

# A CLÁUSULA DE ABERTURA DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL<sup>1</sup>

THE OPENING CLAUSE OF ARTICLE 5º OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND THE ENVIRONMENT AS A FUNDAMENTAL RIGHT

LA CLÁUSULA DE APERTURA DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL

*Sidney Guerra*<sup>2</sup>

**Área(s) do Direito:** Direito Constitucional; Direito Ambiental.

## Resumo

A Constituição brasileira de 1988 conferiu ao meio ambiente um capítulo próprio e tornou-se um dos textos mais avançados nessa matéria em todo o mundo. Embora o meio ambiente não esteja formalmente declarado no rol dos denominados direitos fundamentais, em razão da previsão estampada no parágrafo 2 do artigo 5 do texto constitucional, consolidou-se o entendimento de que o meio ambiente se apresenta como direito materialmente fundamental.

**Palavras-chave:** Cláusula de abertura. Meio Ambiente. Direito Fundamental.

## Abstract

The Brazilian Constitution of 1988 gave the environment its own chapter and has become one of the most advanced texts in this field around the world. Although the environment is not formally declared in the list of so-called fundamental rights, due to the provision in paragraph 2 of article 5 of the constitutional text, the understanding of the environment as a materially fundamental right has been consolidated.

**Keywords:** Opening clause. Environment. Human rights.

## Resumen

La Constitución brasileña de 1988 dio al medio ambiente un capítulo propio y se convirtió en uno de los textos más avanzados en este campo en todo el mundo. Aunque el medio ambiente no esté formalmente declarado en la lista de los llamados derechos fundamentales, en razón del pronóstico impreso en el párrafo 2 del artículo 5 del texto constitucional, se consolidó el entendimiento de que el medio ambiente se presenta como derecho materialmente fundamental.

---

<sup>1</sup> Recebido em 15/03/2017. Aceito para publicação em 15/05/2017.

<sup>2</sup> Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado no Rio de Janeiro. *E-mail:* <sidneyguerra@terra.com.br>.

**Palabras clave:** Cláusula de abertura. Medio ambiente. Derecho fundamental.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A tutela constitucional do meio ambiente no Brasil; 3. A cláusula de abertura e o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental; 4. Considerações finais; 5. Referências.

**Summary:** 1. Introduction; 2. The constitutional protection of the environment in Brazil; 3. The opening clause and recognition of the environment as a fundamental right; 4. Final considerations; 5. References.

**Sumario:** 1. Introducción; 2. La tutela constitucional del medio ambiente en Brasil; 3. La cláusula de apertura y el reconocimiento del medio ambiente como derecho fundamental; 4. Consideraciones finales; 5. Referencias,

## 1 INTRODUÇÃO

Até poucos anos atrás os estudos relativos ao meio ambiente não recebiam muita atenção. Todavia, esse cenário se alterou e essa mudança decorre, especialmente, dos graves sinais da crise ecológica que se apresentam para a humanidade.

Para compreender a mudança de paradigma, faz-se necessário que sejam levados em consideração dois processos concomitantes e interligados: o desenvolvimento de uma consciência ambiental globalmente difundida e a necessidade premente de formulação de políticas públicas de proteção ao ambiente.

No mesmo ritmo em que a preocupação com questões ambientais se tornou prioridade para setores sociais cada dia mais amplos, o ativismo verde deixou o campo exclusivo das organizações não governamentais e ingressou no debate econômico e político com desdobramentos no campo jurídico.

A preocupação ambiental se espalha no mundo, exigindo maior engajamento de todos na busca de instrumentos para impedir ou diminuir a degradação ambiental e os consequentes problemas que emergem no âmago da sociedade de risco.

Infelizmente, apesar da mobilização dos vários atores, os resultados ainda não podem ser comemorados, na medida em que ficam evidentes sérios prejuízos relacionados à destruição da natureza, do patrimônio ambiental, dos bens paisagísticos etc.

A crise ecológica permite evidenciar que nas sociedades contemporâneas ocorra a emergência de novas feições de racionalidade social, reveladas pela forma distinta pela qual o risco é assimilado e interpretado nessas sociedades. Esse dado diferencia essencialmente tais riscos e os relaciona intimamente aos novos problemas ambientais:

As sociedades contemporâneas protagonizam o cenário de uma segunda revolução na dinâmica social e política, que se desenvolve no interior de um complexo processo de globalização de conteúdo plural, que marca o desenvolvimento de uma sociedade global do risco. O atributo que diferencia a sociedade mundial do risco é a necessidade de concretização de uma variada relação de objetivos ecológicos, econômicos, financeiros, sociais, políticos e culturais, que são contextualizados de forma transnacional e sob a abordagem de um modelo político de governança global, de gestão de novas ameaças comunitárias. (LEITE, 2004, p. 26-27).

Com efeito, a crise ecológica passou a ser reconhecida a partir do momento em que a degradação ambiental atingiu índices alarmantes e tomou-se consciência de que a preservação de um ambiente sadio está intimamente ligada à preservação da própria espécie humana. Matérias relativas ao efeito estufa, destruição da camada de ozônio, redução da biodiversidade, poluição do solo, da água e do ar, tratamento inadequado do lixo já não estampam apenas as páginas catastróficas de autores de ficção científica, mas as páginas dos jornais e as agendas de qualquer governo.

A crise ecológica não é uma mera disputa política ou ideológica. O debate ambiental também está perpassado por disputas científicas. Diferentemente dos anos 60, em que uma parte expressiva dos cientistas desconfiava da existência da crise ecológica, hoje a ciência não apenas a admite como também vem empenhando-se em atendê-la, apontando suas causas, características, profundidades e consequências. O envolvimento dos cientistas nesse debate e o gradativo surgimento das ciências ambientais vêm contribuindo para revelar a crise ecológica nos seus diferentes ângulos. Em virtude disso, ignorar a crise ficou difícil, podendo o preço de subestimá-la ser elevado demais. (TREVISAL, 2003, p. 22).

A partir dos sinais de crise é que houve uma resposta coordenada no plano internacional para minimizar os desdobramentos e efeitos dela. É assim que para o estudo do direito ambiental, pode ser destacado na história da humanidade o ano de 1972, quando os países, após degradarem o meio ambiente sem qualquer cuidado com sua preservação, reuniram-se em Estocolmo, na Suécia, para traçar planos, técnicas e soluções que minimizassem a degradação ambiental<sup>3</sup>.

Neste encontro, alguns dos 114 países que enviaram representantes, especialmente o Brasil, questionaram a legitimidade dos demais, de primeiro mundo, que passaram a ditar recomendações sem se preocuparem com o desenvolvimento industrial dos chamados subdesenvolvidos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> A obra de GUERRA, 2016 apresenta capítulo próprio sobre o assunto.

<sup>4</sup> Vide GUERRA, 2006.

Com o *slogan* “a maior poluição é a pobreza” e “a industrialização suja é melhor que a pobreza limpa”, o Brasil marcou sua passagem desajeitada na referida Conferência. Transcorridas mais de quatro décadas da primeira reunião, a situação é outra. A conscientização dos povos está, não ainda de forma plena, porém crescente, voltada para o pretendido e necessário desenvolvimento sustentado<sup>5</sup>.

Nesse cenário, destacam-se alguns importantes marcos regulatórios do ordenamento jurídico brasileiro em sede ambiental, em resposta ao clamor social pela imperiosa tutela do ambiente<sup>6</sup>.

Entende-se que o primeiro marco adveio com a edição da Lei nº 6938, de 31.08.81, que (i) instituiu a política nacional de meio ambiente, trazendo o conceito de meio ambiente, como objeto específico de proteção em seus múltiplos aspectos; (ii) propiciou o planejamento de uma ação integrada de diversos órgãos governamentais e (iii) estabeleceu, no artigo 14, parágrafo 1º, a obrigação do poluidor reparar os danos causados, segundo o princípio da responsabilidade objetiva (ou sem culpa).

Na sequência, pode-se considerar como sendo o segundo marco regulatório no campo do Direito Ambiental, a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a ação civil pública, prevista na Lei nº 6938/81, como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e possibilitou que a agressão ambiental, finalmente, viesse a ser tutelada. Nos termos do que dispõe essa norma, as associações civis ganharam força para promover a atividade jurisdicional e, de mãos dadas com o Ministério Público, puderam, em parte, frear as agressões desproporcionais ocorridas no meio ambiente.

Tem-se ainda, como terceiro marco (e mais importante), a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que a Carta Magna deu ao meio ambiente uma disciplina rica, dedicando à matéria um capítulo próprio em um dos textos mais avançados em todo o mundo. Ademais, houve o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, fato que será analisado no presente artigo.

---

<sup>5</sup> O Brasil endossa a tese do desenvolvimento sustentado delineado no Relatório Brundtland, onde é definido como "o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades".

<sup>6</sup> Para estudo mais detalhado sobre as espécies normativas ambientais recomenda-se GUERRA, 2010.

## 2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

Seguindo a tendência internacional (a partir da Conferência de Estocolmo) o Brasil inaugura um novo momento em relação à proteção do meio ambiente, que teve como marco precursor a edição da Lei n. 6.938, de 1981, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente. Entretanto, foi com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 que a matéria passa a ter grande destaque no cenário nacional.

A Constituição Federal de 1988 é tida como uma das mais completas do mundo em matéria ambiental, dedicando ao meio ambiente capítulo próprio. José Afonso da Silva chega a afirmar que a Constituição Federal de 1988 é “[...] eminentemente ambientalista”. (SILVA, 2002, p. 26).

Para Kauffmann (p. 246), a Carta brasileira veio institucionalizar a política do meio ambiente, estabelecendo preceitos e diretrizes básicas a serem cumpridas indistintamente por governantes e governados.

Paulo de Bessa Antunes afirma que além de ser dotada de um capítulo próprio para as questões ambientais, a Constituição Federal de 1988, ao longo de diversos outros artigos, trata das obrigações da sociedade e do Estado brasileiro para com o meio ambiente. Entretanto, entende que a inserção do capítulo sobre meio ambiente no setor destinado à ordem econômica é equivocada, na medida em que implica numa escala de valores que, nem sempre, será favorável à proteção ambiental. Complementa seu raciocínio afirmando que o esforço exegeticamente deve ser feito no sentido de que o desenvolvimento econômico não pode ser feito em detrimento da preservação da natureza e das espécies (ANTUNES, 2004, p. 62; ANTUNES, 1992, p. 72). Deve-se lembrar, nesse campo de questões, que deve haver uma ponderação de interesses no caso concreto, sopesando “todos” os princípios, positivados ou não, com vistas ao alcance da solução ótima (preservação do núcleo duro dos princípios em antinomia).

Na Carta Política de 1988 são encontrados diversos dispositivos relacionados ao meio ambiente: art. 5º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII; art. 20, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e §§ 1º e 2º; art. 21, XIX, XX, XXIII alíneas “a”, “b” e “c”, XXV; art. 22, IV, XII, XXVI; art. 23, I, III, IV, VI, VII, IX, XI; art. 24, VI, VII, VIII; art. 26, I, II, III, IV; art. 30, I, II, VIII; art. 43, § 2º, IV e § 3º; art. 49, XIV, XVI; art. 91; art. 129, III; art. 170, art. 174, §§ 3º e 4º; art. 176 e §§; art. 182 e §§; art. 186; art. 200, VII, VIII; art. 216, V, e §§ 1º, 3º e 4º; art. 225 e seus §§; art. 231; art. 232; e nos atos das disposições constitucionais transitórias no art. 43 e art. 44 e seus §§.

Nesses artigos estão mescladas matérias de natureza processual, penal, econômica, sanitária, tutela administrativa, além de normas atributivas de competência legislativa.

O núcleo normativo do direito ambiental na Constituição Federal está no art. 225, com seus parágrafos e incisos, fazendo parte da ordem social e assim dispôs a matéria:

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.

1. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através da lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

2. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

3. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

4. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso de recursos naturais.

5. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

6. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Com efeito, a partir da previsão estampada no artigo 225, caput da Constituição Federal, evidencia-se que o legislador constituinte elevou o meio ambiente à condição de bem de uso comum do povo e direito de todos, havendo uma ampliação do conceito de meio ambiente expresso no artigo 3, I, da lei 6938/81.

Com isso, atribuiu papéis importantes para o Poder Público, como também para a coletividade, no intuito de garantir um ambiente sadio para as presentes e futuras gerações. Sobre esse ponto o magistério de Antunes:

Parece-me que foram criadas duas situações distintas; a primeira, de não promover degradação; a segunda, de promover a recuperação de áreas já degradadas. A concepção adequada de conservação, necessariamente, tem que ser dinâmica, pois, se não formos capazes de entendê-la dessa maneira, pouco poderá ser feito. Isto porque não estamos diante de um bem que possa ser incluído dentre aqueles pertencentes a uma ou outra pessoa jurídica de direito público, pelo contrário, o meio ambiente é integrado por bens pertencentes a diversas pessoas jurídicas, naturais ou não, públicas ou privadas. O que a Constituição fez foi criar uma categoria jurídica capaz de impor, a todos quantos se utilizem de recursos naturais, uma obrigação de zelo para com o meio ambiente. Trata-se de uma modalidade de intervenção econômica que visa garantir a todos o acesso a bens ambientais. Não se olvide, contudo, que o conceito de uso comum de todos rompe com o tradicional enfoque de que os bens de uso comum só podem ser públicos. Não, a Constituição Federal estabeleceu que, mesmo no domínio privado, podem ser fixadas obrigações para que os proprietários assegurem a fruição, por todos, dos aspectos ambientais de bens de sua propriedade. (ANTUNES, 2004, p. 68).

A partir da leitura do supracitado dispositivo constitucional, evidencia-se a ocorrência de mudanças significativas na abordagem do tema, no qual os atos dos Poderes Públicos e dos particulares não poderão ofender o meio ambiente e as normas jurídicas devem-lhe conformação<sup>7</sup>.

Além disso, é indubitável que o reconhecimento do meio ambiente, pela doutrina e pela jurisprudência, como direito fundamental de terceira geração, trouxe mudanças significativas para o estudo da matéria na ordem jurídica interna, por atribuir-lhe valor especial. Nesse sentido, atente-se para as palavras de Antunes:

A fruição de um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi erigida em direito fundamental pela ordem jurídica vigente. Este fato, sem dúvida, pode se revelar um notável campo para a construção de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos. (ANTUNES, 2004, p. 63).

---

<sup>7</sup> Também sobre a dicção do artigo 225 da Constituição Federal, o comentário de VITTA, 2000, p. 4: “Trata-se de proposição enunciativa, porém com função diretiva, prescritiva (imperativa, portanto), e de abstração e generalidade acentuadas – verdadeiro princípio geral expresso. Toda atividade humana deve-lhe obediência; todos os atos dos Poderes Públicos e dos particulares não poderão ofender o meio ambiente; todas as normas jurídicas, inclusive as constitucionais, devem-lhe conformação – necessitam considerá-la na sua interpretação e aplicação. (...) No entanto, os diversos incisos do parágrafo 1 do artigo 225 têm normas programáticas, ou seja, disposições nas quais o constituinte indicou um programa (ou finalidade) a ser seguido pelo Poder Público ou pelo legislador – trata-se de caminho a ser trilhado por todos os que atuam na função pública.”

De fato, o texto constitucional, ao reconhecer o meio ambiente como direito fundamental, no qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, procurou estabelecer um marco importante na construção de uma sociedade democrática, solidária e participativa.

O papel que tradicionalmente era atribuído ao Estado, no sentido de proteger e preservar o meio ambiente, passa também a ser dividido com a coletividade. Frise-se que a emergência de múltiplos problemas ambientais propicia graves prejuízos para o desenvolvimento do indivíduo, devendo ser coordenados esforços em prol da criação de uma verdadeira cultura de preservação do ambiente.

Nesse sentido, o desenvolvimento das políticas públicas, voltadas para o meio ambiente, deve estar em consonância com os anseios dos cidadãos, posto que não há cidadania sem a consciência de filiação a uma coletividade política, pois a democracia apoia-se na responsabilidade dos cidadãos de um Estado. A cidadania fundamenta o direito de participar, direta ou indiretamente, na gestão da sociedade, criando direitos e obrigações. A participação da sociedade é fundamental na tomada de decisões acerca dos vários problemas que se manifestam em matéria ambiental.

Assim, cada pessoa precisa assumir a condição de “sujeito ativo” em matéria ambiental, ou seja, deve atuar de forma efetiva nas políticas públicas, voltadas ao ambiente. Há de se envidar esforços em prol da criação de uma verdadeira cultura da preservação do meio ambiente, com participação ativa da sociedade civil para a própria sobrevivência do gênero humano. A defesa e a preservação do meio ambiente a despeito de ser um dever do Estado é também uma responsabilidade da coletividade que deve zelar, para o seu próprio bem, por um ambiente sadio.

### **3 A CLÁUSULA DE ABERTURA E O RECONHECIMENTO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Na doutrina, várias expressões são utilizadas para designar direitos fundamentais, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

A classificação adotada pela Constituição de 1988 estabeleceu cinco espécies ao gênero para direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e

direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Nesse sentido, o magistério de José Afonso da Silva:

Os Direitos Fundamentais do Homem referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente no art. 17. (SILVA, 2002, p. 176).

Registre-se, desde logo, a necessidade de se proteger os direitos fundamentais, posto que individualizam a pessoa em si, como projeção na própria sociedade em que vive. Tais direitos destinam-se a preservar as pessoas em suas interações no mundo social e, quando expressamente consignados na Constituição, como no caso brasileiro, esses direitos realizam a missão de defesa das pessoas diante do poder do Estado. Entretanto, partindo da formulação apresentada por José Afonso da Silva, os direitos fundamentais, na ordem constitucional brasileira, estariam limitados àqueles que estão arrolados no título II da Carta Magna (art. 5 ao art. 17), desprezando o meio ambiente que se encontra no artigo 225.

Por fundamental entende-se aquilo que é essencial, relevante, necessário, basilar, que serve de alicerce. A noção de direitos fundamentais está diretamente vinculada à característica da fundamentalidade. Conforme o tratamento doutrinário, um direito pode ser formal e materialmente fundamental.

Considera-se direito formalmente fundamental aquele que se encontra positivado na Constituição e, por consequência: a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o topo de toda a ordem jurídica; b) é norma constitucional sujeita às limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); c) é norma de aplicação imediata e vincula a entidades públicas (constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas. (CANOTILHO, 1998, p. 349).

São normas que, como todas as demais normas constitucionais, contam com a supremacia no ordenamento jurídico e que, devido a sua importância para o indivíduo e para a coletividade, receberam um tratamento diferenciado pelo poder constituinte, destacando-se a aplicação imediata de seus comandos e a maior proteção no que concerne a possibilidade de mudanças do seu conteúdo pelos poderes constituídos. (EMERIQUE, 2006, p. 152).

Por sua vez, considera-se direito materialmente fundamental aquele que é parte integrante da Constituição material, contendo decisões essenciais sobre a estrutura basilar do Estado e da sociedade e que pode ou não encontra-se disposto no texto constitucional sob a designação de direito fundamental. Assim sendo, a ideia de fundamentalidade material permite: a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal; b) a aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais. (CANOTILHO, 1998, p. 349).

A indicação do sentido formal e material de um direito fundamental vem consignada por Jorge Miranda, quando apresenta o seu entendimento de direitos fundamentais. Na ocasião, ele adverte que todos os direitos fundamentais em sentido formal também o são em sentido material, contudo, existem direitos em sentido material para além dos direitos em sentido formal. Portanto, os dois sentidos podem não coincidir. (MIRANDA, 2000, p. 7-9).

Jorge Miranda (2000, p. 9) também se preocupa em expor certas dúvidas e objeções levantadas sobre a concepção de direito fundamental em sentido material, sendo a primeira delas a neutralidade que poderia supor-se equivalente a um radicalismo aos valores permanentes da pessoa humana. A segunda sugere que por abarcar uma diversidade de concepções poderia levar a um relativismo inseguro. A terceira pontua que conceber os direitos fundamentais a mera expressão escrita numa Constituição de um determinado regime político seria o mesmo que admitir que a não consagração ou a consagração insatisfatória, ou mesmo a violação sistemática de certos direitos seria, no mínimo, natural, só porque foram considerados de menor relevância para um regime político. Nessa ótica, não faria qualquer diferença acrescentar a um direito a designação de fundamental, pois esses direitos só seriam fundamentais quando dispostos como tais por um determinado regime político.

Contudo, o autor rebate essas críticas ao afirmar que por serem os direitos fundamentais, direitos básicos da pessoa que numa determinada época e lugar constituem o nível da sua dignidade, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias históricas. (MIRANDA, 2000, p. 10).

Desse modo, não predominaria uma visão imutável dos valores da pessoa humana que se manteriam indelévels às mudanças históricas operadas no homem e na sociedade.

O conceito de direitos fundamentais materiais não se reduz apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, mas são direitos procedentes da ideia de Constituição e de Direito dominante, do sentimento jurídico coletivo, o que dificilmente tornariam totalmente distanciados de um respeito pela dignidade do homem concreto. Mesmo que essa ideia ou sentimento correspondesse a uma Constituição material desfavorável aos direitos das pessoas, o problema não seria tanto dos direitos fundamentais em si mesmos, mas sim um problema relativo ao caráter do regime político correspondente, que tem assento na questão de sua legitimidade. (MIRANDA, 2000, p. 11).

Qualificar como direitos fundamentais apenas os direitos em sentido formal, seria o mesmo que abandonar a sua historicidade, pois de pronto se negaria a possibilidade de consagração de outros direitos que, ao longo do tempo, adquiriram relevância para a sociedade ao ponto de serem considerados sob o caráter de sua fundamentalidade.

Nota-se, a partir das considerações trazidas até o momento, que o caráter fundamental dos direitos não está diretamente correlacionado à sua previsão na Constituição.

Canotilho e Moreira (1991, p. 106-107) apresentam uma noção daquilo que é o critério constitucional (português) dos direitos fundamentais, segundo o qual é possível delimitar em extensão e profundidade o campo deles. O autor se baseia nos valores essenciais consubstanciados no objeto dos direitos fundamentais reconhecidos: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social. Esses valores constituem o pressuposto e o critério substancial dos direitos fundamentais, sendo imprópria e insuficiente as concepções reducionistas que apelem a apenas um deles. Quanto à classificação de um direito como fundamental ou não, isso dependerá de seu grau de relevância à luz desses valores constitucionais, incluindo entre eles todos aqueles que a Constituição considera

como tais, não existindo razões objetivas satisfatórias para sustentar qualquer exclusão.

Apenas a análise detida do conteúdo dos direitos fundamentais possibilita a conferência de sua fundamentalidade material, isto é, da condição de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, em relação à posição nestes ocupada pela pessoa humana. Para chegar-se a um conceito adequado constitucionalmente dos direitos fundamentais é preciso mensurar que qualquer conceito genérico e universal, somente parece cabível, à medida que aberto, de modo a permitir a sua constante adaptação à luz do direito constitucional positivo. (SARLET, 2001, p. 82).

Daí que a noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo). (SARLET, 2001, p. 82).

Embora existam normas que não se enquadram nos parâmetros (reconhecidamente empíricos e elásticos) traçados para a identificação dos direitos materialmente fundamentais e não esteja em discussão a importância da matéria e a pertinência de sua previsão na Constituição formal, com o objetivo de evitar sua disponibilidade ampla por parte do legislador ordinário, não se poderá deixar de considerar que incumbe ao constituinte a opção de estender à condição de certas situações (ou posições) que, em sua opinião, devem ser objeto de proteção especial, compartilhando o regime da fundamentalidade formal e material, peculiar dos direitos fundamentais. (SARLET, 2001, p. 136).

Konrad Hesse (1998, p. 225) adverte sobre a precariedade de considerar apenas o sentido formal como identificador dos direitos fundamentais, ou seja, somente considerar como direitos fundamentais as posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagrados no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo).

Isso porque também existe o significado material de direitos fundamentais, segundo o qual são fundamentais aqueles direitos que apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Frente às considerações feitas até o momento, torna-se forçoso proceder uma análise mais pormenorizada sobre uma noção materialmente aberta de direitos fundamentais, conforme o perfil traçado na Constituição.

A doutrina nacional sublinha que o elenco das disposições contidas no art. 5º, da Constituição de 1988, apesar de extenso, não possui caráter taxativo, antes, consagra a abertura a outros direitos não expressamente referidos no texto constitucional. Alguns também mencionam a função hermenêutica do dispositivo (art. 5º, § 2º)<sup>8</sup>.

Na jurisprudência, também se admite o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal reconheceu como fundamentais o direito à observância do princípio da anterioridade tributária na criação de novos tributos (art. 150, III, “b”), o direito à saúde (art. 196) e o direito ao meio ambiente (art. 225). Portanto, já há uma posição reconhecida pelo “guardião da Constituição”, sustentando a existência de direitos fundamentais, fora do catálogo, amparados pelo mesmo regime jurídico dos direitos nele previstos. Veja, nesse sentido, aresto do Eg. Supremo Tribunal Federal em relação ao meio ambiente como direito fundamental:

O direito à integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. 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 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. (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95).

<sup>8</sup> A título de exemplificação: FERREIRA FILHO, 1997, p. 288-289. SILVA, 2002, p. 193. GUERRA, 2007.

Os direitos e garantias amparados na norma ampla do art. 5º, § 2º têm existência assegurada no universo constitucional, caracterizados pelo regime ou sistema dos direitos fundamentais, pelo regime ou princípios adotados pela Constituição ou pelos tratados internacionais firmados. Cumpre ao intérprete descobri-los em cada caso, e descrevê-los na sua essência, na sua densidade, na sua dinâmica e abrangência no sistema constitucional, concretizando a sua integração no ordenamento jurídico. (GARCIA, 1994, p. 212).

Quando se toma por base a distinção entre direito fundamental formal e material, no direito constitucional brasileiro, tal como no português, desde então se tem a necessidade de considerar uma adesão a determinados valores e princípios que não são precisamente dependentes do constituinte, mas também respaldados na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo. (MIRANDA, 2000, p. 10).

A admissão da presença de direitos materiais, decorrentes do regime constitucional, estatuída no art. 5º, § 2º, da Lei Magna, traz consigo complexidades relacionadas à forma de considerar como realidades normativas os direitos fundamentais não escritos no texto constitucional e por quais caminhos é possível anexá-los aos dispositivos da Constituição para que contem com validade jurídica.

De certa forma, a própria existência do dispositivo mencionado pode ser vista como fundamento normativo-constitucional que permite levantar argumentos em favor do direito não expressamente escrito. (PARDO, 2003, p. 86).

Uma vez que os direitos fundamentais expressamente garantidos, são justificáveis pela só referência ao texto constitucional que os estipulam, os direitos materiais, não formalizados, têm no art. 5º, § 2º sua justificação. Ocorre a adscrição dos direitos materiais como normas de direito fundamental a partir de uma fundamentação correta, que demonstra que eles atendem às exigências de dignidade, liberdade e igualdade, além de levarem em conta as condições disciplinadas no dispositivo mencionado, é básico para o reconhecimento desses direitos como fundamentais que não contrariem o regime e os princípios adotados pela Constituição. (PARDO, 2003, p. 86-87).

Em relação aos direitos decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, a solução está no fato de, nos próprios

tratados, já se acharem escritas às disposições que contêm as normas de direito fundamental<sup>9</sup>.

Com base no dispositivo do Texto Maior referido, parece ser cabível cogitar-se de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional); c) a título de menção, embora descartada a possibilidade no ordenamento constitucional brasileiro, tem-se a categoria dos direitos apenas formalmente constitucionais (SARLET, 2001, p. 86).

A cláusula de abertura, ou da não tipicidade, (art. 5º, § 2º) possui um amplo alcance, podendo incluir as diferentes modalidades de direitos fundamentais (como o meio ambiente), independente da condição de serem direitos de caráter defensivo ou prestacional.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É indubitável que os problemas ambientais crescem e colocam em risco a existência das espécies (inclusive a humana). Muitos dos problemas que se manifestam na sociedade hodierna decorrem de comportamentos inadequados que foram desenvolvidos pelo ser humano (ação antrópica), ao longo dos anos, em nome de um crescimento desenfreado.

O “progresso” não levou em consideração as limitações do ambiente e para atender aos interesses e anseios de pessoas cada vez mais ávidas pelo consumo é que se desenvolveu uma sociedade de risco em termos ambientais.

O desabrochar do movimento ambiental decorre da Conferência Internacional de Meio Ambiente realizada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas: a Conferência de Estocolmo de 1972, que trouxe desdobramentos para vários Estados, a exemplo do Brasil.

A partir da realização das referidas Conferências Internacionais, evidenciou-se a inter-relação dos estudos do ambiente com os direitos humanos, na medida em que ficou consagrada a ideia do ambiente humano e a necessidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico com o ambiente equilibrado.

---

<sup>9</sup> Sobre essa matéria, vide GUERRA, 2014.

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu capítulo próprio para o meio ambiente e estabeleceu mudanças significativas para o estudo da matéria, ao afirmar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à condição de bem de uso comum, à participação de todos (coletividade e Estado) na preservação e proteção do mesmo. Essas mudanças fizeram com que ocorresse a emergência de uma nova ordem ambiental, que pressupõe o engajamento da sociedade civil na tomada de decisões e desenvolvimento de políticas públicas, para que os efeitos nocivos ao ambiente sejam minimizados.

Ademais, houve o reconhecimento do meio ambiente, não apenas pela doutrina, mas também pela jurisprudência, como direito fundamental. Embora o título II da Constituição brasileira – que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais – não apresente o meio ambiente como direito fundamental, não se pode olvidar que além da existência dos direitos formalmente fundamentais, existem também os direitos materialmente fundamentais, em razão do próprio sistema aberto da Constituição Federal de 1988.

Esse reconhecimento é importantíssimo para o estudo da matéria em razão dos efeitos que são produzidos ao serem apresentados com essa envergadura (Direitos Fundamentais) na ordem constitucional brasileira. Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos que, aplicados diretamente, gozam de uma proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito. Além disso, são considerados reserva de Constituição (tomam parte entre os elementos que identificam a posição do homem no mundo estruturante/estruturado da ordem constitucional) e reserva de justiça (há necessidade de uma ordem que aspire ser justa).

Desse modo, ao reconhecer o meio ambiente como direito fundamental, passa-se a integrá-lo a um sistema valorativo, que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

## 5 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de Direito Ambiental**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- EMERIQUE, Lilian M. Balmant. **Direito fundamental como oposição política**. Curitiba: Juruá, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GUERRA, Sidney. **Direito Ambiental: legislação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- GUERRA, Sidney. **Direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GUERRA, Sidney. **Os direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- KAUFFMANN, Ronaldo Maia. **Meio Ambiente e Vida Urbana**. São Paulo: RT, v. 606.
- LEITE, Jose Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TREVISAL, Joviles Vitório. **A educação ambiental em uma sociedade de risco**. Joaçaba: Unoesc, 2003.
- VITTA, Heraldo Garcia. **O meio ambiente e a ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2000.