

## 8

## ASPECTOS COMPARATIVOS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E NA ALEMANHA

### COMPARATIVE ASPECTS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION IN BRAZIL AND GERMANY

*João Luis Nogueira Matias<sup>1</sup>*

*Julia Mattei<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Na sociedade contemporânea, a proteção ao meio ambiente assume grande relevância. A tendência é de constitucionalizá-la, o que pode ser feito por diferentes modelos, tornando-a direito fundamental, como no Brasil, por exemplo, ou tornando-a um dos objetivos do Estado, sem a caracterização como direito fundamental, como na Alemanha. A opção por qualquer dos modelos, por si só, não garante a efetividade da proteção ao meio ambiente, devendo a escolha recair sobre o formato que melhor atenda as peculiaridades de cada ordem jurídica.

**Palavras-chave:** Direito Comparado; Direito Constitucional Ambiental; Direito fundamental ao meio ambiente.

**ABSTRACT:** In contemporary society, the protection of the environment has great importance. The trend is constitutionalises it, which can be done by different models, making it a fundamental right, as in Brazil, for example, or making it one of the state's goals without the characterization as a fundamental right, as in Germany. The choice of either model alone does not guarantee the effectiveness of environmental protection, and the choice must falls on the format that best meets the peculiarities of each national law.

**Keywords:** Comparative Law; Environmental Constitutional Law; Fundamental right to the environment.

## INTRODUÇÃO

As incertezas que decorrem dos danos ao meio ambiente têm provocado grandes discussões em todo o mundo. Entre inúmeros dissensos, é pacífica a necessidade de implantação de políticas de proteção ao meio ambiente. Estados e inúmeras organizações têm atuado para promover a proteção ambiental e difundir uma consciência que contribua para diminuir as interações negativas com o ambiente e alcançar uma melhor qualidade de vida.

\* Recebimento: 01/06/2015. Aprovação: artigo convidado.

1 Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (2003). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2009).

2 Doutoranda em Direito pela University of Cologne.

Em tal cenário, o direito assume papel de relevância. A tendência atual é de inserção da proteção ambiental nas constituições. Em diversos países, a Constituição prevê o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, como no Brasil e em Portugal. Em outros, como na Alemanha, a proteção ao meio ambiente não assume o *status* de direito fundamental, embora seja referenciada nas normas constitucionais.

O objetivo do presente artigo é estabelecer um quadro comparativo entre as normas jurídicas que regulam a proteção ambiental no Brasil e na Alemanha, com a finalidade de apontar as vantagens e desvantagens de cada sistema.

No Brasil, com a caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, por exemplo, é viável a sua postulação individual. Já na Alemanha, os cidadãos não podem pleitear diretamente na justiça o cumprimento de dispositivos ambientais, a não ser por meio de outros direitos fundamentais individuais. A proteção ambiental é realizada muito mais no âmbito do direito administrativo.

Ante tais diferenças, qual o sistema mais eficiente? Em qual das ordens jurídicas a proteção ao meio ambiente é mais efetiva? É o que se pretende analisar ao longo do artigo.

## **1. A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL**

A caracterização do direito à proteção ao meio ambiente como direito fundamental é inequívoca no direito nacional. A partir de uma interpretação dos próprios objetivos fundamentais da República, do que se extrai a noção de solidariedade social, consolidou-se a compreensão do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental de terceira geração/dimensão. Importa saber se tal caracterização é suficiente para garantir a efetiva concretização do direito ao meio ambiente sadio na sociedade de risco.

### **1.1 A sociedade de risco e a preservação do meio ambiente**

Na sociedade contemporânea, definida como sociedade de risco a partir da impossibilidade de previsão dos efeitos e conseqüências do modo de produção em massa, é exigida uma nova postura na interpretação dos direitos e na percepção do modo de efetivá-los, talvez com a superação da tríade de valores do ideário liberal clássico<sup>3</sup>. As noções de liberdade, de igualdade e de solidariedade devem ser visualizadas por meio de lentes que permitam a percepção do novo contexto, especialmente a urgência da proteção ao meio ambiente.

A liberdade deve ser inclusiva, superando o modelo liberal-individualista, com a firme atuação estatal na proteção dos danos decorrentes da sociedade de risco. A igualdade deve ser substancial, pressupondo o resguardo das individualidades. Deve ser estimulada a especificação dos direitos e deveres, inclusive de ordem ambiental. A fraternidade deve ir além, para conformar-se como solidariedade social, o que pressupõe uma constante preocupação com o outro, inclusive com as futuras gerações, preservando condições de vida que lhes permitam a sobrevivência digna<sup>4</sup>.

3 DENNINGER, Erhard. "Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity", in *Constellations*, volume 7, número 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000, P. 507/521, tradução de Christopher Long e William E. Schuerman.

4 BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. O princípio da solidariedade como marco jurídico-constitucional do Estado de direito ambiental. In: HAUSCHILD, Mauro Luciano; GUEDES,

É inequívoco, assim, que a ordem jurídica contemporânea deve se transformar para atender as novas demandas sociais, entre as quais a efetivação do direito ao meio ambiente sadio. Diversos são os caminhos que podem levar ao fim pretendido, a opção do legislador brasileiro foi torná-lo direito fundamental.

## 1.2 O direito fundamental ao meio ambiente sadio

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 3º, estipula como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Trata-se de um valor eleito pelo constituinte, o qual se traduz em comando, que deve ser tornado concreto. O reflexo na seara ambiental é claro, não há sociedade solidária sem a proteção ao meio ambiente.

Flagrante é o caráter indutor de transformações sociais do dispositivo, que assume a condição de vetor interpretativo das demais normas jurídicas e deve inspirar a atuação do Estado e dos particulares. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária deve fundamentar e orientar a atuação estatal no planejamento, elaboração e aplicação de políticas públicas e de leis, assim como também deve servir de parâmetro para a interpretação e aplicação do direito.

Em dispositivo específico, a Constituição Federal de 1988 estipula:

“Artigo 225. todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Trata-se de direito fundamental, direito fundamental de terceira geração. Apesar de não constar expressamente no rol do artigo 5º, a sua natureza essencial é inegável, tanto do ponto de vista formal, pela ampliação que decorre do parágrafo 2º do aludido dispositivo<sup>5</sup>, como do material, pelo conteúdo que expressa<sup>6</sup>.

Os Tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, corroboram a tese defendida pela doutrina<sup>7</sup>.

---

Jefferson Carús; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. (Org.). Meio ambiente, propriedade e agronegócio. 1 ed. Brasília: IP Editora, 2011, v. 1, p. 125-156.

5 Parágrafo 2º, do artigo 5º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

6 LOPES, Ana Maria D’ávila. O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 43, n. 172, p. 57-72, out/dez de 2006, página 60: “... o argumento da possibilidade da inclusão material do direito ao meio ambiente no catálogo dos direitos fundamentais, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, não é o único argumento nem talvez o mais forte. Pelo contrário, o argumento mais forte é sua correspondência substancial à definição de direitos fundamentais, entendidos esses como normas jurídicas positivas, de nível constitucional, que refletem os valores mais importantes de uma sociedade, visando proteger diretamente a dignidade humana, na busca pela legitimação jurídica da atuação de todas as pessoas”.

7 É referência sobre o tema o Acórdão lavrado no Mandado de Segurança 22164/SP, publicado no Diário da Justiça, em 30 de outubro de 1995, cujo Relator foi o Ministro CELSO DE MELLO: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam

Quais as consequências de tal caracterização? A resposta é dada por Hermann Benjamin, que comentando os efeitos da abordagem da proteção ao meio ambiente como direito fundamental, destaca: “Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou accidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estêreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram alcançar”<sup>8</sup>.

A importância de tal caracterização decorre da compreensão do direito ao meio ambiente sadio como um dos valores fundantes da sociedade, um dos valores que legitimam a organização estatal e a ordem jurídica, do que decorre o dever estatal de realizá-lo.

Como valor fundante da sociedade que é, a exigibilidade passa a lhe ser inerente, como consequência da concepção de estado democrático de direito, em que a legitimação da organização estatal e da própria ordem jurídica é vinculada a fins ou objetivos previamente determinados pelo legislador, tanto na Constituição como na legislação<sup>9</sup>.

Efetivamente, a principal vantagem da caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental é o seu “*enforcement*”, ou seja, a possibilidade de sua exigência por meio do Poder Judiciário, a partir de postulações individualizadas. É reconhecido aos particulares o direito de lutar pela efetivação do direito ao meio ambiente sadio, assim como o dever de, também, torná-lo concreto<sup>10/11</sup>.

Tem-se por certo, desta forma, que uma das principais consequências da caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental no Brasil é a possibilidade de sua efetivação por meio da atuação individual.

Comete ao Poder Judiciário, no contexto do Estado democrático de direito, tornar efetivas as promessas constitucionais, sendo certo que a caracterização de um direito como fundamental não é mero exercício teórico, mas se configura como um importante

---

poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. Também no mesmo sentido: RE 415454/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário de Justiça, em 08 fev. 2007 e ADI-MC3540/DF, Relator o Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário de Justiça, em 01 fev. 2005.

8 Em Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, (57-130), página 73.

9 COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro - RDM, São Paulo: Malheiros, n.50, p.57-74, abr./jun. 1983, p.58.

10 É essa a perspectiva abordada por Morato Leite: “Se o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, o que significa para todos esta qualificação? Significa que, para a efetividade deste direito, há necessidade de participação do Estado e da coletividade, em consonância com o preceito constitucional. O Estado, desta forma, deve fornecer os meios instrumentais necessários à implementação deste direito. Além desta ação positiva do Estado, é necessária a abstenção de práticas nocivas ao meio ambiente por parte da coletividade. O cidadão deve, desta forma, empenhar-se na consecução deste direito fundamental, participando ativamente das ações voltadas à proteção do meio ambiente.” LEITE, José Rubens Morato. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente, in VARELLA, Marcelo Dias e BORGES, Roxana Cardoso (org.). O novo em direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey editora, 1998, (51-70), página 66.

11 LEITE, José Rubens Morato e FERREIRA, Helini Sivini. Tendências e perspectivas do estado de direito ambiental no Brasil. In: LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Helini Sivini e BORATTI, Larissa Verri (org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, (3-30), página 13.

mecanismo de sua efetivação.

O Poder Judiciário no Brasil tem sido um eficaz meio de concretização do direito ao meio ambiente sadio<sup>12</sup>. Tal constatação pode ser comprovada por inúmeras decisões dos Tribunais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que tem a competência de harmonizar a legislação federal. Pode-se afirmar, a partir das decisões antes aludidas, que há em construção no Brasil todo um sistema de proteção ao meio ambiente sadio, munido de instrumentos hermenêuticos específicos, adequados ao seu fim, que tem renovado a ciência do direito.

Assim, como primeira conclusão, pode-se afirmar que a caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental é um importante instrumento para a sua efetivação.

## 2. A LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

O Direito Constitucional Ambiental na Alemanha é relativamente novo. Inserida oficialmente na Lei Fundamental (*Grundgesetz*) alemã apenas em 1994<sup>13</sup>, a proteção ambiental é hoje amplamente discutida em seus mais variados aspectos, buscando a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável europeu e a construção de um futuro Estado de Direito Ambiental.

Na Alemanha, a proteção do meio ambiente vem prevista expressamente apenas no art. 20a da Lei Fundamental (LF) e pontualmente na repartição de competências constitucionais.

Por outro lado, veem-se principalmente os arts. 2 I, II e 14 LF como direitos fundamentais vinculados à proteção ambiental, posto que eles protegem a vida, a integridade física dos homens e a propriedade como elementos do meio ambiente.

Diferentemente da Lei Fundamental, as constituições dos estados de Brandenburg, Sachsen e Sachsen-Anhalt possuem dispositivos mais detalhados sobre a proteção ambiental, por serem temporalmente mais recentes do que a Lei Fundamental<sup>14</sup>. A Constituição de Brandeburgo possui o único dispositivo constitucional da Alemanha que abriga um direito fundamental à proteção ambiental, embora restrito (Art. 39, II da Constituição do Estado de Brandeburgo)<sup>15</sup>.

### 2.1 Fases do direito ambiental constitucional alemão

O direito ambiental constitucional alemão é comumente dividido em quatro fases, segundo os ensinamentos do Prof. Michael Kloepfer<sup>16</sup>. Na primeira fase, que vai de 1973 a 1983, diante das preocupações ambientais levantadas pela Conferência da ONU em Estocolmo (1972), abre-se a discussão sobre se e como a ideia da proteção

12 MATIAS, João Luis Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária: a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luis Nogueira (org.). Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais. Curitiba: Editora CRV, 2013, (13-34).

13 Isto se deu através da 42ª Alteração Constitucional (*Verfassungsänderung*) de 1994. O relativo atraso nessa inserção constitucional da proteção ambiental justifica-se pela antiguidade da Lei Fundamental alemã, que foi promulgada em 1949 e parcialmente revista apenas quando da reunificação alemã em 1990. Em ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. *Umweltrecht*, 3. ed. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010, p. 58.

14 Estes eram estados da antiga Alemanha Oriental.

15 KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*, 3. ed. München: Beck, 2004, p. 115.

16 KLOEPFER, op. cit. p. 116.

ambiental poderia ser colocada na Lei Fundamental. Durante os anos de 1983 a 1990, observam-se as primeiras tentativas concretas de inserção da proteção ambiental em nível federal e estadual. A terceira fase, de 1990 a 1994, é marcada pelo trabalho da Comissão Constitucional Conjunta da União e dos Estados para a alteração da Lei Fundamental, que permaneceu vigente após a reunificação alemã em 1990. Durante a quarta fase, que dura até os dias atuais, observa-se uma tentativa de fortalecimento do direito ambiental constitucional, tendo sido inserida em 2002 também a proteção animal no corpo do art. 20a LF.

Culminando então com a inserção do art. 20a na Lei Fundamental, a grande discussão à volta da proteção ambiental durou mais de 20 anos. Exaustivamente discutida, a ideia de um direito subjetivo à proteção ambiental, quer através da interpretação de direitos fundamentais já existentes, quer através da criação de um novo direito fundamental à proteção ambiental, foi rejeitada.

A Lei Fundamental traz a proteção ambiental principalmente sob dois distintos pontos de vista<sup>17</sup>: Como um objetivo a ser alcançado pelo Estado e como um reflexo dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

## 2.2 A proteção do art. 20a LF

O artigo centra sobre a proteção ao meio ambiente na Constituição alemã é o artigo 20<sup>a</sup>, que dispõe:

“Artigo 20a [Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais]

Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário”.

Observa-se que o art. 20a foi inserido na Lei Fundamental como uma determinação normativa dos objetivos do Estado (*Staatszielbestimmung*), consagrando a proteção ambiental como um objetivo estatal (*Staatsziel*).

Tais determinações normativas são normas constitucionais vinculantes que prescrevem o cumprimento e a observância de determinados deveres as três esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário)<sup>18</sup>. São consideradas mais do que simples normas programáticas, posto que não só representam um programa obrigatório no agir do Estado, como obrigam o poder estatal a dar forma à tal objetivo, não determinando, entretanto, os meios para a consecução desse fim ou para a sua concretização.

É pacífico que o art. 20a LF não é um direito fundamental e não implica por si só um direito subjetivo do cidadão à proteção ambiental. É muito mais um interesse jurídico objetivamente protegido (direito objetivo), não sendo permitido ao cidadão invocar o dispositivo para exigir judicialmente do Estado decisões ou ações concretas para a

17 Relevantes para a concretização da proteção ambiental são ainda alguns dos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito previsto no Art. 20, LF, quais sejam o princípio da reserva legal, o princípio da determinabilidade das leis, pelo qual as normas devem ser elaboradas de forma que o seu conteúdo e campo de aplicação possam ser determinados através da interpretação jurídica ou da jurisprudência e o princípio da proporcionalidade.

18 ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 58.; STEINBERG, Rudolf. *Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung*. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 1991.

proteção ambiental, para se defender contra agressões ambientais ou mesmo para impor judicialmente determinada obrigação de fazer ecológica<sup>19</sup>.

Além disso, a determinação do art. 20a LF não é preferencial aos demais princípios e bens constitucionais e, como não está protegida pela cláusula pétrea do art. 79 III LF, situando-se em nível inferior ao princípio da dignidade humana (art. 1 LF) e aos princípios do Estado Democrático de Direito do art. 20 LF<sup>20</sup>.

De acordo com a redação do art. 20a LF, o Estado está autorizado e é obrigado a proteger os recursos naturais vitais e os animais. Apesar de ter optado o legislador constitucional pelo termo “recursos naturais vitais”, menos abrangente do que o de meio ambiente, a doutrina majoritária aceita que a expressão compreende, além da natureza e dos animais, o meio ambiente criado pelo homem e a cultura, sem incluir, porém, o meio social do homem a exemplo do meio ambiente do trabalho<sup>21</sup>.

Assim como no direito brasileiro, a proteção ambiental tomada como objetivo do Estado engloba a responsabilidade em longo prazo perante as gerações futuras através do desenvolvimento sustentável. Além disso, com a expressa menção do dever de resguardar os direitos das futuras gerações, o dispositivo confirma a concepção antropocêntrica da proteção ambiental constitucional<sup>22</sup>, que se depreende também de uma interpretação sistêmica da Lei Fundamental fundada na dignidade da pessoa humana.

Quanto ao conteúdo da determinação normativa, esta impõe ao Estado proteger ativamente o meio ambiente na esfera judicial, através de normatização, planejamento, administração ou mesmo de atuação direta, vinculando as três esferas de poder. Diferentemente do dispositivo constitucional ambiental brasileiro, nem a sociedade como um todo, nem os particulares em si estão vinculados ao mandamento do art. 20a LF. A coletividade não possui um dever constitucional de proteger o meio ambiente em sentido amplo<sup>23</sup>. Essa obrigação só decorre indiretamente em situações concretas de não ofensa a um bem ambiental público ou privado. Ao particular, também não cria o art. 20a LF obrigações, nem outorga direitos. Apenas o Estado, no cumprimento do dispositivo, pode obrigar o particular no sentido de que este proteja o meio ambiente.

A doutrina considera que o art. 20a LF é endereçado primariamente e de forma direta e imediata ao legislador. Este tem o dever de concretizar o conteúdo da determinação normativa, criando e melhorando as normas de proteção ambiental. Secundariamente, o dispositivo obriga os poderes Executivo e Judiciário a agir em conformidade com a proteção do meio ambiente ao interpretar as normas, por exemplo, na definição de conceitos jurídicos indeterminados, bem como o Executivo ao tomar decisões governamentais e o

19 ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, Sabine. Ob. Cit., 2010, p. 59. Segundo Steinberg, a proteção advinda do art. 20a pode ser observada no controle de normas constitucional, já que qualquer norma que colide com o referido artigo está sujeita ao teste de conformidade constitucional realizado pelo Tribunal Constitucional Federal. Em STEINBERG, Rudolf. op. cit., 1996, p. 1992.

20 KLOEPFER, op. cit. p. 119.

21 Id., Ibid., p. 120.

22 KLOEPFER, Michael. Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG. *Das Deutsche Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 5 s.

23 O princípio da cooperação não foi observado diretamente na dicção do art. 20a, aparecendo apenas indiretamente na opção que tem o Estado em obrigar o particular a proteger o meio ambiente. Dispõe esse princípio que a proteção ambiental não é apenas tarefa do Estado, mas sim um trabalho conjunto de forças estatais e não-estatais nas decisões ambientalmente relevantes. No direito ambiental alemão, o princípio da cooperação é colocado lado-a-lado com os princípios da precaução e do poluidor-pagador, configurando o tripé fundamental da proteção ambiental na Alemanha. Em DI FABIO, Udo. Das Kooperationsprinzip - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1999, p. 1953.

Judiciário ao preencher lacunas legais.

É questionável a importância da inserção do art. 20a na Lei Fundamental. Steinberg<sup>24</sup> afirma que o art. 20a surge para suprir algumas lacunas existentes na ordem objetiva de valor da Constituição, antes superadas pela aplicação do direito fundamental do art. 2 II LF. Segundo Kloepper<sup>25</sup>, ele tem apenas valor simbólico, sem grandes alterações no papel administrador do Estado. No entanto, deve-se admitir que o dispositivo funciona como um verdadeiro obstáculo a um possível retrocesso ecológico e é ainda peça fundamental na construção do Estado Ambiental (*Umweltstaat*) alemão<sup>26</sup>.

### 3. PROTEÇÃO AMBIENTAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA

Nos termos da Lei Fundamental alemã é possível afirmar que a proteção ambiental não é objeto de um direito fundamental do cidadão. Nunca foi objetivo do legislador constitucional configurar o princípio da proteção ambiental de forma subjetiva<sup>27</sup>.

Tal opção do legislador<sup>28</sup> se justificou, entre outros motivos, pela alegação de que não haveria um uso prático e individual de tal direito fundamental à proteção ambiental. Também a qualidade ambiental almejada seria por demais abstrata para ser definida em nível constitucional. Sua concretização só poderia ser efetivada em nível infraconstitucional.

Com o crescimento da consciência ambiental da população, criar-se-ia uma expectativa de proteção muito maior do que ela efetivamente poderia ser, já que um direito fundamental à proteção ambiental sempre acabaria colidindo e sendo limitado por outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. Outro motivo apontado é que a proteção ambiental se dirige primeiramente à proteção de um bem coletivo, ou seja, a garantia de liberdade individual preponderante nos direitos fundamentais típicos não seria o seu objetivo direto<sup>29</sup>.

No entanto, comparando-se o modelo escolhido pelo legislador constitucional para a proteção ambiental e o modelo dos direitos fundamentais, tem-se, em termos de aplicabilidade, que o direito fundamental está acima da determinação normativa de objetivos do Estado, já que esta não pode ser pleiteada nem executada judicialmente. A ideia do legislador constitucional foi muito mais a de fortalecer os direitos ambientais já constitucionalmente garantidos através de sua interpretação conforme o art. 20a LF<sup>30</sup>.

Os direitos fundamentais são direitos amplos que têm como objeto liberdades estabelecidas pelo legislador constitucional como merecedoras e carentes de proteção,

24 STEINBERG, op. cit. p. 1985.

25 KLOEPFER, op. cit. pp. 127 s.

26 KLOEPFER, op. cit. p. 9.

27 KLOEPFER, op. cit. pp. 1 s.

28 A decisão de inserção da proteção ambiental como determinação normativa de objetivos e não como direito fundamental já havia sido proposta desde 1983. De fundamental importância para esta decisão foi um trabalho do Prof. Michael Kloepper já em 1978, onde o mesmo discorre sobre as possíveis formas de inserção da proteção ambiental na constituição alemã, chegando à conclusão de que o ideal seria a determinação normativa de objetivos do Estado, como foi realmente aceita e inserida no art. 20a da Lei Fundamental. Em KLOEPFER, Michael. *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, Vol. 56. Berlin, New York: De Gruyter, 1978.

29 ERBGUTH, Wilfried; SCHLACKE, op. cit. p. 60.

30 KLOEPFER, op. cit. pp. 1 s.

que implicam para o seu titular um poder jurídico, possuindo como destinatário primário o Estado<sup>31</sup>. A doutrina alemã clássica dos direitos fundamentais<sup>32</sup> aceita que a Lei Fundamental possui uma ordem de valor objetiva para a vida estatal e social, em cujo topo se encontram os direitos fundamentais, dotados de um valor intrínseco que, mesmo em sua forma abstrata, obrigam os entes estatais<sup>33</sup>.

Sob esse aspecto objetivo, o direito fundamental confere ao seu titular um direito a receber uma prestação (*Leistungsrecht*) do Estado, obrigando-o a preservar, também contra uma intervenção de terceiros, os bens constitucionais. Simultaneamente, o mesmo direito fundamental confere ao seu titular um direito subjetivo, que lhe permite uma defesa (*Abwehrrecht*) contra um agir do Estado, limitando o poder deste.

Apesar de a proteção ambiental ou o direito a um meio ambiente digno não serem em si direitos fundamentais, eles ganham a proteção constitucional equivalente através de outros direitos fundamentais que assumam relevância ecológica, como o direito fundamental de defesa contra ações ou omissões do Estado que causem danos ambientais<sup>34</sup>.

Também são aspectos relevantes para a efetivação do direito ao meio ambiente sadio o dever fundamental do Estado em garantir a vida em um meio ambiente digno e a ponderação entre a proteção ambiental promovida pelo Estado e os direitos fundamentais do explorador-poluidor.

É o que será analisado a seguir.

### 3.1 Direito fundamental de defesa contra atividades poluidoras

Com relação aos direitos fundamentais que concretizam a proteção ambiental, distinguem-se duas situações diferentes: Uma na qual o cidadão se defende contra uma atividade poluidora do Estado e outra quando o cidadão se defende contra uma atividade poluidora de terceiros, onde o Estado foi mediador como órgão fiscalizador, tendo como exemplo clássico a concessão de licenças ambientais.

Nessas situações entram em cena os arts. 2 e 14 LF, que seguem:

“Artigo 2 [Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.”

“Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]

(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

31 IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II: Grundrechte*, 12. ed. Köln: Heymanns, 2009, pp. 17 ss.

32 Principalmente baseada nas obras de Georg Jellinek e Robert Alexy.

33 IPSEN, Jörn. *Ob. Cit.*, 2009, p. 28. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu pela primeira vez os direitos fundamentais como uma ordem de valor objetiva a ser observada por todos os ramos do Direito no famoso “caso Lüth” de 1958. Decisão do TCF - BVerfGE 7, 198.

34 Nesse caso, restando violado um direito fundamental através de um ato (ação ou omissão) do Estado, o cidadão pode pleitear uma ação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) em última instância junto ao Tribunal Constitucional Federal (Art. 93 I Nr. 4a LF c/c §§ 90 ss. BVerfGG).

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. (...)"

O art. 2 I LF traz o direito fundamental de liberdade geral e ampla, sendo ele a base da ordem de valor da Lei Fundamental. A doutrina majoritária aceita que este dispositivo configura muito mais um direito objetivo do que um direito subjetivo, devendo sempre ser analisado em conjunto com os demais direitos fundamentais.

Já no art. 2 II LF encontra-se o clássico direito fundamental parcial à proteção ambiental. Ele garante um direito subjetivo de defesa contra ameaças e lesões à vida e à integridade física da pessoa. Com relação à proteção à vida, entende-se garantir aqui tanto o mínimo existencial geral como o mínimo existencial ecológico<sup>35</sup>. A integridade física da pessoa é determinada em sentido biológico-fisiológico. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a integridade psíquica também é protegida pelo dispositivo em questão.

Em matéria ambiental, o art. 14 LF que trata do direito à propriedade privada também garante ao cidadão a defesa de sua propriedade contra danos de ordem ambiental, como poluição sonora, poluição do ar, privação de luz, do sol ou de vista. Entretanto, esse direito só é garantido quando o bem ambiental violado é um bem jurídico individual. Ou seja, não se protege a flora, a fauna, a natureza ou mesmo a água de forma geral, a não ser que estes configurem um direito de uso<sup>36</sup>.

Como visto, tais direitos fundamentais são garantidos judicialmente de forma passiva, ou seja, quando violados por atividade poluidora do Estado ou por terceiros, surge de forma imediata um direito subjetivo do cidadão contra o Estado, caso a ser analisado a seguir.

### 3.2 Dever fundamental do Estado de proteger o meio ambiente

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais implica um direito a receber uma prestação estatal. Na presença de pressupostos complementares, deste aspecto objetivo pode surgir para o Estado um dever de proteção (*Schutzpflicht*) do referido direito<sup>37</sup>.

Entende a doutrina que o direito de prestação decorrente de direitos fundamentais correlatos à proteção ambiental obriga, assim como o art. 20a LF, de forma imediata o legislador a criar novas leis ou leis que complementem as normas já existentes visando à proteção ambiental. Para os poderes Executivo e Judiciário, esse dever fundamental vem de forma indireta, advindo do dever de observância das leis (Art. 20 III LF) na sua aplicação e interpretação.

Portanto, a contrapartida do direito fundamental à vida e à integridade física e psíquica do art. 2 II LF e do direito fundamental à propriedade do art. 14 LF não implica uma obrigação do Estado em praticar positivamente atividades de proteção ambiental, mas sim em uma ação protetiva do Estado contra a ação poluidora de terceiros<sup>38</sup>.

Segundo Kloepfer<sup>39</sup>, só é pleiteável judicialmente de forma genérica a ameaça ao mínimo existencial ecológico no teor do art. 2 II LF, baseando-se no princípio do Estado

35 KLOEPFER, op. cit. p. 131.

36 STEINBERG, op. cit. p. 1987.

37 ERBGUTH; SCHLACKE, op. cit. pp. 65 ss.

38 KLOEPFER, op. cit. p. 130.

39 KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, p. 134. Assim também STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1986.

Social. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal admite o caráter objetivo imediato do art. 2 II LF, obrigando o Estado a se posicionar de forma a proteger e fomentar o bem constitucional<sup>40</sup>.

O dever fundamental de proteção ambiental pode, na presença de determinados pressupostos (intensidade e verossimilhança<sup>41</sup>), gerar um direito subjetivo exigível pelo cidadão contra o Estado, quando um órgão público ou terceiro viola direito fundamental de um ou mais cidadãos. A violação do dever estatal, portanto, só ocorre quando não for tomada nenhuma precaução ou quando estas eram insuficientes ou inadequadas para a consecução do objetivo<sup>42</sup>.

O dever de proteção ambiental também abrange as situações de perigo de dano. Em matéria ambiental, por seu significativo potencial danoso, já uma pequena verossimilhança basta para se constatar um estado de perigo que gera o dever de proteção por parte do Estado<sup>43</sup>. Entretanto, a simples omissão estatal, chamada proteção abaixo do padrão (*Untermaß*) ou insuficiente, não foi até agora aceita pelo Tribunal Constitucional Federal como fundamento de demanda constitucional cabível em matéria ambiental (este, por exemplo, já negou um dever do Estado em criar leis contra poluição do ar em casos de risco à saúde e danos a propriedades, bem como contra o barulho ocasionado pelo tráfego aéreo e terrestre<sup>44</sup>).

### 3.3 Direitos fundamentais do agente econômico e a proteção ambiental

A doutrina, no estudo do direito ambiental alemão, aborda ainda o assunto da proteção ambiental sob a ótica do particular que realiza qualquer atividade que proteja menos o meio ambiente ou que o agrida. Ele vê o seu direito fundamental de liberdade de fazer ou deixar de fazer limitado pela atividade do Estado em proteger o meio ambiente.

Em uma primeira análise surge a disputa entre a proteção ambiental pública e a privada. Nesse caso, o Estado proíbe total ou parcialmente a prática pelo particular de determinada atividade de proteção ambiental para que o próprio Estado a realize.

Pessoas físicas, pessoas jurídicas ou associações com fins ambientais podem ter seus direitos fundamentais, respectivamente de liberdade de ação (art. 2 I LF), de propriedade e liberdade profissional (arts. 14 e 12 LF) e de associação (art. 9 I LF), violados por um agir do Estado no cumprimento de seu dever ambiental.

Quando o Estado toma para si a responsabilidade por uma tarefa que visa proteger o meio ambiente, não se configura necessariamente uma limitação no direito fundamental

40 Esse dever de prestação do Estado de forma generalizada foi garantido na decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre os direitos do nascituro, admitindo o Art. 2 II LF como um elemento da ordem objetiva de valor constitucional. Decisões do Tribunal Constitucional Federal - BVerGE 39, 1 e BVerfGE 88, 203. Em STEINBERG, Rudolf. Ob. Cit., 1996, p. 1986.

41 Quanto à intensidade, só um verdadeiro dano gera um dever de proteção por parte do Estado, e não uma mera interferência ou uma lesão de pouca relevância. Poderia se considerar como interferência, por exemplo, a fumaça expelida por um ou alguns automóveis ainda dentro dos padrões de poluição permitidos. A intensidade da agressão é normalmente estabelecida por métodos das ciências naturais, de forma que é de difícil delimitar o que seria aceitável e o que seria danoso.

A verossimilhança no caso do dano já é pressuposta. No caso da ameaça é que ela deve ser melhor analisada, sendo que quanto mais valor tiver o bem protegido e quanto maior for o possível dano, tanto mais verossímil será a ameaça ao direito fundamental.

42 KLOEPFER, op. cit. p. 131.

43 ERBGUTH; SCHLACKE, op. cit. p. 67.

324 Id., Ibid., p. 66.

do particular que exerce a mesma atividade, devendo ser analisado se ocorreu excesso no agir estatal (*Übermaßverbot* ou proibição do excesso).

Assim sendo, na proteção dos arts. 2 I e 9 LF, por serem dispositivos bem amplos, o direito fundamental de poder realizar a atividade de proteção ambiental só é exigível em caso de excessos no agir estatal. Mais concreta é a violação do art. 12 LF, que garante à pessoa jurídica que realiza atividade ambiental o direito de exercer sua profissão:

“Artigo 12 [Liberdade de escolha da profissão]

(1) Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei. (...)”

Ainda assim, a jurisprudência tem demonstrado que a intervenção do Estado em geral não é considerada inconstitucional<sup>45</sup>, posto que configura a concretização dos princípios do Estado Social previstos na Lei Fundamental. Em se tratando de atividades de grande relevância para a sociedade, é dever do Estado em sua função social não delegá-las ao setor privado, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em uma segunda hipótese, analisa-se se uma intervenção do Estado na atividade econômica poluidora realizada pelo particular é considerada uma violação dos seus direitos de liberdade e propriedade. Aqui, mais do que nos outros casos, evidencia-se a constante necessidade de balanceamento entre os três pilares sustentadores do Estado, quais sejam a economia, a sociedade e o meio ambiente, visando ao desenvolvimento sustentável.

Aqui se deve examinar se a liberdade constitucionalmente protegida de exercício da atividade profissional (Art. 12 I LF) engloba também a atividade empresarial poluidora, o que reduziria na prática os pressupostos dos direitos das gerações futuras e se, no caso da propriedade, esta possui um valor ecológico nos termos do Art. 14 LF<sup>46</sup>.

Do ponto de vista dogmático, encontra guarida no art. 20a a interpretação de que o dever ambiental do Estado é uma limitação geral dos direitos fundamentais. Apesar de a determinação normativa não se sobrepôr aos direitos fundamentais no direito constitucional alemão clássico, com a inserção do art. 20a na LF se criou um novo paradigma no qual uma interpretação sistemática da Lei Fundamental pode impor limitações de cunho ecológico ao direito de propriedade<sup>47</sup> e consequentemente ao direito de liberdade no exercício da profissão.

Na prática jurídica, a intervenção estatal em atividade profissional poluidora é considerada uma mera regulamentação do exercício da profissão, que, via de regra, não é inconstitucional quando razoável e não-arbitrária, valendo-se do princípio da supremacia do bem-estar social. As intervenções de cunho ambiental no direito à propriedade do particular são moderadamente aceitas, sendo comumente justificadas no âmbito da proteção constitucional da função social da mesma (Art. 14 II LF)<sup>48</sup>.

45 No caso de empresas de coleta de lixo, em diversas batalhas judiciais, foi aceito que os direitos fundamentais dos arts. 12 e 14 LF não podem limitar o avanço da proteção do Estado no campo da proteção ambiental, devendo, entretanto, ser observada a proporcionalidade e razoabilidade da ação estatal. Em KLOEPFER, Michael. Ob. Cit., 2004, pp. 134 s.

46 KLOEPFER, op. cit. pp. 135 ss.

47 KLOEPFER, op. cit. p. 136.

48 KLOEPFER, op. cit. pp. 135 ss.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que a proteção ambiental na Lei Fundamental alemã não conta com o prestígio a ela conferido pela Constituição Federal brasileira. Sendo inserida na Lei Fundamental alemã tardiamente em relação a outros países europeus, a proteção ambiental constitucional é muito mais parte da ordem objetiva da Constituição do que um direito subjetivo garantido aos cidadãos.

Mesmo se analisada sob a ótica dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, principalmente dos direitos à vida e à integridade física e de propriedade, a proteção ambiental na Alemanha não é tão ampla como no Brasil, especialmente em razão de que se confere proteção ao meio ambiente como um todo e não como um bem jurídico individual.

Devendo suprir essa lacuna, o objetivo do Estado do art. 20a LF, por ser relativamente novo, ainda busca uma maior efetividade e concretização com a evolução do direito infraconstitucional e jurisprudencial, visando à instauração do Estado de Direito Ambiental, resguardando o meio ambiente tanto para as gerações presentes como para as futuras.

Entretanto, a opção do legislador alemão por uma proteção mais teórica em âmbito constitucional não prejudica a sua eficácia. Este fato é compensado por uma intensa e evoluída regulação infraconstitucional e por uma grande eficiência no campo da prática administrativa alemã. O controle e fiscalização em questões ambientais garantem uma eficaz concretização da proteção ambiental.

No Brasil, a opção pela caracterização do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental é importante mecanismo de sua efetivação. Como corolário do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a proteção ao meio ambiente tem se constituído como um dos vetores essenciais da ordem jurídica nacional.

Em um país que demanda grandes e urgentes transformações sociais, a opção do legislador foi a mais sábia e eficaz, sobretudo em razão do caráter transformador que emana da Constituição Federal de 1988 e da função que compete ao Poder Judiciário no estado democrático de direito. Contudo, apesar dos grandes avanços, a prática administrativa confusa e ineficaz tem impedido que a efetivação do direito ao meio ambiente sadio ocorra de forma mais intensa. Mas não há dúvida de que, embora haja longo caminho a percorrer, a opção do legislador brasileiro em tornar a proteção ao meio ambiente direito fundamental foi a mais adequada para a realidade do país.