidões de pessoas nessa região com diversas fés, convicções e comprometimentos) só podem ser extremamente grosseiras. Mesmo os 2,8 milhões de habitantes de Cingapura apresentam grandes contrastes em suas tradições culturais e históricas.

Faz-se necessário remeter aos parâmetros que conferem a definição do que seja cultura e a que correspondem os direitos culturais, cujo exercício possui resguardo constitucional, cabendo, desde já, salientar que tais parâmetros hão de ser embasados na admissão do multiculturalismo. Ao comentar o significado de tal conceito, Boaventura de Sousa Santos e

²¹⁴HERSKOVITS, Melville J. O Problema do relativismo cultural. In WOORTMAN, Ellen F.; MOUSINHO GUIDI, Maria Lais; MOREIRA Maria Regina de L. Prazeres. Respeito à diferença: uma introdução à antropologia. 1999, p.10

²¹⁵SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. 2000. p. 267

João Arriscado Nunes²¹⁶ afirmam que o mesmo está relacionado à: “coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades ‘modernas’”, e da diversidade cultural, que, segundo a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural²¹⁷, corresponde à característica de originalidade e pluralidade de identidades dos grupos e sociedades que compõem a humanidade. Tal característica é tão necessária para o gênero humano quanto a diversidade biológica o é para a natureza, constituindo patrimônio comum da humanidade, devendo ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

O mesmo documento conceitua cultura como sendo o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver em conjunto, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.²¹⁸

Com base nos dois conceitos, e à luz da Constituição Brasileira²¹⁹, mais especificamente do já citado dispositivo legal que trata da cultura, tem-se que os direitos culturais são integrantes da categoria de direitos sociais, econômicos e culturais, que garantem aos grupos de pessoas de uma determinada sociedade expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na língua materna. Garantem, ainda, educação e formação de qualidade com pleno respeito à respectiva identidade cultural; participação na vida cultural e exercício das próprias práticas culturais.

Todavia, não é de simples ilação o alcance de tais conceitos, nem a forma como se dá o exercício concreto de tais direitos. O mesmo relativismo cultural, apontado como parâmetro, pode significar um obstáculo para a consecução dos direitos culturais, na medida em que, ao

²¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. 2003, p. 25

²¹⁷ UNESCO, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001

²¹⁸ UNESCO, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001

²¹⁹ UNESCO, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001

se admitir uma determinada expressão cultural, pode-se acabar por impedir manifestação diversa.

O exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais pode levar à inaceitável solução de sobreposição de um direito ao outro, sobretudo se não for perseguida a idéia de que meio ambiente e cultura encontram-se no mesmo patamar no que diz respeito à sua garantia, como também a de que meio ambiente e cultura estão em constante relação, sendo que elementos culturais estão presentes no conceito de meio ambiente, ao tempo em que elementos ambientais estão presentes no conceito de cultura.

Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho²²⁰

O meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo.

Alguns destes elementos existem independentes da ação do homem: os chamamos de meio ambiente natural; outros são frutos da sua intervenção e os chamamos de meio ambiente cultural.

O exercício dos direitos culturais, conforme previsto na Constituição Brasileira, deve seguir a acepção internacional segundo a qual devem ser respeitados os já mencionados princípios do multiculturalismo e do pluralismo cultural.

Neste aspecto, Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes²²¹ destacam a diferença entre a cultura num enfoque universal e a pluralidade de culturas. Sob a perspectiva universal, a cultura seria, para esses Autores, “o repositório do que de melhor foi pensado e produzido pela humanidade”, baseando-se em “critérios de valor estéticos, morais ou cognitivos, que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam”. Os Autores citam o reconhecimento da

²²⁰ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Bens culturais e sua proteção jurídica. 2006

²²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. 2003, p. 27

“pluralidade de culturas, definindo-as como totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida baseados em condições materiais e simbólicas”.

Os grupos humanos, como já mencionado, têm uma tendência natural ao etnocentrismo, que Meville Herskovitz²²² conceitua como “o ponto de vista segundo o qual o próprio modo de vida de alguém é preferível a todos os outros.”

O Autor destaca os aspectos positivos do etnocentrismo, no sentido, principalmente, da valorização da própria cultura e da identificação do ego com um grupo. Porém, aponta, de outro lado, problemas decorrentes do etnocentrismo relacionados à conduta euro-americana, apresentado “como base do programa de ação em detrimento de outros povos”.

O etnocentrismo é decorrente, dentre outros fatores, da dificuldade existente na aceitação e valorização do “outro”, do “diferente.”

Ao analisar a alteridade e o respeito à diferença, Elizabeth Jelin²²³ aduz:

Para alguns círculos (de antropólogos bem intencionados, de humanistas e progressistas) se deveria entrar na era do relativismo cultural, da negação cientificamente comprovada da superioridade da raça branca, do descobrimento da complexidade das culturas até então consideradas “primitivas” ou “selvagens”. O reconhecimento da pluralidade dentro da humanidade devia converter-se no antídoto para a repetição de crimes em massa, genocídios e aniquilamentos culturais a partir de ideologias e interesses que negavam, explícita ou implicitamente, às vítimas, a qualidade de “ser humano com direitos”.

Tais idéias são relevantes para o exercício dos direitos culturais garantidos na Constituição Brasileira, posto que, a sua não aceitação poderia conduzir à adoção de uma postura em que os padrões culturais dominantes sufocariam as manifestações culturais minoritárias e as tradições diversificadas.

²²²HERSKOVITS, Meville J. O Problema do relativismo cultural. In WOORTMAN, Ellen F.; MOUSINHO GUIDI, Maria Lais; MOREIRA Maria Regina de L. Prazeres. Respeito à diferença: uma introdução à antropologia. 1999. p.15

²²³JELIN, Elizabeth. Cidadania e Alteridade: o Reconhecimento da Pluralidade. In Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. p. 15-25

A tomada de consciência a respeito da crise ambiental, relacionada à possibilidade de esgotamento de recursos naturais, foi salutar no sentido de ter representado um alerta para a humanidade. Por outro lado, esta tomada de consciência levou o homem a ter uma postura, determinada pelo estado de alerta em que passou a se posicionar face à natureza, de elemento externo ao ambiente natural.

A interação homem-natureza restou extremamente comprometida, posto que surgiram uma série de regramentos para que ela se operasse, regramentos esses que, como tônica, e a fim de preservar o meio ambiente, acabavam por alijar o homem de seu contato com a natureza.

Passou-se, então, a valorizar o que Antônio Carlos Diegues²²⁴ classifica como o mito do paraíso desabitado. Diz o autor:

Para o naturalismo da proteção da natureza do século passado, a única forma de proteger a natureza era afastá-la do homem, através de ilhas onde este pudesse admirá-la e reverenciá-la. Esses lugares paradisíacos serviriam também como locais selvagens, onde o homem pudesse refazer suas energias gastas na vida estressante das cidades e do trabalho monótono. Parece realizar-se a reprodução do mito do paraíso perdido, lugar desejado e procurado pelo homem depois de sua expulsão do Éden. Esse neomito, ou mito moderno, vem impregnado, no entanto, do pensamento racional representado por conceitos como ecossistema, diversidade biológica, etc. (...)

A existência de um mundo natural selvagem, intocado e intocável faz parte, portanto, desses neomitos. Como afirma Ellen (1989), entretanto, a natureza “em estado puro” não existe, e as “regiões naturais” apontados pelos biogeógrafos usualmente correspondem a áreas já extensivamente manipuladas pelo homem.²²⁵

Essa posição preservacionista, no entanto, foi recebendo, como contraponto, posições antropocêntricas, que entendem o homem como elemento necessário e intrínseco ao meio ambiente, e não aceitam seu afastamento com relação à natureza.

No Brasil, a posição pela interação homem-natureza ganhou voz com o socioambientalismo, que, segundo Juliana Santilli²²⁶ “passou a representar uma alternativa ao conservacionismo/preservacionismo ou movimento ambientalista tradicional (...) cético

²²⁴ DIEGUES, Antônio Carlos. O mito do paraíso desabitado. In Revista do Patrimônio Cultural. p. 141

²²⁵ DIEGUES, Antônio Carlos. *Op. Cit.* p. 141

²²⁶ SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005, p.40

quanto à possibilidade de envolvimento das populações tradicionais na conservação da biodiversidade”.

Se os direitos em análise geram polêmicas com relação a seu exercício quando considerados isoladamente, como se vê das diversas correntes que orientam esse exercício, não é difícil visualizar que, no exercício conjunto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais, muitos conflitos podem ocorrer.

Os conflitos entre o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais são facilmente identificados no que se refere, por exemplo, ao exercício de práticas culturais que envolvam a interação homem-natureza, como ocorre com a manifestação cultural catarinense conhecida como farra do boi, e também com a presença humana em áreas em que esta presença é legalmente proibida²²⁷.

A depender da orientação adotada para o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, este pode, através de suas garantias, frustrar o exercício dos direitos culturais, na medida em que a orientação tradicional do direito ao meio ambiente aponta no sentido de que a presença humana é sinônimo de degradação ambiental.

Um dos exemplos mais palpantes de conflito no exercício dos direitos culturais e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é derivado da lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC²²⁸.

Em alguns aspectos, o SNUC foi orientado pelo ideário do socioambientalismo e inseriu, dentre suas diretrizes, a preocupação com as populações locais, como se vê do teor

²²⁷ Ubiracy Araújo discute a presença humana nas chamadas unidades de conservação, ressaltando que “o debate sobre a presença humana nas unidades de conservação de proteção integral – Parques Nacionais, Reservas Biológicas, Estações Ecológicas, Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre – costuma despertar discussões acaloradas entre os interlocutores, sejam técnicos, operadores do direito ou ambientalistas. Verifica-se, pelo menos, duas correntes, com pensamentos bastante díspares: os que defendem tal possibilidade, não vendo nela nenhum risco à garantia do equilíbrio de tais ecossistemas, lastreando seus argumentos na linha do antropocentrismo e os que defendem que as Unidades de Conservação de Proteção Integral devem estar livres da ação humana e da utilização dos recursos naturais ali existentes, o que é uma decorrência direta. Estes trilham as veredas do cosmo-centrismo”. ARAÚJO, Ubiracy. A presença indígena nas unidades de conservação. p. 1

²²⁸ BRASIL. Lei N. 9985/2000

dos incisos III, V, IX e X do artigo 5º. Juliana Santilli²²⁹, a propósito, menciona que “um dos paradigmas socioambientais fundamentais, que permeia a Lei nº 9.985/2000, é a articulação entre biodiversidade e sociodiversidade.”

A afirmação de Santilli remete ao debate cultura-natureza, e traz à lembrança o fato de que, da mesma forma que se deve cuidar para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, as manifestações culturais também hão de ser respeitadas, e que tão importante quanto a proteção à diversidade biológica é a proteção à diversidade cultural.

Esse mesmo Sistema que se mostra preocupado para com a interação da comunidade e de sua participação, num intento conservacionista, criou categorias de unidades de conservação, como acontece com a estação ecológica e com os parques nacionais, em que não é permitida a presença humana.

Ocorre que alguns desses locais já eram habitados, tendo a Lei previsto a retirada da população, mediante indenização e compromisso de reassentamento, nos termos seguintes:

Art. 42 As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes.

§ 1º O Poder Público, por meio do órgão competente, priorizará o reassentamento das populações tradicionais a serem realocadas.

No momento em que populações inteiras são retiradas do local onde vivem, sem dúvida um rompimento brutal ocorre, ainda que seja paga a indenização. A menos que sejam realocadas em ótimas condições, vislumbra-se, ainda, a violência contra o direito à moradia, e em última análise, ao princípio da dignidade humana. Este ato pode resultar, ainda, num extremo prejuízo relacionado ao exercício dos direitos culturais.

²²⁹ SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. 2005. p. 123

A questão territorial está intimamente relacionada à cultura. Os povos possuem relação direta com o território em que vivem, e muitas de suas manifestações culturais derivam exatamente dessa relação. Assim ocorre com as populações tradicionais amazônicas, as quais desenvolvem uma ligação extraordinária com o espaço físico que habitam, ali plantando suas tradições; ali manifestando suas crenças religiosas; ali transmitindo oralmente suas lendas, quase sempre também relacionadas aos rios, árvores e animais existentes no local em que vivem.²³⁰

As populações desenvolvem ligações para com o território em que vivem, e suas tradições levam em conta estes territórios. A alteração territorial pode impedir a transmissão de tradições e o patrimônio cultural, também assegurado constitucionalmente, pode ser colocado em risco em nome da conservação de recursos naturais.

A este propósito, escreve Antônio Carlos Diegues.²³¹

Essas comunidades tradicionais têm também uma representação simbólica desse espaço que lhes fornece os meios de subsistência, os meios de trabalho e produção e os meios de realizar os aspectos materiais das relações sociais; isto é, aqueles que compõem a estrutura de uma sociedade (relações de parentesco etc.). A expulsão de suas terras implica a impossibilidade de continuar existindo como grupo portador de uma determinada cultura.²³²

A efetivação dos direitos culturais amparados constitucionalmente, por certo passa pelo respeito aos laços territoriais que amarram as populações e situam seu arcabouço cultural.

Tratando da dimensão social do território, e mencionando os aspectos lugar e memória, Paul Little²³³ ressalta que “os territórios dos povos tradicionais se fundamentam em

²³⁰ Exemplo disso é a Lenda do Guaraná, difundida em toda a região pelos índios saterês, que tem como base o fruto do guaraná, cuja árvore é comum no município de Maués – AM, onde habitam.

²³¹ DIEGUES, Antônio Carlos. O mito do paraíso desabitado. In *Revista do Patrimônio*. 1996. p. 145

²³² DIEGUES, Antônio Carlos. *Op. Cit.* In *Revista do Patrimônio*. 1996, p. 145

²³³ LITTLE, Paul. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. In *Série Antropologia*, 2002, p. 11

décadas, em alguns casos séculos de ocupação efetiva”. Destaca, ademais, o Autor, ao explicar os aspectos relacionados à territorialidade, que esta “não reside na figura de leis ou títulos, mas se mantém viva na memória coletiva que incorpora dimensões simbólicas e identitárias na relação do grupo com a sua área”.

Cumprе questionar se a melhor solução para o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado precisa realmente envolver o afastamento de populações dos locais em que nasceram e aprenderam a viver.

Está claro que, no exemplo em análise, o legislador elegeu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como preponderante sobre os demais direitos envolvidos na questão, e em específico sobre os direitos culturais.

Se ambos os direitos são resguardados da mesma forma, se ambos têm assento constitucional, e proteção internacional, se ambos são entendidos como direitos fundamentais, a questão demandaria, no que pertine à sua solução, um exercício de ponderação mais cuidadoso, sobretudo levando-se em conta as particularidades de cada caso concreto.

Quando se vislumbra uma situação de conflito ou de choque entre direitos, é necessária a adoção de posturas acauteladas, visando à busca de uma solução que acabe por harmonizar, permitindo que o exercício dos direitos envolvidos se opere em seu máximo alcance.

Soluções que privilegiam a hierarquização *a priori* de direitos, provenientes de equações puramente dualistas, e da utilização do tradicional método do silogismo, apesar de mais simples e fáceis de alcançar, não são baseadas em ponderações, e podem acabar por anular um dos direitos em choque.

Ao instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, o Poder Público utilizou-se de sua competência para legislar no que tange a matéria de proteção ambiental,

porém, em alguns aspectos, afastou-se da proteção que também lhe compete garantir ao patrimônio cultural.

Nessa medida, privilegiando a inspiração puramente preservacionista, privilegiou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em detrimento dos direitos culturais, admitindo a retirada de populações inteiras dos territórios em que vivem, mantêm e exercem suas tradições, a fim de criar unidades de conservação em que é proibida a presença humana.

A adoção desta postura por parte do Poder Público parece não levar em consideração que os territórios que se busca preservar talvez se encontrem na situação em que estejam em decorrência, exatamente, da presença de grupos humanos ali.

No caso em estudo, restam claros os interesses conflitantes: de um lado os interesses ambientais, representados pela necessidade de criação de áreas de conservação ambiental; de outro lado os interesses culturais, representados pelas tradições e modos de vida de populações que já viviam nas áreas que se vão converter ou que foram convertidas em unidades de conservação.

Não há solução satisfatória se estes interesses forem contrapostos em posição de contenda, atribuindo-se a um deles relevância maior do que ao outro. Com ponderação e equilíbrio, todavia, é possível relativizá-los, de forma que eles possam coexistir. Essa relativização, no entanto, há de levar em conta os limites para que ocorra, a fim de que não haja prejuízo ao núcleo essencial dos dois direitos.

Sérgio Leitão²³⁴, ao escrever sobre o conflito que envolve a presença humana em unidades de conservação, assevera.

Conciliar estes dois objetivos, por vezes conflitantes, é o desafio a ser enfrentado pelo Estado (executivo, legislativo e judiciário) e pela sociedade como um todo. Claro está que esta conciliação pressupõe, na maioria das vezes, limitações para ambos os lados.

²³⁴ LEITÃO, Sérgio. Presença humana em unidades de conservação: é possível? In O Direito para um Brasil Socioambiental. LIMA, André (org). 2002, p. 84

É temerário aceitar a permuta por pecúnia do direito de permanecer nos locais em que a cultura do grupo se desenvolveu e foi transmitida. É perigoso acatar a solução do reassentamento como remédio único para o problema. Não se pode deixar de cogitar a possibilidade de a indenização ser de difícil percepção, por conta dos trâmites burocráticos; não se pode deixar de mensurar o prejuízo ao patrimônio cultural ocasionado pela eventualidade de dispersão dos grupos retirados.

A harmonização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais só virá como fruto de equações bem mais complexas, que levem em consideração os interesses humanos na proteção ambiental.

As vias para a consecução do objetivo harmonizador passam pelo envolvimento das comunidades locais no esforço de conservação, a exemplo do que se fez nas reservas de desenvolvimento sustentável, bem assim pelo cuidado com a criação de unidades de conservação de modo impositivo, sem ampla discussão popular.

Não se pode harmonizar direitos partindo-se do pressuposto de que um se sobrepõe ao outro *in abstracto*, posto que, adotando-se esta postura, danos irreparáveis podem ser causados até mesmo ao interesse que se julgou mais relevante.

CONCLUSÃO

O reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, hoje plenamente estabelecido no plano internacional, derivou de uma longa evolução histórico-conceitual que teve sua origem, sobretudo, no quadro denominado “crise ambiental”, a partir do qual surgiram as primeiras manifestações em torno da tomada de consciência ambiental.

Essa consciência ambiental, no entanto, teve uma primeira acepção alarmista, chegando até mesmo a ser levantada a bandeira dos limites do crescimento populacional e do progresso industrial, o que foi posteriormente revertido pelo ideário do ecodesenvolvimento e do desenvolvimento sustentável.

A necessária preocupação ambiental foi recepcionada no plano interno do Estados. No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental.

No que concerne à sua titularidade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser visto sob múltiplas conformações (individual, coletiva e difusa), sendo importante entendê-lo como um direito apoiado no princípio da solidariedade, que une as gerações presentes às futuras no dever da preservação ambiental.

O direito ora tratado pode ser visto, no que pertine a sua estrutura normativa, como um princípio, o que leva à certeza de que seu campo de aplicação não se encontra delimitado de forma estrita. Trata-se de um direito dotado de uma plasticidade que permite a sua relativização no caso concreto, a fim de que seja exercido na maior medida do possível, levando-se em conta limites fáticos e jurídicos existentes. Os limites jurídicos são dados justamente pela colisão com outros direitos fundamentais também expressos na forma de princípios.

Vale lembrar que as hipóteses de colisão podem ser levadas à apreciação judicial, já que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser exigido por meio de instrumentos tais como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. São muitos os exemplos concretos que atestam a chamada “justiciabilidade” do direito ao meio ambiente.

Na mesma medida, o texto constitucional prevê como fundamentais os direitos culturais, adotando a Constituição Federal Brasileira a acepção do multiculturalismo, característica reconhecida pelo pluralismo cultural.

Tal como ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a titularidade dos direitos culturais também pode ser entendida como mista, indo, igualmente, da conformação individual até o seu entendimento como um direito de solidariedade, devendo o seu objeto de tutela ser preservado para as futuras gerações.

Também os direitos culturais podem ser entendidos como princípios, o que revela que, num eventual conflito com outros direitos fundamentais, poderão eles ser objeto de relativização.

Os mesmos instrumentos utilizados para exigir judicialmente a realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado podem ser utilizados para exigir o efetivo exercício dos direitos culturais, posto que ambos possuem natureza jurídica, titularidade e estrutura normativa semelhantes.

Para a solução das hipóteses de colisão entre os direitos mencionados, cumpre remeter à relação oriunda das idéias de natureza e cultura, conceitos em constante interação e transformação, um pela ação do outro.

A possibilidade de colisão, fruto do exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos culturais haverá de ser resolvida, se entendidos os

direitos como princípios, através de um exercício de ponderação, que conduzirá à relativização de ambos ou de um deles na margem imposta pelo caso concreto.

Há de se considerar, nesta relativização, que ambos os direitos estão relacionados com a dignidade humana, e que a realização de ambos está contida nos objetivos do Estado brasileiro, que pode ser entendido como um Estado de Direito Socioambiental-Cultural.

Há que se operar a relativização de direitos fundamentais com cautela, a fim de que não se afaste, nesse exercício, do núcleo essencial de tais direitos, conceito que se liga à própria estrutura dos direitos fundamentais.

O núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está relacionado ao equilíbrio que possibilite a sadia qualidade de vida, condição para a qual é considerado fundamental. Já o núcleo essencial dos direitos culturais passa pelo respeito à diversidade cultural, positivado constitucionalmente pelo pluralismo de culturas.

Assim, num eventual conflito entre estes direitos, não de se buscados caminhos que não permitam a valorização de um dos direitos em choque em detrimento total do outro, mas sim o exercício harmônico, na maior medida dos possível, dos direitos colidentes.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *In Revista de Direito Administrativo*, v. 1.55-66 Rio de Janeiro: Renovar, 1991
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático de direito. *In Revista de Direito Administrativo*, v. 1 67-79 Rio de Janeiro: Renovar, 1991
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- ARAÚJO, Uiracy. A presença indígena nas unidades de conservação
- ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2004
- AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do estado. 44ª ed. São Paulo: Ed. Globo, 2003
- AYALA, Patrick de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 379
- BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. Curitiba: Juruá, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. V. 8. São Paulo: Saraiva, 1988
- BENCHIMOL, Samuel. Zênite ecológico e nadir econômico-social – análises e propostas para o desenvolvimento sustentável da Amazônia. Jacksonville, FL, USA. Edição xerografada, 2000.
- BENJAMIN, Antônio H. V. Coord. Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993
- BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In *Manual prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo : Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. Obra em 2v. Vários autores. 1. Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente (Procuradoria Geral de Justiça. Ministério Público do Estado de São Paulo) 2. Meio Ambiente 3. Procuradores Públicos
- BLOOM, Allan. O declínio da cultura ocidental: da crise da universidade à crise da sociedade. São Paulo: Best Seller, 1989
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 2005
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2006
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004

- BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3 ed. Rev. Amp. São Paulo:Malheiros, 1995
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos sociais eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2007
- BRASIL. Lei 9.985/00. Brasília: Diário Oficial da União, 19/7/2000
- BRASIL. Lei 6.938/81. Brasília: Diário Oficial da União, 2/9/1981
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado, 1988.
- BRÜSEKE, Franz J. O Problema do desenvolvimento sustentável. In CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2001
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- CARSON, Rachel. SILENT SPRING. New York:Fawcett Crest Books, 1962
- CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 12. ed. São Paulo: Ática, 2003
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2007.
- COMPARATO, Fábio K. A afirmação histórica dos direitos humanos, 4 ed. Rev. Atual., São Paulo: Saraiva, 2005
- COMPARATO, Fábio Konder. Princípios e regras – políticas públicas [verificar citação](#)
- CUNHA, Paulo: A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). Estado de direito ambiental: tendências aspectos constitucionais e diagnósticos. 109-147 Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Humanismo latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In MEZZROBA, Orides (Org.). Humanismo latino e Estado no Brasil. 472-519.Florianópolis: Fundação Boiteux/Fundazione Cassamarca, 2003.
- DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001
- DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "função social". In Revista de Direito Ambiental. BENJAMIN, Antônio Herman V., MILARÉ, Edis (Coord). São Paulo, a.7, n.27, 58-69, julho-setembro 2002
- DIEGUES, Antônio Carlos. O mito do paraíso desabitado. In Revista do Patrimônio Cultural. Num 24, 1996, p. 141
- DIAS, José Eduardo Figueiredo. Direito constitucional e administrativo do ambiente. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Almedina, Janeiro – 2002
- DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Orientador: Prof. Dr. Fábio Konder Comparato. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2003

- DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In BUCCI, Maria Paula (Org.). Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.267-278
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* liberdade de expressão e informação. 2 ed. Atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1995
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental interesses difusos, natureza e propriedade. Rio de Janeiro: Portal Jurídico (Gazeta Juris), 2006
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999
- FLORES, Joaquín H. Cultura y naturaleza: la construcción del imaginário ambiental bio (socio) diverso. In Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia, ano 2, n. 2
- FURTADO, Celso. Brasil a Construção Interrompida. São Paulo: Paz e Terra: 3. ed., 1992
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6ª ed. Rev. e Amp. São Paulo: Malheiros, 2005
- HERSKOVITS, Meville J. O Problema do relativismo cultural. In WOORTMAN, Ellen F.; MOUSINHO GUIDI, Maria Lais; MOREIRA Maria Regina de L. Prazeres. Respeito à diferença: uma introdução à antropologia. Brasília: UNB, 1999
- JELIN, Elizabeth. Cidadania e Alteridade: o Reconhecimento da Pluralidade. In Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. México – FCE, 2000
- KISS, Alexandre. *Apud* PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2002
- KISHI, Sandra Akemi; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). Desafios do direito ambiental no século XXI. São Paulo: Malheiros, 2005
- LEFF, Enrique. Saber Ambiental. Petrópolis: Vozes: 4 ed, 2001
- LEITÃO, Sérgio. Presença humana em unidades de conservação: é possível? In O Direito para um Brasil Socioambiental. LIMA, André (org). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002
- LITTLE, Paul. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. In Série Antropologia, n. 322. Brasília, 2002
- MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental proibição do retrocesso. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- MACHADO, Paulo A. L. Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130
- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. In Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Malheiros, a.7, n.28, 117-138, outubro-dezembro 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. A defesa dos interesses públicos em juízo. 14ª ed. Rev., Amp. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2002

- MELO, Sandro N. Meio ambiente ecologicamente equilibrado e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In *Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, ano 2, nº 2, 231-248
- MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 2000
- PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. 8 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005
- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2ª ed. Rev., Amp. e Atual. São Paulo: Max Limonad, 2003
- PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2002
- REALE, Miguel. Filosofia do direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994
- ROCHA, Ana Flávia (Org.) A defesa dos direitos socioambientais no judiciário. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003
- RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. RORIZ, Liliane. Conflito entre normas constitucionais. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001 p.14
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003
- SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2000
- SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos. São Paulo: Peirópolis, 2005
- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Rev., Aual. e Amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e diureitos fundamentais na Constituição de 1988. 5ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000
- SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia. (Orgs.) Princípio da Precaução. 75-92 Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, 2003 607-630
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Competência ambiental. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003
- SÓFOCLES. Antígona. São Paulo, Martin Claret, 2004

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3ª ed. Amp. e Atual. Curitiba: Juruá, 2005

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In LEITE, George Salomão (Org.) Dos princípios constitucionais. 21-51 São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 3-46

United Nations Environment Program. Declaration of the United Nations Conference on the Human

Environment. 21st Plenary Meeting. <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>> Acesso em 24 de julho de 2007.

UNESCO, Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Alfa e Ômega, 2001

ZOLO, Danilo. *Libertad, propiedad e igualdad em la teoria de los "derechos fundamentales" a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli.* In FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 75-104