TÉCNICAS DE TUTELA DO AMBIENTE*

VIRGINIA ZAMBRANO**

RESUMO: Este estudo em direito comparado trata de examinar a experiência latino-americana na proteção ao meio ambiente. Analisa a natureza e o significado de ambiente, bem como a sua proteção constitucional. Compara as políticas ambientais no MERCOSUL e EU. PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado, Direito Ambiental, Proteção Constitucional.

ABSTRACT: This study in Compared Law examines the Latin-American experience in the protection to the environment. Analyzes the nature and the meaning of environment, as well as the constitutional environmental protection. Compares the environmental politics and juridical regimen in the MERCOSUL and UE.

KEYWORDS: Compared Law, Environmental Right, Constitutional Protection.

SUMÁRIO: 1. Direito comparado e experiência latino-americana. 2. Eficiência econômica e realidade jurídica. 3. Natureza e significado do ambiente. 4. O relevo constitucional do "meio ambiente". 5. Ação popular e defesa do ambiente: aspectos comparatistas 6. A função social da propriedade como instrumento de tutela do ambiente. 7. A reconsideração da função clássica da responsabilidade civil. 8. Políticas comunitárias e exigências de harmonização legislativa: MERCOSUL e UE.

1. DIREITO COMPARADO E EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA

A América Latina possibilita ao jurista um observatório de extremo interesse. Ao lado das tradicionais reflexões sobre o perfil prático do direito comparado que, naquela área geográfica, deu origem ao difundir-se da codificação, encontram espaço algumas considerações sobre o conteúdo assumido pelo direito. A análise da complexa relação entre sistema econômico e evolução do direito possibilita individuar na experiência latino-americana um interessante observatório, que permite realizar algumas reflexões sobre o papel exercido pelo jurista e, mais em geral, sobre a relação entre direito, política e economia.

Se é verdade, de fato, que o conhecimento do direito estrangeiro, aqui como na Europa oriental, representou o instrumento para levar a cumprimento o processo de codificação, é também verdade que os desenvolvimentos desta evolução podem se considerar nada homogêneos, em consideração ao papel desenvolvido pela doutrina¹.

¹ Observa P. GALLO, *America Latina*, in *Dig. IV*, *Sez. Civ.*, Torino, 1993, 297, que, na América Latina, a codificação não modificou a tradição jurídica colonial. Não estaria, todavia, desaparecida de todo a tradição jurídica precedente, porque traços de sua sobrevivência se recuperam não só nas pequenas cidades, mas também entre as faixas mais marginalizadas da população.

^{*} Tradução de Henrique Moreira Leites, advogado, mestrando em Direito pela PUCRS.

^{**} Prof. a Dr. a Universidade de Salermo, Itália

Em uma perspectiva comparatista, podemos observar como o contato com a cultura jurídica européia, que viu na experiência colonizadora um forte canal de penetração, favoreceu um certo ecletismo cultural, do qual são testemunhas as contribuições de Teixeira de Freitas, Andrés Bello ou de Dalmacio Vélez Sarsfield, que deu vida a modelos, ao final, originais e, todavia, não referentes àqueles consignados pela tradição². O contato com experiências jurídicas diversas, e não somente a influência de um certo constitucionalismo americano, que fez sentir o próprio peso, condicionando, em sentido federal, a organização de países como Argentina, Brasil, México e Venezuela, mas também o prestígio que acompanhou tanto a circulação do BGB quanto a difusão da doutrina alemã, de fato, contribuiu – por aquilo que mais especificamente diz respeito ao direito civil – à introdução de modelos que dão conta de um pluralismo cultural que possibilitou à doutrina aportar a resultados originais³. A diferença espacial e temporal que acompanha o processo de codificação⁴ se expressou, assim, na adoção de um modelo o qual, não obstante uma originária recepção do direito estrangeiro parece, todavia, afirmar-se como tendencialmente autônomo e original, a ponto de diferenciar-se também, notadamente, da contribuição originária⁵.

As razões desta articulação, que tornam difícil pensar a existência de um sistema jurídico unitário latino-americano, não são tanto de individuar na presença e especificidade de um substrato cultural originário, não sobrevivente a uma experiência colonial que reproduziu com força o próprio modelo jurídico (conforme os casos

² G. AUTORINO STANZIONE, Augusto Teixeira de Freitas e problemi di capacita dei minori, in AA.VV., Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1988, 449 ss., e em G. AUTORINO STANZIONE, Comparazione e diritto civile. Saggi, Napoli, 1987, 114 ss., e spec. 124. L'A. sublinha como a originalidade da abordagem de Teixeira se recupera na sua capacidade de introduzir, tanto na Consolidação quanto no Esboço, uma visão própria que se substancia em modificações, sugestões, propostas interpretativas originais, confirmando a autonomia de um pensamento que acaba com o distanciamento também do substrato romanístico para assumir uma fisionomia própria. O exemplo do remédio da restituição por lesão, a propósito dos negócios feitos pelo menor de idade, pode se considerar indicativo de uma atitude crítica que, mesmo sem refutar a regra, sublinha o caráter excepcional; J.L CONSTANTINESCO, Introduzione al diritto comparato, Torino, 1996.

³ Contra P. GALLO, America Latina cit., 296 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, Augusto Teixeira de Freitas cit., 116; L.H. FRIEDMAN, Storia del diritto americano, in Giuristi stranieri d'oggi, Milano, 1995, passim. Sobre o papel desenvolvido pelos juristas A. GAMBARO–R. SACCO, Sistemi giuridici comparati, in Tratt. dir. comp., dir. da R. SACCO, Torino, 1996, 400, que evidenciam como, por exemplo, da consciência que o jurista americano tem do próprio papel e do próprio sistema provenha uma atitude de racionalismo otimista.

⁴ Sob tal aspecto cf., L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato* cit., 23. Observa, igualmente, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. I, Milano, 1967, 495 ss., como a primeira grande onda das codificações, de uma parte, perseguisse o objetivo de uma reordenação do existente, sobre a base de uma relação de ruptura com a tradição, e de outra, encontrasse a própria justificação política no nascimento de um absolutismo iluminado, que fizesse sentir a legislação como um "patrimônio comum das nações e dos cidadãos em particular" (p. 498). Do seu lado, a penetração do BGB em alguns países da América Latina, como o Brasil ou o Perú, encontrou exatamente na sua tecnicidade e abstração dos pontos de força que consentiram a superação daquele "escasso *pathos* político ou o defeito de sintonia com os problemas sociais da época", de que discorre o autor. (vol. II, p. 201).

⁵ E assim, se a primeira onda das codificações viu nos códigos civis da Argentina, Brasil e Chile os verdadeiros e próprios "monumentos legislativos" (como os define Constantinesco), onde o modelo de referência é aquele oferecido pelo sistema de *civil law*, as vicissitudes que acompanharam a introdução dos novos códigos mostram uma clara tendência à autonomia, que caminha no sentido de uma recuperação do substrato representado pela experiência romanística.

espanhol e português), quanto no processo normal de reelaboração ao qual se inclina o direito, ainda mais quando se leva em conta a necessidade de responder a determinados problemas econômicos e sociais. Cada processo de codificação se furta, em outras palavras, a generalizações em ordem ao seu conteúdo e a sua função, pela impossibilidade de instaurar um automatismo entre causa e efeitos, entre sistema econômico e escolhas jurídicas.

Neste sentido, se deve reter que a especificidade de cada ordenamento seja o resultado da diversa composição de múltiplos fatores, econômicos, de ordem social, político, cultural, religioso, lingüístico, técnico, e, até, simbólico, fatores a respeito dos quais o papel exercido pela tradição jurídica deve considerar só um entre os elementos de investigação⁶.

A tentativa de reagrupar em torno de um denominador comum os ordenamentos que apresentam as mesmas características, mais do que responder, então, a uma objetiva necessidade lógica, é expressão da necessidade acidental, que deixa entrever a extrema dificuldade do jurista de libertar-se dos condicionamentos a uma abordagem que continua sendo tributária, não obstante tudo, de uma visão eurocêntrica do direito.

O relativismo que tal perspectiva abre, se, de um lado, parece obstaculizar a consecução de resultados objetivos, por outro, longe de ser sintoma de uma posição niilista, tem o mérito de colocar a investigação comparatista naquela dimensão histórico-relativa, que, mais em geral, caracteriza o conhecimento, que não só sugere uma análise da experiência jurídica, mas antes, é conduzida à luz dos princípios gerais, avaliados adequadamente os elementos de novidade que este pode apresentar⁷.

Sob esta perspectiva, a crítica que as correntes pós-modernistas fazem ao direito comparado e à doutrina, vista como mera expressão de um conjunto de construções ideológicas, que serve para explicar o exercício do poder, especificidade do sistema, papel do direito e assim por diante, não colhe o sentido senão na parte em que se denuncia à tentativa – mais ou menos consciente – de forçar a realidade em esquemas interpretativos consolidados, em base de uma mecânica obra de subsunção.

Por outro lado, a forte ligação que existe entre o jurista e o sistema ao qual ele pertence, é um dado do qual não se pode racionalmente prescindir. O estudo de um sistema estrangeiro - assim como o de um único instituto - coloca em evidência como tanto na seleção de materiais a utilizar quanto na metodologia a empregar, se reflita a especificidade, a bagagem cultural, a formação, a sensibilidade de cada jurista. Se assim é, convincentes se mostram as posições daquela parte da doutrina que se valem deste conhecimento para demonstrar a esterilidade de cada debate que se predetermine o objetivo de determinar as coordenadas do método de pesquisa,

⁶ Sobre o conceito de Western Legal Tradition, cf. A. GAMBARO-R. SACCO, Sistemi giuridici comparati, cit., 55 ss. A perspectiva no texto quer evidenciar como as características que contradizem a concepção do direito na civilização ocidental (autonomia do direito à religião; tendência à conceituação e à sistematicidade; existência dos juristas profissionais), mesmo sendo um dado importante para compreender o papel desenvolvido pelo direito, são somente um necessário, mas não suficiente, terreno de investigações, cujos resultados são destinados a se completar também à luz daqueles outros indicadores aos quais se acenou.

⁷ A. PETER-H. SCHWENKE, Comparative Law beyond Post-modernism, in Int. Comp. Law Q., 2000, 817 ss.

partindo do falso pressuposto da sua unicidade⁸. Em tal perspectiva, a inexistência de uma única via obrigatória de pensar, transforma o problema do método em um problema de conhecimento de si mesmo, sem que o recurso a um fim qualquer, abrindo a uma espécie de Vorverständig, possa condicionar os êxitos da análise.

O ulterior aspecto do qual convém levar em conta, diz respeito ao diverso compor-se do binômio política-direito – que não deixa de sugerir a própria *rule of law* – sobre o qual incide a escolha econômica, que é, intrinsecamente, política, condicionando a posição assumida no ordenamento por um certo bem, em um dado momento histórico. Dele resulta que, do ponto de vista comparatista, a combinação dos diferentes componentes culturais, normativos, filosóficos, econômicos, políticos, influenciando o direito e a sua interpretação e tornando impossível individuar êxitos constantes, podem ora explicar o contraste aplicativo entre soluções idênticas, ora facilitar a compreensão dos mecanismos que conduzam a uma aceitação pacífica. O direito torna-se, então, expressão direta de uma certa estrutura social, em colóquio constante, de um lado, com a economia e, de outro, com elementos culturais e/ou religiosos.

Se se move na perspectiva da micro-comparação, o caso da responsabilidade civil e das técnicas de tutela do ambiente pode se considerar iluminante.

Quanto ao que aconteceu na América latina, parece demonstrar como a relação entre as fontes do direito – relação que nunca é estática – quer seja resolvido em uma atitude crítica da doutrina, que se revelou decisivo no seu diálogo com outros formadores do ordenamento, ao ponto de solicitar, como bem demonstra o recurso à ação popular em matéria de tutela ambiental, a introdução de instrumentos remediais que pressupõem uma atenta obra de balanço de interesses supra-individuais. De encontro, emerge, nos juízes, a falta de consciência do próprio papel, o que parece torná-los mais vulneráveis politicamente.

Neste contexto, se pode observar como a função da jurisprudência "de conciliar com a interpretação aquilo que em outro lugar é ordenado pela lei [de modo que] o jurisconsulto é legislador em restrito, mas verdadeiro legislador" seja marginal, entretanto os modelos de sentença aparecem fortemente influenciados pelo contexto histórico-político-institucional⁹.

2. EFICIÊNCIA ECONÔMICA E REALIDADE JURÍDICA

O exame da complexa relação entre sistema econômico e evolução do direito encontra, portanto, na experiência latino-americana um interessante observatório, que consente fazer tais reflexões sobre o papel exercido pelo jurista e, mais em geral, sobre a relação entre direito, política e economia. A exigência de modernização conduziu a uma reelaboração do dado normativo, que se realizou através de uma obra

⁸ Sobre estes aspectos se remete às considerações de P. STANZIONE, Utilità e metodo del diritto comparato, in AUTORINO-STANZIONE, Comparazione e diritto civile, Napoli, 1990; e também P. PERLINGIERI, Tendenza e metodi della civilistica italiana, Napoli, 1979, 12 ss.

⁹ Assim, literalmente, E. AMARI, Della necessità e dell'utilità dello studio della legislazione comparata, Man. 5 Qq (1d), Biblioteca Comunale di Palermo. Mais em geral, sobre a função desenvolvida, no interior dos ordenamentos, pelos modelos ocultos A. GAMBARO–R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati* cit., 7 ss.

de adaptação do modelo jurídico originário (espanhol ou português) às exigências de uma burguesia, a qual, também contando sobre uma formação cultural de impostação claramente européia, e, portanto, sendo tributária daquele modelo cultural, é, todavia, buscou a pesquisa de elementos que consentissem de construir uma implementação jurídica caracterizada por algum perfil de originalidade. A operação que, como se dizia, se insere em um contexto cultural mais amplo, levou os juristas, por meio da leitura crítica das fontes, a aprofundar as indicações que lhes eram oferecidas. Não diferentemente daquilo que aconteceu no continente europeu, o nascimento de uma certa cultura jurídica se produziu graças à redescoberta da comum matriz romanística, que proporcionou recuperar à reflexão jurídica institutos tradicionais, como a capacidade e o estado das pessoas, a propriedade, as obrigações, os contratos e assim por diante. O conhecimento de um certo modelo jurídico não se traduziu, portanto, *sic et simpliciter*, em uma afirmação: a assimilação da regra, em outros termos, não se realizou em razão de sua natureza, mas seguiu a lógica interna de um sistema que não recebeu apaticamente o modelo, mas o transformou e o adaptou à própria necessidade.

Neste processo, um papel fundamental foi exercido pelo jurista, cujas escolhas, mesmo se feitas em um plano aparentemente neutro, na realidade, sofreram um condicionamento tanto político quanto econômico. As considerações, que se desenvolveram sobre a participação do jurista na construção do sistema, devem, então, se completar com a observação de que a imagem de um jurista imparcial, se respondendo a um estereotipo consolidado, não leva em conta, todavia, o fato de que a definição de questões dogmáticas escondem, sempre, aquela em que foi definida a seleção "dos participantes do jogo, ... a escolha dos membros da elite" (Monateri).

É, então, evidente o solipsismo que se esconde atrás da impostação weberiana, segundo a qual o direito seria a fonte de uma série de regras operacionais, que são condição necessária para o evoluir pelas relações econômicas¹⁰. Ele remete à imagem de um sistema jurídico feito de regras racionais e não interferente com os campos da política, da economia, da moral ou da religião, que é idéia tanto sugestiva quanto irreal, não menos de quanto seja o pensar de uma regra de direito, de derivação estatal, possa, eficazmente, intervir a controlar uma transação qualquer.

Na América latina, o discurso encontra verificação nos eventos que acompanharam o nascimento de um espaço econômico supranacional comum. A experiência do MERCOSUL – no fundo, o seu fracasso – denuncia a dificuldade de se chegar a uma convergência de regras no campo econômico por causa do alto grau de permeabilidade do direito a lógicas que são econômicas e políticas ao mesmo tempo. A transnacionalidade das relações econômicas e sociais, que evoca o conhecimento que a batida de asas da borboleta da Birmânia, mais cedo ou mais tarde, terminará

¹⁰ Cf. P. STEIN, Legal Evolution: the Story of an Idea, Cambridge-New York, 1980, passim. Para uma análise dos efeitos produzidos pela globalização sobre o direito e sobre os sistemas jurídicos, M.R. FERRARESE, Le istituizioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna, 2000, 18 ss. Uma análise sócio-econômica, pelo contário, foi conduzida por S. LATOUCHE, La transnationalisation, la crise du développement et la fin du Tiers-Monde, in Revue Tiers-Monde, 1988, nº 114, onde o autor sublinha o significado puramente metafórico e abstrato do conceito de soberania econômica, sendo, por definição, transnacional a dinâmica econômica mundial.

por repercutir em qualquer outra parte do mundo, evidencia como nenhum sistema seja autônomo em relação a um outro. No fundo deste tipo de premissa está a observação de que o mercado, dentro do qual nascem direitos que aparecem fundados sobre a lógica do contrato, se comporta como um sujeito autônomo, sede de relações econômicas e políticas, que responde, prevalentemente, a parâmetros de eficiência. Ao esquema privatístico do contrato, que mostra possuir um elevado coeficiente de adaptabilidade e de mutabilidade de direitos, parece confiado, assim, a tarefa de destemperar as diferenças entre os sistemas jurídicos – abrindo a uma abordagem funcionalista, em base a qual a regra jurídica, reagindo a necessidades sociais, tende, inevitavelmente, à convergência¹¹. A variabilidade que este envolve, fruto daquele processo de adaptação de que se dizia, na maioria das vezes esconde um problema de escolhas entre valores ou exigências que possam ser, ao mesmo tempo, razoáveis, mas incompatíveis, e que, inevitavelmente, sugere reconsiderar a incidência das escolhas políticas na construção do dado jurídico.

A transferência de poder ao mercado, que, na acreditada definição conceitual de globalização, delineia-se como corolário necessário de um desenvolvimento, no qual a "nacionalidade econômica" aparece um pouco mais do que uma contingência histórica, uma eventualidade, não suscetível de produzir resultados permanentes, se confrontou, de fato, no caso da experiência latino-americana, com a dificuldade de superar barreiras políticas e econômicas.

O que leva a crer que a relação entre direito e sociedade condiciona a evolução jurídica mais do que se esteja disposto a admitir, definitivamente dando razão à concepção do jurista como sujeito portador de escolhas tendencialmente neutras em relação às exigências sociais.

3. NATUREZA E SIGNIFICADO DE AMBIENTE

Se a tutela do ambiente é exigência advertida em todos os ordenamentos que, deste pono de vista, tendem a assemelhar-se, as diferenças se recuperam no plano conceitual, onde a definição de ambiente se apresenta diretamente influenciada por fatores políticos, culturais e econômicos.

As dificuldades, posta de lado a perspectiva naturalística, que possibilita um conceito unitário de ambiente, se advertem no plano jurídico, onde as tentativas de definição aparecem, não raramente, obstaculizadas por uma abordagem fragmentada e complexa do problema¹². A falta de homogeneidade encontra fundamento de um lado

¹² No nosso ordenamento o esforço de descentralização das políticas ambientais atuou com o d.lgs. de 31 de março de 1998, n. 112, que atribuiu a regiões e entes locais uma série de funções em matéria ambiental

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N° 1 – OUT./DEZ. 2007

O processo de convergência gradual entre diversos sistemas jurídicos se funda na pesquisa de um núcleo comum aos diversos sistemas. A idéia de fundo do "factual approach" é que a diversificação dos sistemas do ponto de vista conceitual deixa em aberto a sua semelhança do ponto de vista do direito efetivamente aplicado, cf. R. SACCO, Un metodo di lavoro nuovo: i seminari di Cornell, in Riv. dir. civ., 1972, 172; M. BUSSANI-U. MATTEI, The Common Core Approach to European Private Law, in Comp. J. Europ. Law, 1997, passim; U. MATTEI-P.G. MONATERI, Introduzione breve al diritto comparato, Padova, 1997, 114 ss. Todavia, observou-se – S.G. FRANKENBERGER, Critical Comparison: Rethinking Comparative Law, in Harv. Int. Law J., 1985, 436 – que "The functional approach runs the risk of simplifying complex reality by assuming that similarity of problems produces similarity of results". Em posição crítica se coloca igualmente P. LEGRAND, European Systems are not Converging, in Int. Comp. Law Q., 1996, 52 ss.

na sobreposição de normas e de competências e, de outro, na pretensão de exaustividade que se apresenta como concatenado relevante de cada intervento que tenha por objeto o ambiente.

A bem ver, apesar dos esforços que se fazem, a definição de ambiente não só não é capaz de se libertar de uma dimensão naturalística, mas não parece nem ao menos concebível fora daquele quadro de multidisciplinariedade e dinamismo que caracteriza toda a matéria, e que torna escassamente relevante, do ponto de vista jurídico, cada tentativa de definição, que é, antes, referente ao *Envirenmental Law*.

A definição de ambiente, contida seja na Lei Brasileira nº 6.938/81, seja na chilena de 9 de março de 1994, nº 19.300, não se furta desta observação, porque antes evidencia como o legislador não saiu de uma lógica descritiva, considerando o ambiente como lugar de organização sistêmica de processos físicos, químicos e biológicos, essenciais para a vida. Não pode escapar, todavia, como a ampla noção que dele fornece a lei, faça pensar em uma ampla tutela, que não só considera os efeitos da atividade humana incidente negativamente no ambiente, mas também as alterações que sejam conseqüências de processos naturais (como inundações, terremotos ou erupções vulcânicas). Neste sentido, a remissão à dimensão processual, nas duas formas de *ação popular ambiental e ação civil pública*, possibilita compreender como a superação da teoria do bem jurídico é acompanhada, também, pela superação de uma visão economicista, e, portanto, antropocêntricamente centrada, do ambiente ¹³.

O afirmar-se no Brasil da categoria de "dano ecológico puro", subtende o difundir-se de uma concepção unitária de ambiente, que o considera o como valor a tutelar, independentemente da possibilidade que este forme objeto de apropriação.

4. O RELEVO CONSTITUCIONAL DO "MEIO AMBIENTE"

A crescente consciência da importância do ambiente, tanto como valor quanto fator que concorre ao desenvolvimento da pessoa humana, encontrou, na Constituição brasileira de 1988, um inequívoco reconhecimento. O art. 225 da Constituição Brasileira, de fato, reconhece a todos o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecendo, ao mesmo tempo, que tanto os poderes públicos quanto a

(art. 51), reservando à competência do Estado as matérias não expressamente previstas. Sobre estes aspectos e também sobre a complexidade da lógica definidora, cf. A. KISS–D. SHELTON, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, 1997, 12. O *British Environmental Protection Act* 1990, por exemplo, define o ambiente à luz das políticas de controle da poluição que devem ser atuadas. Do seu lado, a lei portuguesa sobre o ambiente, Lei de 7 de abril de 1987, nº 11, fornece uma definição integrada que compreende ao lado dos elementos naturais, a referência à bens que sejam conseqüência da atividade do homem. Analogamente, a Convenção de Lugano, de 8 de março de 1983, fornece uma noção jurídica do ambiente que considera os seus componentes bioéticos, não bioéticos, paisagísticos e histórico-artísticos.

¹³ O art. 3°, inciso I, da Lei n° 6.938/81, define o ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Da sua parte o art. 2° da lei chilena define o ambiente como "el sistema global costituido por elementos naturales y artificiales, de naturaleza física, química e biológica, socioculturales, y sus interacciones, em permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existência y desarollo de la vida en sus múltiples manifestaciones". A propósito, ver as considerações de P. MADDALENA, L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare prevista dall'art. 4 della legge 3 agosto 1999, n° 265. nesta Revista 11, 2001, 59 ss.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA Nº 1 – OUT./DEZ. 2007

coletividade têm o poder-dever de agir em sua tutela. A carga revolucionária de tal preceito não se furta à análise do jurista, que, antes, aflora com decisão, dado que o constituinte parece ciente dos riscos para a sobrevivência do ecossistema, que pode conduzir a uma política ambiental incauta¹⁴. Nem por isso se coloca de lado a perspectiva de tutela da pessoa, como demonstra a referência a um ambiente "são" (art. 170 Constituição brasileira; Lei nº 6.938/81; Lei nº 6.803 sobre os critérios de Verificação do Impacto Ambiental) ou "salubre" (art. 2 Constituição Paraguaia), que faz emergir a qualidade da vida como objeto indireto de tutela.

Ela, porém, torna-se só um entre os objetivos a que a norma se predispõe, enquanto a obrigação de reparar o dano causado dá conta de uma evolução ulterior do sistema, que mostra como a tutela do ambiente esteja confiada ao combinado jogo de diversas técnicas de tutela ressarcitórias, preventivas, restituitórias¹⁵.

A ligação ambiente-saúde, assim, longe de ser necessária, se configura como acessória e eventual. Esconde-se, atrás desta concepção, o conhecimento da indiscutível relação do ambiente com a vida e o bem-estar psíquico-físico do homem, que, todavia, não pode ser exasperada, porque, de outro modo, não encontraria justificativa a proteção particular acordada pelo ordenamento em espécie ou zonas protegidas.

No debate sobre a relação entre homem-ambiente, o abandono da concepção individualista se realiza, assim, em vantagem a uma abordagem que faz referência à ética da responsabilidade. A mudança, que é mudança de relevo a conferir à noção de direito do ambiente, influenciou menos aquela tensão que, ao invés, conduziu no nosso ordenamento, doutrina e jurisprudência a individuar nos art. 2-9 e 32 da Constituição, a fonte primária de tutela do ambiente, construindo o direito relativo em termos de direito da personalidade¹⁶. Emerge, por outro, como a experiência brasileira se ponha na vanguarda em relação a outros países (como a Argentina art. 41 e 43 da Constituição de 1994, onde o direito ao ambiente passa por meio do reconhecimento da sua centralidade no desenvolvimento da pessoa) ou a Bolívia, onde também a proteção do ambiente continua a ser confiada ao consolidado

¹⁴ A.H.V. BENJAMIN, *Introdução ao direito ambiental brasileiro*, in *Rev. dir. ambiental*, 1999, 52, que destaca como a "tutela ambiental vem, lentamente, abandonando a rigidez de suas origens antropocêntricas, incorporando uma visão mais ampla, de carácter (*sic*) biocêntrico, ao propor-se amparar a totalidade da vida e suas bases". O art. 225 da Constituição brasileira atribui a "todos" o direito a um ambiente sadio, individuando a lei os sujeitos a quem compete o dever de defender o ambiente.

¹⁵ G. FERREIRA LANFREDO, A objetivação da teoria da responsabilidade civil e seus reflexos nos danos ambientais ou no uso anti-social da propriedade, in Rev. dir. ambiental, 1996, 93.

¹⁶ J. PASSMORE, *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, 1986, 28 ss. Também se concordando com a tese do direito individual ao ambiente, com que os juízes italianos, na Cass. de 6 de outubro de 1979, nº 4172, in *Giur. it.*, 1980, I, 859, sustentaram que o dano ao ambiente se substancia em uma ofensa à pessoa, na sua dimensão individual e social, se observou que esta, no fundo, aparece uma inútil especificação do preceito contido no art. 2º da Constituição, devendo-se olhar à pessoa "na sua unidade e, portanto, na multiplicidade das suas manifestações, como ser e como agir, sem necessitar recorrer toda vez à criação de novas categorias, de novos direitos", assim, P. STANZIONE, *Profili civilistici della tutela ambientale (La legge nº 349/1986)*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1994, 27. Na jurisprudência, o apelo ao ambiente como componente essencial do direito à saúde foi feito, mais recentemente, pela Cass. de 19 de junho de 1996, nº 9837, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1997, 591; Cass. De 24 de maio de 1997, nº 4631, *ivi.* Para uma reconstrução do direito ao ambiente, em chave de direito da personalidade veja-se, entre as tantas, P. Camerino, 5 de maio de 1993, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 858.

mecanismo da responsabilidade civil¹⁷. Mas, também, onde falta uma disciplina específica, a constitucionalização do direito ao ambiente parece delinear uma estratégia de política legislativa, que encontra o seu ponto de referência no conceito de ordem pública ambiental.

5. AÇÃO POPULAR E DEFESA DO AMBIENTE: ASPECTOS COMPARATISTAS

A estreita relação entre o Estado e cidadãos encontra na ação popular um instrumento de grande relevo jurídico, a ponto de que já o jurista Paolo precisava "eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur", a querer sublinhar a conexão de interesses implicada por aquela díade. A idéia de participação, à qual a ação popular remete, se de um lado pressupõe o funcionamento inadequado dos tradicionais instrumentos de administração, de outro, dá conta da existência de uma pluralidade de interesses que fazem dos sujeitos objetivo de uma dada coletividade.

Por outro (e o caso da tutela do ambiente se pode considerar emblemático), a circunstância em que os atos lesivos não se dirigem a sujeitos determinados, torna necessária a adoção de um conceito amplo de interesses e de legitimações a recorrer, do momento em que, no caso contrário, a delimitação das situações subjetivas suscetíveis de tutela, terminaria por obstaculizar mesmo o objetivo que se entendia buscar. A passagem de uma dimensão individual a uma coletiva pressupõe, então, uma ligação entre princípios constitucionais e regras de direito processual, que determinam uma aproximação da realidade social.

No sistema brasileiro, a necessidade de remediar a insuficiência do tradicional instrumentário civilístico, que terminava por institucionalizar um regime de irresponsabilidade, determinou não só a abertura a um sistema de responsabilidade objetiva (art. 14 da *Lei de Política Nacional do Meio Ambiente*), mas também ampliou a esfera dos sujeitos legitimados a agir (art. 5°, *Lei da Ação Civil Pública*, que atribui a legitimação ao *Ministério Público*, a *União*, aos *Estados e Municípios*, assim como às associações constituídas ao menos há um ano e que tenham entre os seus fins o da tutela do ambiente, do consumidor e de outro interesse difuso). Disposições estas, que aparecem dotadas de um caráter revolucionário, não só onde se levem em conta o tipo de tutela que, no nosso ordenamento, oferecia o art. 18 da Lei de 1986, n. 349, mas, outrossim, onde se considere que nem mesmo a Lei de 3 de agosto de 1999, nº 265 – cujo art. 4 também se inscreve na tendência a ampliação da legitimação a agir – preenche as lacunas da normativa precedente¹⁸.

O enquadramento do dano ao ambiente como dano à coletividade se produziu, assim, diretamente por via legislativa, sem, entre outro, conhecer o trabalho que,

¹⁷ Cfr. J. GUZMÁN SANTIESTEBAN, La responsabilidad extracontractual y ley del médio ambiente de la República de Bolivia, nesta Revista, 11, 2001, 45 ss.; G.N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, La responsabilidad civil en la era tecnológica, Buenos Aires, 1998, 131 ss.

¹⁸ Observa P. MADDALENA, *L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare* cit., como a tutela jurisdicional do ambiente espera ainda ser completada seja prevendo a legitimação para agir do PM, seja atribuindo às associações ambientalistas a faculdade de impugnar, diante ao *g.a.* não só os atos dos entes locais, mas também aqueles do Estado, seja reconhecendo a eles a faculdade de fazer valer diante ao *g.o.* o direito ao ressarcimento dos danos que prejudicam ao Estado e às Regiões.

ao contrário, constrangeu a jurisprudência italiana a superar, por via interpretativa, o afastamento entre legitimação processual e legitimação substancial¹⁹. O apelo aos interesses individuais, homogêneos, coletivos e difusos que se encontra na Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação pública de responsabilidade, não encontra comparação na lei portuguesa, que genericamente se refere aos interesses supra-individuais.

E assim, enquanto na Argentina a tutela assume um claro valor residual, como se depreende do art. 43 da Constituição argentina, pode-se observar como, mais em geral, o dos interesses difusos seja tema que encontre reconhecimento neste nível (cf. art. 38 da Constituição do Paraguai, que contém análoga previsão para a tutela dos interesses difusos).

O relevo constitucional que o sistema português concede à ação popular pode se considerar de clara derivação romanística, como demonstra o seu originário articular-se em uma multiplicidade de formas (*Ação popular supletiva*, *Ação popular corretiva e Ação popular penal*), que traduzem o espírito originário do instituto²⁰. Neste âmbito, onde mais do que nunca a efetividade do direito aparece subordinada ao seu exercício concreto, a doutrina portuguesa, acompanhando o enquadramento sistemático dado à *ação popular* da reforma constitucional de 1989, foi envolvida pelo vivaz debate sobre a natureza programática ou preceptiva do art. 52, nº 3, Constituição da República Portuguesa, que confere a "todos pessoalmente ou através de associações" o direito de ação.

À tese da direta aplicabilidade das normas constitucionais, que tornariam irrelevante a presença da lei ordinária, se objetou que existem hipóteses – e a do ambiente é um exemplo – na qual o filtro representado pela lei ordinária silencia a impossibilidade de prescindir de avaliações que são, ao mesmo tempo, políticas, econômicas e institucionais²¹. A exigência de colocar remédio a isto, que se definiu como uma situação de "inconstitucionalidade por omissão", encontrou assim resposta na Lei nº 83/95, que, introduzindo *a ação popular de massas*, não só determinou uma ampliação da legitimação ativa – da qual, porém, resta sempre estranha ao Ministério

 ¹⁹ Cf., Cass., de 12 de fevereiro de 1988, n. 1491, in *Giust. civ.*, 1988, I, 917; Cass. Pen. de 7 de março de 1989, in *Cass. pen.*, 1989, 2050; Cass. pen., de 13 de novembro de 1992, nº 1584. Sobre as dúvidas de legitimidade constitucional levantadas pelo art. 18, nº 1 e 9, da Lei nº 1986/349, cf., as ordenanças de 29 de dezembro de 1988, nº 1162, in *Riv. giur. amb.*, 1990, 265 e de 12 de março de 1990, nº 195, in *Giur. cost.*, 1990, I, 1165.
 20 H.M. GOMES, *Acção popular*, in *Dictonário Jurídico da Administração Pública*, dirigida por J.P. FERNANDES, vol. I, Lisboa, 1990, 61; M.J. DE ARAÚJO TORRES, *A acção popular no direito português*, in *Rev. dir. ambiental*, 1997, 9; B. MARTINS DA CRUZ, *Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas*, in *Rev. dir. ambiental*, 1997, 18 ss.; J.L. DE FREITAS, *A acção popular ao serviço do ambiente*, in *Rev. dir. ambiental*, 1996, 39 ss. O art. 49 da Constituição de 1976 que já reconhecia ao indivíduo, enquanto pertencente a uma coletividade, o direito de agir, foi transferido, sem substanciais modificações, no art. 52, nº 2, da Constituição que, todavia, estende tal direito à defesa do ambiente e do patrimônio cultural.

A natureza preceptiva do ditado constitucional, sustentada por alguns autores, funda-se sobre a consideração de que os princípios neles contidos vinculam não só os poderes públicos, mas da mesma forma, os privados, assim J.M ARAÚJO DE BARROS, *Direito Civil e Ambiente*, in *Textos-Ambiente*, Centro de estudos judiciários, Lisboa, 1994, 227. Pelo contrário, no sentido da necessidade de pensar à mediação da lei ordinária, M.J. DE ARAÚJO TORRES, *A acção popular no direito português*, cit., 12; J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. Direitos Fundamentais*, Coimbra, 1988, 283.

Público – mas sim, de fato, está liberada do limite representado pela necessidade de precisar o fundamento de tal legitimaç \tilde{a} o 22 .

A individuação de sempre mais mecanismos adequados de tutela do ambiente terminou, assim, com o determinar uma verdadeira e própria superação daqueles esquemas consolidados de referências, representados pelas ações para a tutela de interesses coletivos ou difusos. Em tal sentido, o reconhecimento da legitimação originária do *grupo organizado* (as associações) prescinde da existência de um direito ou de um interesse, por ter fonte em uma norma específica que lhe atribui²³.

De outra parte, em uma ótica comparatista, a *ação popular* do ordenamento brasileiro pareceria integrar, no sistema jurisprocessualista italiano, uma hipótese de substituição, concedendo agir em nome próprio, para fazer valer um direito alheio. A bem da verdade, aqui como lá, um direito aos fins do sujeito autor poderia também se encontrar, enquanto se considere que à base deste "fazer valer em nome próprio um direito alheio" exista, também, sempre um direito; e, portanto, não um direito alheio faz valer o substituto, mas um direito próprio, como qualquer outro legitimado. Isto, se o que o diferencia da hipótese geral, é que o próprio direito está ligado a uma relação da qual o agente não é sujeito, ao menos diretamente²⁴.

Nesta lógica, as questões sobre o fundamento da legitimação e sobre o enquadramento processualístico do instrumento da ação em exame terminam perdendo o significado. E não parece casual que, também, os legisladores continentais tenham mostrado uma decisão a favor de mecanismos que, em uma superação da contraposição formal entre substituição e representação processual, consentem realizar, de fato, uma tutela mais eficaz de interesses, cuja proteção se entenda inadequada.

Se se considerem, os testemunhos do assim dito *trend*, dois interventos normativos do Legislador francês (Lei 23 de junho de 1989 e de 8 de agosto de 1994) na esteira dos quais se ampliou *às associations agrées d'investisseurs*, voltadas à

²² As razões da legitimação foram individuadas na titularidade do direito controvertido. O fato que o autor, no entanto, possa agir enquanto titular do direito, implica que aja em tutela de um interesse próprio, porém não exclusivo. Que a outros tragam benefício da ação é uma conseqüência de fato, que o interesse se radica em todo o grupo. Neste sentido, o interesse de agir se radicaria ao fim das associações, fazendo pensar em uma forma de co-titularidade, que pressupõe a existência de um direito lesado e de cuja violação se faria em cargo a associação, a qual operaria como representante de todos os interesses individuais. Pelo contrário, nos é perguntado se a subjetivação do interesse coletivo não esteja em grau de oferecer uma resposta mais satisfatória, porém, se deva reconhecer que o mecanismo da substituição processual, de fato, impede ao sujeito lesado da atividade poluidora de propor qualquer nova ação, cf., J.L. DE FREITAS, A acção popular ao serviço do ambiente cit., 38.

²³ Nem a lei em exame, que se conhecida por ter sido a primeira a disciplinar organicamente a ação popular está isenta de críticas. A extensão do julgado (art. 19), salvo nos casos de "insuficiência de provas", ou aonde a sentença se funde em motivações que atendam ao caso em espécie, impede, de fato, ao terceiro de propor, também no caso de sentença desfavorável, uma nova demanda, tendo o mesmo objeto, com a conseqüência de incidir negativamente sobre o direito de propor ação. O art. 19 da Lei nº 83 de 31 de agosto de 1995, estabelece que: "As sentenças transitada em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções civeis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação".

²⁴ Neste sentido, A. ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 961.

defesa da poupança em geral, a legitimação a dirigir a ação social de responsabilidade; e, isto é, também enquanto tais associações não contem entre os seus associados acionistas da sociedade contra a qual a ação é dirigida²⁵.

Ainda mais significativa é a experiência norte-americana, onde, também, além das class actions, o sistema do private enforcement é chamado sempre mais frequentemente a integrar a tutela de interesses cujos titulares sejam dificilmente individuáveis ou mostrem escassa propensão a ativar os remédios judiciais. A influência das class action (sic) em tema de acão popular é evidente, embora se deva observar como o modelo foi, depois, adaptado às diversas exigências do sistema. Se for verdade que, ao menos formalmente, o juiz americano não pode entrar no mérito do complaint, porém, é também verdade que o princípio da fairly and adequately representation oferece a ele a chave para avaliar a presença, no autor, da vontade e capacidade de representar em juízo os interesses lesados. Princípio este que não vigora no Brasil, onde o juiz, realmente, não efetua nenhuma avaliação do mérito, limitando-se a uma mera verificação dos pressupostos formais.

Isto aparece demonstrar como, aonde exigências de justiça substancial o exigem, os ordenamentos são capazes de renunciar à própria coerência intrínseca, desligando a legitimação para agir, da titularidade do direito lesado e estendendo-a a sujeitos aos quais - mais ou menos diretamente - mereçam um interesse na situação jurídica lesada.

6. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO AMBIENTE

A tendência a individuar regras jurídicas fortes em tutela de bens que, primeiro, apareciam ao alcance de qualquer um que quisesse apropriar-se, encontra, nas normas em tema de propriedade e de relação de vizinhança, um instrumento de tutela somente indireto e residual.

O problema, a bem ver, se situa na encruzilhada de uma reflexão que impõe ao jurista de reconsiderar a função da propriedade, pois não há dúvida de que qualquer intervenção no ambiente se substancia, em definitivo, na intervenção sobre esta. O hiato entre uma doutrina, que se mostra sensível a revisitar o esquema clássico dado pelo Code Napoléon, e uma jurisprudência que, ao contrário, se mantém rigorosamente ligada às disposições contidas no código civil, parece gerar-se pela maior propensão da doutrina a levar a diante uma leitura "constitucionalizada" do direito civil, de quanto não o sejam os juízes, mais sensíveis, de sua parte, a estratégias políticas²⁶.

O apelo à função social da propriedade, que não se conota somente como limite, e, portanto, em sentido negativo, mas, implicando um uso dos bens em vantagem da

²⁵ Sustentou-se que a legitimação à ação deriva de um mandato, e do simples fato de que a sociedade apela ao erário, cf. Y. GUYON, Droit des affaires, Paris, 1994, 480 e ss. Nem a referência ao direito das sociedades deve aparecer imprópria, se é verdade que também o legislador italiano optou recentemente por um alargamento da legitimação ativa em matéria de responsabilidade dos administradores (art. 129, T.U. della Finanza d.lgs. 58/98).

²⁶ Neste sentido, cf. A.H.V.BENJAMIN, Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legale (sic) das áreas de preservação permanente, in Rer. dir. ambiental, 1996, 52 ss, que evidencia a tendência de indenizar os sujeitos que vivem em áreas de proteção quando eles vejam limitado o seu poder de gozo.

coletividade, não raramente se transforma em um *facere*, é, então, importante, e vale a se dar conta, por um lado, da inexistência de uma noção geralmente válida de propriedade e, por outro, da necessidade de dar entrada a valores que estejam fundamentados no desenvolvimento da pessoa humana.

Aquele conjunto de faculdades, limites, obrigações, que constituem a estrutura da situação subjetiva proprietária, adquirem, na perspectiva do ordenamento brasileiro, um valor não só econômico-social, mas também, mais especificamente, ecológico, como evidencia o art. 170 Constituição Brasileira, que discorre sobre a "função ambiental da propriedade". A tarefa de resolver a perene tensão, entre as exigências econômicas da produção e a necessidade de alterar não além do devido equilíbrio natural, permanece, assim, confiada ao combinado jogo de leis ordinárias e de mecanismos repressivos, como o da expropriação sancionadora do art. 184 da Constituição Brasileira²8. De outra parte, se é verdade que a ligação entre função social da propriedade e ambiente é forte na Constituição Brasileira, é também verdade que a colombiana, de 1991, vai mais além, não hesitando em estabelecer, em uma norma que abre à tutela do ambiente, que a propriedade "é" função, e, enquanto tal, obriga.

Não obstante tudo, o sistema dos limites internos ao direito de propriedade esforça-se a encontrar espaço em matéria de danos ao ambiente, seja a causa de idiossincrasias interpretativas, seja porque parece considerar só conflitos entre propriedades vizinhas. A bem ver, de fato, a contigüidade entre terrenos exerce a função de pressuposto para a aplicação da norma (cf. art. 554 Código Civil Brasileiro, que discorre sobre *propriedade vizinha*), também enquanto se liberta de limites físicos, para assumir o significado de contigüidade ambiental, interioriza as externalidades negativas só em uma razão muito circunscrita.

A falta de apelo à fórmula de Jhering da normal tolerabilidade (§ 906 BGB), não impediu aos intérpretes aquela flexibilidade interpretativa, que é subtendida à lógica do balanço dos interesses em jogo, nem vetou à doutrina de se livrar progressivamente de um conceito de normalidade no uso da propriedade que haveria terminado, se levado as suas extremas conseqüências, com o determinar "ao sacrifício ad eternum de qualidade de vida".

As normas em matéria de relação de vizinhança tornam-se, nesta ótica, o exemplo evidente da necessária mudança de hermenêutica jurídica, e da relatividade e historicidade do conceito de propriedade, assim como aquele de "uso normal" e de dano. Em tal sentido, é interessante observar como o debate sobre a possibilidade de valer-se das normas em tutela de relações de vizinhança tenha seguido um percurso paralelo ao do velho continente. Em ambos os casos, a irrelevância do perfil subjetivo, em vantagem de uma mera situação de fato, induziu uma parte da doutrina a entender que, atrás do

²⁷ R. CARDOSO BRASILEIRO BORGES, Função ambiental da propriedade, cit., 69, que destaca como não existe nenhum contraste entre direito de propriedade e a sua função ambiental.

 ²⁸ Cf., J.A. DA SILVA, Direito ambiental constitucional, São Paulo, 1994, 154; G. FERREIRA LANFREDI, A objetivação da teoria da responsabilidade civil, cit., 94.
 ²⁹ Cf., A.H.V. BENJAMIN, A responsabilidade civil pelo dano ambiental, no direito brasileiro e as lições

²⁹ Cf., A.H.V. BENJAMIN, A responsabilidade civil pelo dano ambiental, no direito brasileiro e as lições do direito comparado, in Roma e America, 1998, 136; R. CARDOZO BRASILEIRO BORGES, Função ambiental da propriedade, in Rev. dir. ambiental, 1998, 68.

recurso às normas em matéria de imissão, se esconde uma forma de objetivação da responsabilidade³⁰. Pense-se, por exemplo, no art. 2000 do Código Civil paraguaio, que, no proibir os atos feitos "*em detrimento de la propriedad de los vecinos*", abre a uma avaliação que não parece atribuir relevo algum à atitude subjetiva do agente.

Não escapou, porém, como o tipo de tutela oferecida, seja de tipo individualista e pressuponha um conflito entre sujeito, que pela natureza e pelo modo de produzir-se o dano, não é sempre fácil individuar. Nem se subtrai à reflexão a fraqueza institucional de um tal instrumento, e, portanto, a sua residualidade na tutela do ambiente, como destaca a prática, assim dita, "monetarização" das imissões que, passando por meio de uma lógica contratual, torna-as, não obstante seu caráter danoso, juridicamente lícitas. O uso das normas em tutela de relações de vizinhança parece, então, passar através por uma adequação à realidade, que mostra, como ao lado a danos que lesam o direito do titular, possam existir danos que dizem respeito a um grupo de pessoas mais ou menos extenso, não só danos que digam respeito ao ambiente enquanto tal.

A evolução do sistema argentino é, neste sentido, indicativa. O art. 2619 do Código Civil, reconhecendo "a todos" a possibilidade de fazer valer o dano de imissão *ex* art. 2618, a prescindir da existência de um interesse imediato, consente ao uso, em seu esquema essencial, da disciplina em tema de imissão, que, portanto, se transforma em um instrumento de tutela de interesses difusos³¹. A tutela do ambiente levanta, então, um problema de articulação das regras e do seu compor-se, que podem transformar-se em um adequado instrumento de tutela de interesses, bens e valores.

7. A RECONSIDERAÇÃO DA FUNÇÃO CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As dificuldades teóricas que se interpõem à utilização do esquema clássico da responsabilidade civil se resumem, portanto, na complexidade, por um lado, de individuar o sujeito causador do dano, e, por outro, de determinar tanto a natureza do dano quanto o nexo causal, e isto em querer silenciar o fato de que os termos de prescrição da ação extracontratual não se conciliem com uma tipologia dos danos que possam verificar-se, também, muito tempo depois, ou que, absolutamente, são conseqüência de mais condutas, também não funcionalmente ligadas. Diante de tais obstáculos, as soluções elaboradas pelos particulares ordenamentos variam, de modo

³⁰ Cf., P. PERLINGIERI, *Problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1982, 200, que precisa como a intenção de prejudicar, que a jurisprudência coloca como fundamento dos atos competitivos, acaba por subordinar a aplicação do art. 833 do CC, de um aspecto subjetivo, onde a norma requer exclusivamente um fato material, com a conseqüência de compreender responsável o titular do direito também quando "o ato foi feito pelo proprietário não só sem a intenção de prejudicar mas absolutamente por erro". No nosso ordenamento, a ligação entre o art. 844 do CC e o art. 32 da Constituição, consentiu a uma parte da jurisprudência e da doutrina interpretar a norma em chave de tutela dos direitos da pessoa. Se é assim, compreendido que o art. 844 do CC, por força de uma interpretação evolutiva, pode ser utilizado como instrumento privado de tutela do ambiente, cf., S. PATTI, *Ambiente (Tutela dell) nel diritto civile*, in *Dig. IV*, Sez. Civ., vol. I, Torino, 1993, 291; G. VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto aliá salute nella giurisprudenza e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 257. Na jurisprudência, cf., T. ORVIETO, 14 de abril de 1997, in *Rass. giur. umbra*, 1997, 343; App. Milano 17 de julho de 1992, in *Arch. locaz.*, 1993, 496; Trib. Biella, 16 de setembro de 1989, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1191.

que o discrimen só aparentemente se funda a tutela do ambiente sobre a existência ao menos de uma normativa especial.

Nos casos em que, a objetivação de um regime de responsabilidade por danos ao ambiente é consagrada em uma lei apropriada (assim no Brasil, o art. 14 da Lei nº 6.938/81), o nascimento de uma categoria jurídica nova, a de dano ambiental, passou por de uma individuação de um sistema especial de responsabilidade, que se coloca ao lado do tradicional, fundado na culpa (art. 159, Código Civil). Todavia, nem sempre a lei tem a função de introduzir um regime especial, como mostra a experiência chilena, onde o critério da culpa (art. 51, Ley 19.300/94), que continua a ser a regra, é atenuado pela presença de diversas disciplinas de setores, os quais, por sua vez, oferecem um quadro, ou antes, diferenciado de soluções, pondo o intérprete diante do problema de estabelecer qual seja a lex specialis³².

Só aparentemente se pode dizer, porém, que a solução chilena ofereça um esquema formado por uma cláusula geral, seguida de disposições que impõem um nível de responsabilidade mais grave, sobre a pauta do modelo oferecido pelo Code Napoléon. Antes, a escassa propensão a recorrer ao mecanismo presumido, evidencia como (exceto para os danos ao ambiente marinho), é extraída da intenção do legislador chileno a vontade de valer-se de um diverso sistema de distribuição do ônus da prova.

Nas hipóteses, vice-versa, em que falta totalmente uma lei especial, a referência é às regras em tema de responsabilidade civil, embora aqui o coeficiente de adaptação do direito comum seja o resultado de uma atividade interpretativa, faz assumir ao sistema uma conotação autônoma em respeito ao modelo tradicional. As consequências desta impostação se advertem, sobretudo, sobre o terreno causal, onde o problema de prova do nexo etiológico acaba transformando-se em um problema de prova do dano, que justifica o recurso a presunções, inversões do ônus da prova ou às teorias em tema de causalidade alternativa, cumulativa, etc., que não são outra coisa do que tentativas de atenuar o rigor da causalidade adequada³³. Aonde isto se verificou, como no caso do art. 52 da Lei chilena nº 19.300/1994, a recepção de regras que agravam a responsabilidade parece ter sido facilitada mais pelos precedentes romanísticos em tema de quasi-delicta, de quanto não lhe tenha sido dada a atenção que a doutrina francesa dedicou ao mecanismo das presunções de culpa. No caso do Paraguai e da Argentina, por exemplo, para explicar o ressarcimento dos danos ao ambiente (e no caso do Paraguai, também os morais), a doutrina não hesitou, não obstante os problemas levantados pela prova do nexo causal e pela brevidade dos termos ordinários de prescrição, em recorrer à teoria do risco da empresa³⁴.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N' 1 – OUT./DEZ. 2007

³² A Ley sobre Bases generales del Medio Ambiente estabelece ao art. 51 com uma fórmula que ecoa aquela prevista no art. 2329 do Código Civil "Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, respondrá del mismo en conformidad a la presente ley".

33 P. BAUMANN, Die Haftung Umweltschäden aus zivilrecht Sicht, in Jur. Schulung, 1989 437; B. MARTINS

DA CRUZ, Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas, in Jur. Schulung, 1997, 33. A atenuação do rigor da causalidade adequada, que se estende até abrir ao critério da equivalência das condições, mostra assim como o problema não se coloca em termos de prova do nexo causal. ³⁴ Cf., B. RÍOS ÁVALOS, *Responsabilidad civil por dano ambiental*, nesta Revista 11, 2001, 21 ss.; G.N.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, La responsabilidad civil cit., 131 ss. Sobre o risco da empresa, que se pode entender como um dos critérios de imputação da responsabilidade, cf., na vasta literatura,

Em ambos os casos, se pode observar como foi a presença de uma norma constitucional (art. 8 da Constituição do Paraguai; arts. 41 e 42 da Constituição da Argentina), em tutela do ambiente a facilitar o emergir de uma noção de dano ambiental, que se constrói essencialmente nos termos de dano à pessoa. E, todavia, a dimensão política do direito reaparece no apelo ao conceito de gravidade dos danos previstos no art. 47 da Constituição oriental do Uruguai, ou àquele "menoscabo significativo" previsto no art. 2º da lei chilena, que, atenuando a amplitude da tutela, põe o problema de ver a quem cabe realizar a valoração e com quais limites.

A diversa consideração do ambiente, que emerge das soluções adotadas, torna evidente como a disciplina jurídica da gestão de alocação dos recursos dependa de duas variáveis, representadas, a primeira, pelas estratégias de desenvolvimento presentes em cada economia, e, a segunda, pelas mudanças da estrutura econômica. Além disso, sem chegar a configurar um direito da personalidade, o ordenamento público ambiental torna-se, portanto, um importante critério hermenêutico para sancionar aquelas atividades que sejam fontes de dano.

Neste sentido, seja antes ligada aos pressupostos clássicos da responsabilidade civil, a lei chilena parece delinear, ao lado de um conceito de ambiente como ecossistema, um que diz respeito aos danos relativos à contaminação dos solos, embora continuem a radicar a legitimação de agir em um "daño o prejuicio" (art. 54), exceto para o Estado e as municipalidades, sujeitos compreendidos como portadores de um interesse público.

Por vezes, todavia, o legislador se estende além, chegando a prever uma acción ambiental (art. 55 da Lei chilena 19.300/94; art. 41 da Constituição da Argentina; art. 8 da Constituição do Paraguai, art. 225 da Constituição Brasileira) tendo por objeto a restauração do meio ambiente e, onde não seja possível, a utilização de técnicas alternativas finalizadas, analogamente à previsão contida no Libro Bianco, à introdução de recursos qualitativamente equivalentes aos destruídos³⁵. O diverso tipo de regulamentação se reflete, pois, no fato de que enquanto no Brasil sujeito lesado pode tanto ser a pessoa física ou jurídica, quanto o ambiente, em outras experiências maior é a força atrativa exercitada pela presença de um interesse de agir³⁶. Em um modo ou em outro, portanto, adverte-se a necessidade de reforçar a tutela do indivíduo a partir do coletivo e, no fundo, a exigência de selar a passagem de uma função sancionadora a uma preventiva e, de um mecanismo de ressarcimento ligado à valoração econômica do dano a um que privilegie, nos limites do possível, os interventos voltados a restaurar o estado dos lugares.

P. TRIMARCHI, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961; S. RODOTÀ, Il problema della responsabilità civile, Milano, 1967; F.D. BUSNELLI, Nuove frontiere delle responsabilità civile, in Jus, 1976, 41 ss. Neste contexto, sobre a ressarcimento do dano moral e sobre a necessidade de uma valoração à luz de um critério equitativo, B. MARTINS DA CRUZ, Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas, cit., 20 ss.

R. VALENZUELA FUENZALIDA, Responsabilidade civil por dano ambiental en la legislación chilena, nesta Revista 11, 2001, 3 ss. O art. 55 da Ley 19.3000/1994 prevê uma ação de tutela ambiental que pode obrigar o agente do dano a reconduzir o ambiente a uma "calidad similar a la que tenían con anterioridad al dano causado o, en caso de no ser ello possible, restablecer sua propriedades básicas".

³⁶ Para a experiência brasileira, cf. AFONSO DA SILVA, *Direito ambiental*, cit., 218.

8. AS POLÍTICAS COMUNITÁRIAS E AS EXIGÊNCIAS DE HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA: MERCOSUL E UE

Em termos de estratégias político-econômicas, a relação entre desenvolvimento, pobreza e tutela do ambiente, é relação que subtende uma conflitividade inata. A tutela do ambiente, em uma perspectiva de mercado, representa, de fato, pouco mais do que um obstáculo ao desenvolvimento econômico, um ônus que as empresas são obrigadas a internalizar, sujeitando-se a standard sempre mais rigorosos de controle de técnicas de produção. O conceito de sustentabilidade do desenvolvimento, também se abrindo a uma ética da responsabilidade fundada no reconhecimento de interesses econômico-sociais comuns, que eventuais danos ao ambiente poderiam comprometer, não se distancia de uma dimensão econômica, onde, para ser sustentável, parece ser só o custo do desenvolvimento e não o do ambiente³⁷

A bem ver, a insuficiência do parâmetro proposto é para relacionar ao fato de que, por um lado, não é possível considerar um desenvolvimento separado de uma dimensão econômica e, por outro, de que o ambiente se coloca fora da lógica das transações comerciais. O objetivo do desenvolvimento sustentável, que, a partir da Conferência do Rio de 1992, tornou-se etapa fundamental tanto da integração européia (art. 2, AUE), quanto da latino-americana, não consegue, assim, liberar-se de uma boa dose do caráter programático que se faz manifesto, enquanto se colocam no mesmo plano ambiente, desenvolvimento econômico e desenvolvimento social³⁸. Nesta ótica o mesmo princípio da prevenção dos danos, que antecipa o momento da tutela do ambiente, parece ser de todo inadequado, porque nada diz sobre os critérios para valorar "a aceitabilidade do risco" e sobre os sujeitos destinados a efetuar tais valorações.

Também na ótica da cooperação compreende-se, então, como problemas de caráter econômico, juntamente à deficiência institucional do MERCOSUL e à falta de instrumentos legislativos adequados, tenham tornado extremamente complexa uma obra de harmonização que, enquanto se produziu, aparece o êxito de uma aproximação espontânea das legislações como os casos de Argentina, Brasil, Paraguai etc., seja também com as devidas diferenças, estão a demonstrar, mais do que a conseqüência de um responsável processo de harmonização³⁹. Nem a ausência, no Tratado de Assunção - que tem uma dimensão econômica e só indiretamente considera o ambiente – de um empenho específico dos Países da União, deve-se entender que tenha representado um sério obstáculo, como demonstra o fato de que a deficiente tutela oferece pelo art. 36 do Tratado de Roma (que admitia, ainda que também de maneira residual, o recurso a limitações e proibições quando fosse necessário garantir

³⁷ F. WEISS, The GATT 1994, Environmental Sustainability of Trade or Environmental Protection Sustainable by Trade, in AA. VV., Sustainable development and good governance, Dordrecht, 1995, 389 ss; B. MARTINS DA CRUZ, Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas, cit., 28.

³⁸ Contra, S. MARCHISIO, Integrazione regionale, tutela del'ambiente e sviluppo sostenibile, cit., 234. ³⁹ G.M. DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Dano Ambiental, nesta Revista 11, 2001, 29; S. MARCHISIO, Integrazione regionale, tutela dell'ambiente e sviluppo sostenible, nesta Revista 4, 1997, 228; M.T. INFANTE CAFFI, Procesos de integración y proteción del medio ambiente: el caso del Mercosur, nesta Revista 4, 1997, 215.

a saúde e a vida dos cidadãos da comunidade) não tem de qualquer modo impedido a adoção, mediante o recurso aos arts. 100 e 235 do Tratado, de medidas adequadas em tutela do ambiente. Não escapa, de outro lado, como a escassa incisividade das políticas ambientais – por quanto concerne ao MERSOUL – esteja a relacionar à falta de um lado, de instrumentos normativos vinculantes e, pelo outro, de órgãos com poderes análogos aos da Corte de Justiça Européia ou da Comissão.

De outra parte, a extrema flexibilidade das normas do Tratado de Maastricht se colocou, não raramente, na origem de incertezas ou de contrastes normativos, como o relativo à escolha da base jurídica da Dir. 91/156/CEE em matéria de dejetos, contrastes que não são só interpretativos, mas que envolvem a própria natureza do procedimento, pois, enquanto em um caso o Conselho delibera a por maioria sobre o procedimento de cooperação (ar. 95, *ex* art. 100 A do Tratado), no outro (art. 175, *ex* 130 S) depois de prévia consulta ao Parlamento, o Conselho decide por unanimidade⁴⁰. Pelo contrário, o poder do Grupo de Mercado Comum, de nomear uma série de Comissões (ou Subgrupo), que parece ter vindo ao menos com a criação do *Grupo de Medio Ambiente* (REMA) acaba com o esmigalhar as competências em matéria de competências setoriais.

Nem por isto se deve compreender que o maior intervento da União Européia tenha determinado um nível satisfatório de harmonização em tema de tutela ambiental. A ausência, nos ordenamentos particulares europeus, de soluções análogas, seja na escolha do objeto de tutela, ou nos critérios de imputação do ilícito ambiental, conduziu, de fato, à apresentação de um *Libro Bianco*, cujo objetivo é a criação de um regime de responsabilidade, dotado de "coerência estrutural e homogeneidade funcional", que deveria se articular sob dois níveis, sustentando à responsabilidade objetiva, por atividades periculosas, um regime de responsabilidade por culpa, no caso de o dano ser ocasionado por uma atividade intrinsecamente não periculosa⁴¹.

⁴⁰ O contraste interpretativo que deu origem à dir. 91/156/CEE diz respeito à base normativa da diretiva que, para a Comissão, devia se considerar o art. 100 A do Tratado, enquanto o Conselho compreendia que a diretiva se fundasse sobre o art. 130 S. Nesta ocasião, a Corte também precisando que os dejetos, não importa se industriais ou domésticos, são sempre produzidos, preferia o enquadramento normativo fundado sobre o art. 130 S, já que, observaram os juízes "a diretiva visa, principalmente, a assegurar, no intento de proteger o ambiente, a eficácia da gestão dos dejetos na Comunidade, independentemente da origem, e tem só acessoriamente efeitos sobre as condições da concorrência e das transações", cf. sentença de 17 de março de 1993, C-155/91, Commissione c. Consigllio, in P. MENGOZZI, *Casi e materiali di diritto comunitario*, Padova, 1994, 653. Diversas, porém, foram as conclusões tomadas na Corte di Giustizia, em 11 de junho de 1991, C-300/89, Commissione c. Consiglio., in *Racc*. 1991, p. I-2867, quando os juízes resolveram o contraste interpretativo compreendendo que uma ação voltada a eliminar os resíduos de bióxido de titânio, produzidos pela indústria, tendo o "escopo de eliminar as distorções de concorrência neste setor, é tal a contribuir para a realizacão do mercado interno e volta, por isso, na esfera de aplicacão

do art. 100 a, disposição particularmente adequada aos fins de complementação do mercado interno".

41 Assim, literalmente, P. DELL'ANNO, Il danno ambientale ed i criteri di imputazione della responsabilità, in Riv. giur. amb., 2000, 12. Na realidade, tal instrumento, se comporta um maior benefício em termos de custos, para os operadores econômicos, sacrifica, pela sua elasticidade, exatamente a tutela do ambiente, enquanto a elaboração de uma diretiva consentiria "o êxito daquele grau de coercibilidade dos resultados que se querem obter em nível comunitário", B. POZZO, Verso una responsabilità civile per i danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Biano della Commissione delle Comunità Europee, in Riv. giur. amb., 2000, 664.