

A caminho do Estado Ambiental?*

A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica

Prof. Dr. Michael Kloepfer

ABREVIATURAS (títulos de revistas que aparecem nas notas de rodapé; a primeira ocorrência está por extenso na nota):

| | | | |
|----------|--|----------|---|
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts | SRU | Sachverständigenrat für Umweltfragen |
| AZP | Allgemeine Zeitschrift für Philosophie | UPR | Umwelt- und Planungsrecht |
| BayVBl | Bayerische Verwaltungsblätter | UTR | Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung | VerwArch | Das Verwaltungsarchiv |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt | VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer |
| JöR N.F. | Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge | WiVerw | Wirtschaft und Verwaltung |
| JZ | Juristenzeitung | ZfU | Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht |
| KJ | Kritische Justiz | ZG | Zeitschrift für Gesetzgebung |
| NuR | Natur und Recht | ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| NVwZ | Neue Verwaltungsrecht-Zeitung | | |
| NWVBl. | Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter | | |

SUMÁRIO:

| | |
|--|----|
| I. Introdução..... | 2 |
| II. O conceito “Estado ambiental”..... | 6 |
| III. Sobre a compreensão atual do papel do Estado na proteção do meio ambiente: de tarefa do Estado para dever do Estado?..... | 7 |
| 1. A proteção do meio ambiente como tarefa do Estado..... | 7 |
| 2. A proteção do ambiente como dever do Estado?..... | 8 |
| 3. Determinação da tarefa estatal de “proteção do ambiente” na Constituição..... | 13 |
| 4. Aspectos problemáticos do direito constitucional ambiental..... | 14 |
| (a) Obrigatoriedade ambiental dos direitos fundamentais?..... | 15 |
| (b) Alteração da ordem federativa..... | 15 |
| (c) Modificação dos requisitos relativos à democracia e ao Estado de direito?..... | 16 |
| IV. Sobre a política de proteção do meio ambiente praticada até o momento..... | 17 |
| 1. Análise da política para o meio ambiente praticada até o momento..... | 17 |
| 2. Possíveis novos instrumentos..... | 18 |

* O presente texto apareceu em 1989: Auf dem Weg zum Umweltstaat? Die Umgestaltung des politischen und wirtschaftlichen Systems der Bundesrepublik Deutschland durch den Umweltschutz aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), Umweltstaat, Berlin, Heidelberg, 39-62, sendo atualizado pelo autor em 2008 a pedido do Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, a tradução é de Carlos Alberto Molinaro, Doutor em Direito, Professor da PUCRS. As notas do tradutor aparecem no texto devidamente referenciadas pelo signo do “asterisco”, ademais algum acréscimo no corpo do texto, seja explicativo, seja na identificação do original em alemão estão marcadas pelo uso de “colchetes”.

| | |
|--|----|
| (a) Codificação do direito ambiental num Código ambiental* | 19 |
| (b) Introdução de um teste de compatibilidade ambiental para projetos relevantes ao meio ambiente | 21 |
| (c) Introdução da ação processual coletiva, melhoria do direito de vistas em autos (ambientais), bem como a ampliação da possibilidades de cooperação por parte dos cidadãos | 22 |
| (d) Incorporação dos custos ambientais no cálculo total da economia nacional, inclusão dos interesses ecológicos na determinação do balanço geral da economia | 23 |
| (e) “Reforma tributária ecológica” | 23 |
| (f) Desenvolvimento do direito do planejamento ambiental no sentido de um “plano diretor abrangente, específico para o meio ambiente” | 24 |
| (g) Endurecimento do direito de responsabilidade ambiental (<i>Umwelthaftungsrechts</i>) | 24 |
| 3. Crítica fundamental à política de proteção do meio ambiente praticada até o momento | 25 |
| (a) Crítica socialista ao sistema | 26 |
| (b) A tese do fracasso do Estado | 26 |
| (c) A crítica nos termos da economia de mercado | 27 |
| 4. Síntese | 27 |
| V. Que aparência poderia ter o futuro Estado ecologicamente orientado? | 28 |
| 1. Soluções globais | 28 |
| (a) Governo mundial | 28 |
| (b) Demais modelos | 29 |
| 2. Soluções estatais individuais | 30 |
| (a) Modelos de Estado totalitários | 30 |
| (b) Perda furtiva da liberdade? | 31 |
| (c) “Societarização”(Vergesellschaftung) da proteção do meio ambiente como contramedida | 32 |
| O princípio da economia de mercado | 33 |
| O viés “alternativo” | 35 |
| Desregulamentação, etc. | 35 |
| (d) O Estado ambiental “cooperativo” | 36 |
| VI. Perspectiva | 37 |

I. Introdução

Na atual situação ambiental, a clássica teoria dos três elementos do Estado teria se tornado demasiado estreita? Um Estado apto a subsistir precisa hoje de mais do que um povo, um poder e um território estatal. Ele necessita de um meio ambiente no e em torno do seu território que não ponha em risco a continuidade de sua existência.

Por essa razão, dificilmente alguém se admira do fato de a proteção ao meio ambiente ganhar hoje relevância cada vez maior não só nos programas de todos os partidos com representação no *Bundestag* [Parlamento alemão],¹ mas também nos pronunciamentos das

* Infelizmente, no início da legislatura de 2009 o rompimento da coligação CDU, especialmente CSU e SPD (evidentemente por interesses partidários na ascensão ao Poder) levou ao fracasso da edição do projeto de Código Ambiental, apesar das intensas consultas entre os Ministérios Federais, os Estados federados e os grupos de interesses em causa – entre eles, a indústria e ONGs ambientalistas - não foi possível chegar a um consenso. O Ministério do Meio Ambiente alemão está agora a tentar transferir a regulamentação prevista nos Livros I-IV relativas à água, proteção da natureza e proteção contra as radiações para leis gerais a serem editadas no curso do processo parlamentar. No início de Fevereiro de 2009, o Ministério já iniciou a coordenação interministerial sobre estas leis. Após a conclusão dessas medidas legislativas imediatas, a legislação ambiental deve continuar a ser desenvolvida com base em leis individuais para enfrentar os desafios atuais da proteção ambiental. No entanto, a ausência de um código ambiental como a base e enquadramento da legislação ambiental fará este trabalho mais difícil. (N. Trad.)

¹ Os programas dos partidos com representação no *Bundestag* são analisados por B. M. MALUNAT, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (Suplemento do semanário *Das Parlament*), B 29/87, p. 30ss.

igrejas, da indústria e dos sindicatos, nem do fato de as iniciativas de sociedade civil visando a proteger o meio ambiente jamais terem sido tão numerosas. Isso se deve sobretudo a uma consciência ambiental consideravelmente crescente – inclusive devido à ação informativa do Estado –, o que se reflete de muitas maneiras no engajamento dos cidadãos que tem como motivação a proteção do meio ambiente. Ainda assim, não se deve superestimar o consenso ecológico da sociedade documentado dessa forma, já que, num exame mais detido, as concepções individuais quanto à amplitude necessária e à configuração concreta da proteção do meio ambiente divergem amplamente.

Paralelamente a essa maior consciência da sociedade quanto ao meio ambiente modificou-se também a postura em relação ao Estado. As atividades sociais em matéria de proteção do meio ambiente visam de modo crescente a forçar, influenciar ou acelerar a ação do Estado nessa esfera. O conjunto da sociedade, cada vez mais, espera do Estado medidas de assegurar duradoura das bases naturais da vida.

O Estado tentou vir ao encontro dessa expectativa, a partir do programa do governo federal para o meio ambiente do ano de 1971, por meio da organização de ministérios para o meio ambiente, através da edição de um grande número de regulamentações legais e, em conexão com isso, de uma ampliação das administrações voltadas para o meio ambiente, bem como, de um investimento cada vez maior na esfera ambiental. No final do verão de 2006, finalmente se reforma o federalismo constitucional estabelecendo-se os requisitos prévios para a criação de um direito ambiental codificado (*Umweltrechtskodifikation*)².

Não obstante, ainda não se pode falar, pelo menos não em termos abrangentes, de uma proteção efetiva do meio ambiente na República Federal da Alemanha, como mostram os levantamentos e as discussões atuais, p. ex., referentes à morte das florestas, à poluição do Mar do Norte ou aos riscos de falta de água potável devido à contaminação das águas com nitratos e agrotóxicos exemplos que poderiam ser multiplicados indefinidamente.

Entre as razões dessas permanentes sobrecargas impostas ao meio ambiente podem ser mencionadas, por exemplo, estas:³

- Não é possível remover “de um dia para o outro” os danos causados ao meio ambiente no passado. Fardos antigos (no sentido mais amplo possível)

² Cf., Kloepfer, Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen, ZG [*Zeitschrift für Gesetzgebung*] 2006, p. 250

³ Cf. E. H. RITTER, NVwZ [*Neue Verwaltungsrecht-Zeitung*], 1987, p. 929ss. (aqui p. 930s.)

ainda travam por tempo indeterminado as capacidades de proteção do meio ambiente.

- Muitas causas de danos ambientais continuam existindo. Nem mesmo uma garantia geral do *status quo* ambiental (no sentido de uma exceção de proibição de deterioração «*Verschlechterungsverbot*») é viável de fato e dificilmente será no futuro. Todavia, após a criação do Estado de Proteção Ambiental, o objetivo ecológico da proibição de retrocesso (*Rückschrittsverbot*) passa a ser justificável.⁴

- Muitos danos e riscos ao meio ambiente só se tornam conhecidos com o passar do tempo, seja porque são percebidos como tais apenas em virtude de uma consciência ambiental aguçada, seja porque determinados desenvolvimentos se mostram como nocivos apenas gradativamente, ou mesmo porque os danos só vêm a ocorrer por força de efeitos sinérgicos. O Estado muitas vezes precisa agir na incerteza.

- Novos potenciais de risco já se delineiam no horizonte do futuro, assim a alteração substancial dos requisitos da Lei sobre Engenharia Genética de 2004, com o possível uso, na agricultura, de organismos geneticamente modificados (a denominada engenharia “verde”).

- Mas até mesmo quando os potenciais de risco já foram reconhecidos, transcorre um tempo considerável até que as contramedidas – caso venham a ser tomadas – comecem a fazer efeito. Sendo assim, não é possível apresentar os êxitos de uma política para o meio ambiente em períodos eleitorais de curto prazo, razão pela qual medidas pertinentes de proteção do meio ambiente parecem pouco atrativas para o político democrático, fixado no processo eleitoral. Isto se torna ainda mais crítico pelo fato de que o nosso sistema constitucional não conhece princípios de responsabilidade política de longo prazo. Isso tudo leva a que as medidas estatais de proteção do meio ambiente muitas vezes não correspondam às expectativas que sobretudo os cidadãos engajados na proteção do meio ambiente alimentam em relação à política estatal para o meio ambiente.

⁴ Cf., Kloepfer, *Umweltrecht*, 3ª ed., 2004, § 3, número de margem 25.

Sobre as causas (políticas) individuais desse “fracasso estatal” (*Staatsversagens*) parcial⁵ na proteção do meio ambiente grassam controvérsias, como não poderia deixar de ser em vista dos interesses e das concepções contraditórias existentes na política e na sociedade. Em todo caso, há um amplo consenso sobre a constatação de que a política para o meio ambiente precedente não disponibilizou um instrumental suficientemente efetivo de proteção ambiental.⁶ Levanta-se, pois, a exigência de novos caminhos na política para o meio ambiente⁷; uma virada ecológica⁸ é reivindicada com o objetivo de aprimorar o instrumental da política e do direito ambiental.

Objeto da discussão atual é como isso deverá ser feito: se queremos continuar desenvolvendo a mesma política para o meio ambiente, meramente levando em consideração os conhecimentos mais recentes; se queremos advogar uma “societarização” do meio ambiente no sentido de uma retração das atividades estatais em relação ao meio ambiente com fortalecimento simultâneo dos instrumentos da economia de mercado ou, ao contrário, defender uma economia ecológica planificada; se queremos chegar a uma remodelação completa da política para o meio ambiente nos termos de uma visão integral, construindo sobre a compreensão moderna que a filosofia e as ciências naturais têm da natureza. Porém, independentemente de como será configurada de fato a futura política para o meio ambiente, resta constatar o seguinte: toda ampliação da proteção do meio ambiente tem, em última análise, implicações para o sistema político e econômico do nosso Estado.

Estaríamos, portanto, a caminho de um “*Estado ambiental*”, a caminho de uma forma de Estado que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões?

Como os efeitos dos novos modelos pertinentes de pensamento deverão ser apreciados em termos políticos, ecológicos e econômicos, bem como, não por último, em termos jurídicos, e que conclusões decorrem disso para a admissibilidade e, em caso afirmativo, para a configuração concreta da respectiva concepção? Essas questões podem ser esclarecidas no quadro do projeto “Estado ambiental”.

⁵ Não se pode falar de um fracasso geral do Estado na proteção do meio ambiente em vista dos êxitos que podem perfeitamente ser apontados na República Federal da Alemanha.

⁶ M. KRUSCHE, *Umweltrecht: Neues Denken - neue Perspektiven*, Stuttgart 1988, p. 73, fala até – de modo pouco diferenciado – “da inutilidade e insuficiência do instrumental jurídico tradicional”.

⁷ Cf., por exemplo, R. DECKER, *Operation Umwelt*, Neuhausen-Stuttgart, 1988, p. 273; LUDWIG-ERHARD-STIFTUNG, Bonn (Ed.), *Neue Wege in der Umweltpolitik*, Stuttgart, 1984, *passim*.

⁸ Cf. G. KUNZ (Ed.), *Die ökologische Wende*, München, 1983, *passim*.

Dependendo das circunstâncias se fará necessária também uma verificação como que da conformidade constitucional e social de diferentes modelos de Estado cuja motivação é a proteção do meio ambiente. O conceito da verificação da conformidade constitucional designa a seguir a constatação da compatibilidade da respectiva concepção com os princípios jurídico-constitucionais que sustentam a estrutura do Estado, com as determinações das incumbências estatais e especialmente com os direitos de terceiros assegurados constitucionalmente.

Inversamente, no entanto, na medida em que disso resultarem incompatibilidades, deve-se incluir na verificação também a necessidade, a admissibilidade e os efeitos de alterações pertinentes da Constituição. Nesses termos, o projeto “Estado ambiental” pode representar também um tipo de verificação da conformidade da Constituição, em sua formulação presente, com as exigências do meio ambiente.

II. O conceito “Estado ambiental”

O conceito “Estado ambiental” necessita de uma aclaração, pois ele pode ser entendido de modo bastante diverso, seja no que se refere à sua abrangência, no que diz ao seu propósito. Como já foi mencionado, esse conceito pretende definir primeiramente um Estado que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões.⁹ Isto, porém, não significa que o âmbito social, ou seja, não estatal deva ser excluído da investigação. Um “Estado ambiental” no sentido apresentado aqui como básico poderia também ser caracterizado por uma proteção do meio ambiente sustentada mais fortemente pelo setor não estatal.¹⁰

No mais ainda há a registrar que a utilização do conceito “Estado ambiental” seja – tanto quanto possível – isenta de juízos de valor. No entanto, não se deve ignorar que a formação do conceito – dependendo dos interesses em jogo – evoca associações com o conceito do “Estado social” (Estado ambiental como um Estado que se empenha pelo equilíbrio entre as exigências sociais à natureza por um lado e a preservação das bases naturais da vida por outro e que ajuda a conferir forma e esse equilíbrio = Estado

⁹ Em contrapartida, o conceito “Estado preventivo”, utilizado por E. Denninger (*KJ [Kritische Justiz]*, 1988, p. 1ss.) é mais amplo, por causa das metas mais abrangente que estipula (previdência existencial, segurança jurídica, previdência de riscos e justiça social).

¹⁰ Contudo, desse modo não se quer suprimir a diferenciação tradicional entre Estado e sociedade. No entanto, é preciso constatar que justamente a expansão da atividade do Estado na proteção do meio ambiente tem como efeito uma integração de Estado e sociedade – cf. também M. KLOEPFER, *DVBl. [Deutsches Verwaltungsblatt]*, 1979, p. 639ss. (aqui p. 640); cf. igualmente para este ponto P. PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, Wien, 1986, p. 62s.

configurador do meio ambiente¹¹), que (ainda?) tem uma conotação essencialmente positiva, ou então com o conceito do “Estado policial” (Estado ambiental como um Estado em que os direitos de liberdade são eliminados total ou amplamente por meio de medidas estatais irrestritas e excessivas em relação ao meio ambiente)¹², de conotação negativa, que podem vir a dificultar uma discussão racional sobre as chances e riscos de um Estado ambiental.

III. Sobre a compreensão atual do papel do Estado na proteção do meio ambiente: de tarefa do Estado para dever do Estado?

1. A proteção do meio ambiente como tarefa do Estado

No mais tardar por ocasião da superação – já há muito ocorrida – do princípio egocêntrico da proteção do meio ambiente,¹³ ou seja, com o reconhecimento de um dever de consideração do meio ambiente, que vai além do interesse próprio ou de pessoas que nos estão próximas, a proteção das bases naturais da vida torna-se uma tarefa da comunidade.¹⁴ As bases naturais da vida transformam-se em bens da comunidade, cuja preservação e futura possibilidade de aproveitamento é de interesse (inclusive existencial) de todos os indivíduos pertencentes à comunidade. Mas também onde não está em jogo a defesa contra perigos que ameaçam os bens legítimos das pessoas, o Estado se faz necessário como poder regulador superior por causa da relevância geral desses bens comunitários – em todo caso, na medida em que os mecanismos sociais de regulação não são (suficientemente) apropriados para atingir os propósitos citados. Esse poder regulador deve concretizar e impor o interesse geral na preservação das bases naturais da vida, na medida em que este interesse tiver mais peso do que outros interesses. Da dimensão em que é posta a referida tarefa estatal decorre o reconhecimento de que, em última análise, só o Estado – entre outras coisas, em virtude do seu monopólio de poder – dispõe dos meios requeridos e do poder para realizá-la.¹⁵

¹¹ Conceito conforme N. WIMMER, *Raumordnung und Umweltschutz*, in: *Verhandlungen d. 6. ÖJT [des 6. Österreichischen Juristentags]*, 1976, Wien, 1976, p. 21ss.; cf. também P. PERNTHALER, *op. cit.*, p. 63.

¹² De conotação negativa também é o conceito do “Estado atômico”, cunhado por R. Jungk (*Der Atom-Staat*, München, 1977). Algo parecido vale para o conceito: “Estado químico”, etc.

¹³ Cf. sobre isto: G. TEUTSCH, *Lexikon der Umweltethik*, Düsseldorf, 1985, p. 22s.; K. M. MEYER-ABICH, *Wege zum Frieden mit der Natur*, München, 1984, p. 23.

¹⁴ Cf. sobre o que segue, por exemplo, H. P. BULL, *Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. ed., 1977, p. 224ss.; O. HOFFE, *Natur als Orientierungspunkt der Ethik*, Freiburg, 1983, p. 324ss.; ID., *Umweltschutz als Staatsaufgabe - Umriss einer rechtsphilosophischen Begründung*, in: *Mensch und Umwelt*, Festgabe der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zum Schweizerischen Juristentag, 1980, p. 307ss.; M. KLOEPFER, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, *DVBl.*, 1979, p. 639ss. (aqui p. 641ss.); G. KÖHLER, (Staatlicher) Umweltschutz und (privater) Eigennutz, in: H. LÜBBE/E. STRÖKER (Eds.), *Ökologische Probleme im kulturellen Wandel*, s. 1., 1986, p. 135ss. (aqui p. 136s.); D. RAUSCHNING, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, *VVDStRL*, n. 38, 1980, p. 167ss. (aqui p. 170ss.).

¹⁵ Cf. D. RAUSCHNING, *VVDStRL [Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer]*, n. 38, 1980, p. 167ss. (aqui p. 172).

O Estado pode desempenhar a contento essa incumbência especialmente se submeter as bases naturais da vida, a serem qualificadas como bens públicos, a uma regulação de acesso e aproveitamento. Pois é fato que os bens ambientais são públicos (no sentido de livremente acessíveis e aproveitáveis), mas não estão disponíveis de forma ilimitada, ou seja, em terminologia de ciência econômica devem ser designados como “escassos”. Conseqüentemente, no Direito de Águas, se introduz um princípio de gestão jurídica: não há pretensão à autorização do Uso de Água, No entanto, existe, provavelmente, uma pretensão a decisões discricionárias ante um irrepreensível pedido de licença.*

No entanto, é preciso levar em conta que a proteção estatal do meio ambiente sempre dependerá da cooperação dos cidadãos individuais e dos grupos sociais. A proteção efetiva do meio ambiente contra a vontade dos envolvidos só é possível com o emprego de instrumentos repressivos. Isso levaria a um aumento das restrições à liberdade, dependendo das circunstâncias a um emprego mais intenso da força estatal e, desse modo, eventualmente a embaraços psicológico-políticos em sua realização. Uma cooperação eficaz de Estado e sociedade na proteção do meio ambiente pressupõe, por essa razão, uma correspondente consciência ambiental por parte dos envolvidos. Por isso, um trabalho de informação e esclarecimento a respeito faz parte do núcleo (a ser regulamentado) da política estatal para o meio ambiente. Em vista de tudo isso, a proteção das bases naturais da vida deve ser qualificada de fato como uma tarefa fundamentalmente pública (no sentido de relativa à comunidade), mas justamente não do começo ao fim como uma tarefa estatal.

Ainda que, em vista de tudo isso, deva ser atribuído um peso considerável à proteção do meio ambiente por parte de responsáveis não estatais, sobre o Estado recai de fato uma clara preponderância na imposição das metas de proteção do meio ambiente com base na tarefa de asseguarção do bem comum a ele confiada e à tarefa de liderança a ele reservada na estipulação de prioridades intra-estatais, bem como nos recursos de poder de que dispõe.

2. A proteção do ambiente como dever do Estado?

Em vista das crescentes ameaças acima descritas às bases naturais da vida, levanta-se a pergunta se a esse desenvolvimento fático não seguiria ou ao menos deveria seguir uma

* De um modo geral a legislação sobre águas é dividida em duas partes (*Wasserhaushaltsrecht/Wasserwirtschaftsrecht*): lei de gestão das águas e relativas à navegação fluvial na lei (*Wasserstraßen/Wasserwegerecht*). Ambas são relevantes para a prevenção de inundações. A lei de gestão das águas (*Wasserhaushalts-/ Wasserwirtschaftsrecht*) também é dividida em duas partes. A gestão da qualidade da água (*Wassergütemirtschaft*) é responsável pela qualidade da água. A quantidade de gestão da água

mudança quanto ao papel do Estado na proteção do meio ambiente. A proteção do meio ambiente como “tarefa do Estado” não terá se transformado já há muito tempo num “dever de proteção do Estado”?¹⁶ Do ponto de vista do direito constitucional, todavia, é preciso deixar registrado que do poder-fazer [*Dürfen*] estatal descrito acima, isto é, da competência para atividades (estatais) de proteção do meio ambiente, não decorre automaticamente um dever (no sentido de mandamentos obrigatórios de ação) de proteção do ambiente.

Tal dever necessitaria ser deduzido autonomamente da Constituição. Embora a Lei Fundamental não contemplasse expressamente um dever constitucional de proteção do meio ambiente, até 1994, aqueles direitos fundamentais que contêm (também) assegurações parciais referentes à proteção do meio ambiente (p. ex. art. 2, parágrafo 2º, e o art. 14 da Constituição Alemã) poderiam obrigar o Estado, em casos individuais, a adotar um comportamento comedido em relação ao meio ambiente ou a assumir diretamente as tarefas de proteção do meio ambiente.

Nesse ponto é preciso diferenciar entre os vários modos como os direitos fundamentais são eficazes: em primeiro lugar, eles atuam como direitos de defesa contra danos provocados pelo Estado ao meio ambiente. Isso não é problemático quando se trata da defesa contra danos ao meio ambiente provocados diretamente pelo ação soberana do Estado. Em contrapartida, a questão se torna bem mais complicada quando os direitos fundamentais visam a servir de direitos de defesa contra danos ao meio ambiente que poderiam, por causa da autorização e fiscalização estatais da ação danosa ao meio ambiente, ser avaliados como (também) causados pelo Estado. Uma validade direta dos direitos fundamentais só poderia ser alcançada mediante uma construção pela qual pudessem ser atribuídos ao Estado os danos (autorizados) ao meio ambiente, de modo que a pessoa atingida pudesse fazer valer a sua demanda jurídica fundamental de cunho defensivo. Faz-se necessário um exame minucioso quanto a em que medida tal compreensão das autorizações estatais pode ser harmonizada com as regulamentações legais do respectivo procedimento de autorização.

Na medida em que se trata de rechaçar ônus ao meio ambiente provocados por agentes privados diretamente contra terceiros de caráter privado, os direitos fundamentais não reivindicam validade direta devido à ausência fundamental de efeito contra terceiros, o que, segundo a opinião corrente, não exclui um efeito indireto dos direitos fundamentais contra

(*Wassermengenwirtschaft*) é responsável pela quantidade de água que tem um link direto para as inundações (N. Trad.).

terceiros pela via das cláusulas gerais do direito privado subordinado ao direito constitucional. De resto, os juízos de valor de caráter jurídico-objetivo contidos nos direitos fundamentais desdobram um efeito indireto de proteção, que poderia fundamentar, sobretudo em conexão com o art. 1º, inciso 1, sentença 2, da Constituição alemã, deveres de proteção do Estado contra terceiros. No entanto, o alcance desses deveres jurídico-objetivos de proteção diz respeito apenas a intervenções diretamente ilegais de terceiros e abrange, especialmente no âmbito de proteção do art. 2, inciso 2, da Constituição alemã, apenas danos graves ao meio ambiente com possíveis efeitos consideráveis para a saúde humana. Algo similar vale para a defesa contra danos à propriedade privada pela via do meio ambiente (Art. 14 da Constituição alemã). Disso resulta que a proteção assegurada pelos direitos fundamentais no final das contas cobre apenas um âmbito relativamente pequeno da problemática do meio ambiente.

O princípio do Estado social igualmente só permite derivar a proteção do meio ambiente como tarefa do Estado dentro de limites bastante estreitos. Porque o princípio do Estado social exige apenas a proteção de um núcleo, sem o qual uma ordem social orientada na idéia da justiça seria pura e simplesmente impensável. Nesses termos, só é possível derivar um dever de proteção do meio ambiente do princípio do Estado social na medida em que se trata da asseguuração do “mínimo existencial ecológico”.

Todavia, na medida em que existem deveres de proteção deriváveis da Constituição, estes não vigoram somente em relação a pessoas que vivem atualmente, pois as garantias constitucionais desdobram nesse tocante também em princípio uma “proteção do mundo subsequente” (*Nachweltschutz*).¹⁷ É verdade que as gerações futuras não possuem direitos subjetivos de defesa. Porém, independentemente disso o dever de proteção do Estado subsiste como emanção dos juízos de valor jurídico-objetivos da lei básica. Portanto, na medida em que os efeitos fáticos de ações relevantes ao meio ambiente forem suficientemente prognosticáveis e delas resultarem riscos inadmissíveis para futuras gerações, existe um dever do Estado de contrapor-se (hoje) a esses riscos.

Por essa razão, os deveres de proteção (parciais) derivados da Constituição inerentes ao Estado existem também no âmbito da prevenção ambiental. Para além disso, a fundamentação da competência do Estado no âmbito da prevenção ambiental –

¹⁶ Cf. representando muitos M. KLOEPFER, *Umweltschutz und Verfassungsrecht*, *DVBl.*, 1988, p. 305ss. (aqui p. 308ss.); D. RAUSCHNING, *VVDStRL*, n. 38, 1980, p. 167ss. (aqui p. 177ss.).

¹⁷ Cf. P. HENSELER, *Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen*, *AöR [Archiv des öffentlichen Rechts]*, n. 108, 1983, p. 489ss. (aqui p. 547ss.); H. HOFMANN, *Nachweltschutz als*

especificamente tendo em vista a administração dos recursos naturais – justifica-se também a partir das seguintes ponderações: da qualificação de determinadas atividades como medidas de prevenção até nem decorre obrigatoriamente – como mostram os exemplos da previdência privada – que se trata da desincumbência de tarefas estatais. Entretanto, as experiências no âmbito da prevenção ambiental mostram que medidas não estatais de prevenção – por exemplo, de empresas e corporações - raramente vão além do futuro mais imediato e são essencialmente determinadas pelo interesse próprio dos agentes. Em contraposição a isso, o mandamento estatal de asseguar da existência de gerações futuras não só abrange um componente de teor reconhecidamente distinto, comprometido com a tarefa estatal de assegurar o bem comum, mas sobretudo também uma dimensão temporal consideravelmente diferente (por ser muito mais ampla). Mesmo que as falhas e imperfeições – em parte decerto inevitáveis – do planejamento estatal fixam limites naturais à previdência estatal do futuro, esta de fato carrega em termos amplos a responsabilidade exclusiva pela continuidade a longo prazo da comunidade. O Estado é o patrono decisivo do futuro.

Na medida em que não há uma efetiva concorrência entre atividades privadas e estatais de proteção do meio ambiente, o Estado é praticamente o único a ser convocado a proteger as bases naturais da vida. Isso fundamenta um monopólio de fato do Estado para o âmbito da prevenção ambiental com perspectiva de longo prazo. Com isso, todavia, de modo algum está abrangido todo o âmbito de quaisquer atividades de proteção do meio ambiente por parte do Estado. É que os referidos deveres constitucionais de proteção atinentes ao Estado não ordenam a exclusão completa de quaisquer riscos.¹⁸ A exigência de uma exclusão completa de riscos seria descabida, já que ela forçosamente levaria ao resultado prático da proibição quase irrestrita da técnica. Um certo “risco residual” (*Restrisiko*) é constitucionalmente aceito e restringe as medidas de prevenção a serem tomadas. Sob o conceito “risco residual” entende-se incertezas situadas abaixo do limiar da assim chamada razão prática. Os limites entre o dever de prevenção e o risco (residual) a ser aceito são traçados com o auxílio de uma ponderação de bens, a ser feita em cada caso concreto, entre o dever de proteção do Estado acima mencionado, incluindo os direitos fundamentais dos que foram onerados pelo meio ambiente, por um lado, e, por outro, os direitos constitucionais de defesa (liberdade de exercício da profissão, direito de propriedade) dos que oneram o meio

Verfassungsfrage, *ZRP [Zeitschrift für Rechtspolitik]*, 1986, p. 87ss.; D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlim, 1985, p. 206ss.

ambiente, considerando que os riscos à civilização e à vida sejam comparáveis, bem como levando em conta o respectivo estado da técnica (ou da ciência) e o princípio da proporcionalidade.¹⁹

Mas poderia existir de fato uma “lacuna” nos deveres de proteção constitucionalmente fundamentados na medida em que o que está em jogo é a proteção da natureza como tal. No âmbito em que não se trata da proteção das bases da existência (ou dos direitos fundamentais) do ser humano, mas meramente se pretende proteger a natureza em função dela própria, falta, mesmo após a introdução do artigo 20-A GG, no contexto do viés antropocêntrico da Lei Fundamental, uma obrigação expressa de proteção por parte do Estado.

Resumindo se pode constatar que a Lei Fundamental, na sua versão até 1994, somente obriga o Estado a prevenir ou impedir ameaças consideráveis à vida, à incolumidade corporal e à propriedade de seus cidadãos e das gerações futuras. Nesse núcleo, a proteção do meio ambiente constitui uma tarefa a ser cumprida diretamente pelo Estado em responsabilidade própria, e que ele não pode delegar aos seus cidadãos. Todavia, fora do âmbito de tarefas que se acabou de mencionar, o Estado tem o dever de observar e fiscalizar as intervenções no meio ambiente também no caso em que uma situação de risco pode reverter a qualquer momento para uma situação de ameaça. Se o Estado se desincumbe, em responsabilidade própria, de tarefas adicionais que não fazem parte do referido núcleo ou então dá preferência a formas não estatais de proteção do meio ambiente é uma questão que fica reservada, em princípio, à liberdade de organização do Estado, especialmente da legislação. Contudo não existe um dever geral do Estado, fora do núcleo descrito acima, de transferir tarefas de proteção do meio ambiente a atores não estatais. Por outro lado, contudo, não está excluído que, no caso individual, dos direitos fundamentais de titulares potenciais da proteção do meio ambiente (liberdade geral de ação, liberdade de associação) resulte tal dever em conexão com o princípio da proporcionalidade. De resto, o legislador pode se decidir, também quando isso não é ordenado constitucionalmente, pela desincumbência preponderante de tarefas por atores não estatais, desde que ele não se desfaça desse modo de tarefas vinculadas ao núcleo da proteção estatal do meio ambiente.

¹⁸ Expressamente, p. ex., P. MARBURGER, Das technische Risiko als Rechtsproblem, *Bitburger Gespräche Jahrbuch*, 1981, p. 39ss. (aqui p. 44), segundo o qual não se pode extrair da Constituição nenhum direito individual de ausência de risco, que pudesse ser demandado do Estado.

¹⁹ Cf., p. ex., E. BENDA, et 1981, p. 868ss. (aqui p. 870 com evidências adicionais).

3. Determinação da tarefa estatal de “proteção do ambiente” na Constituição

Assim, a situação constitucional que se acabou de descrever levou todos os partidos com representação no *Bundestag* à concepção (ou então à declaração) de que deveria ser levada a cabo uma complementação – efetivamente implementada em diversas etapas – da Lei Fundamental (no mínimo) com a inclusão da tarefa estatal de “proteção do meio ambiente”. Essa concepção, após larga discussão foi realizada no ano de 1994. As razões para este longo processo certamente o foram pelo fato de os projetos apresentados pelos diversos grupos políticos ao *Bundestag* divergirem fortemente nos detalhes.²⁰

(a) *Disputas sobre a forma de proteção de um Estado Ambiental*

Empreender a proteção do meio ambiente como objetivo do Estado teria, em primeiro lugar, possivelmente uma relevância política nada insignificante. Esta depende também, mas não precipuamente, da formulação concreta da determinação do objetivo estatal. Conforme a concepção da Comissão de especialistas em determinação de metas estatais / encargos legislativos²¹ já a inclusão da proteção do meio ambiente como fim do Estado na lei básica já tem “- independentemente da sua formulação detalhada – (...) efeitos positivos significativos do tipo político” (função impulsionadora para o Legislativo e o Executivo; efeito educativo para os cidadãos; função integradora). Em contraposição, não haveria efeitos políticos negativos a temer. Porém, levanta-se a pergunta se essa apreciação bastante positiva em seu conjunto não repousaria sobre uma subestimação dos perigos também reconhecidos pela Comissão de especialistas.

Em contraposição, as repercussões jurídicas da planejada admissão de um objetivo nacional de “proteção do meio ambiente” na lei fundamental, foram críticas de formulação concreta. Sendo assim, um prognóstico detalhado dos desdobramentos (jurídicos/legais) da evolução da política para o meio ambiente e do direito ambiental, vinculados com a proteção estatal, só poderá acontecer quando a edição definitiva da respectiva regulamentação tiver sido fixada.²²

²⁰ Detalhadamente a respeito de cada uma das propostas cf. M. KLOEPFER, *DVBl.*, 1988, p. 305ss. (aqui p. 311ss.).

²¹ BUNDESMINISTER DES INNERN/BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (Ed.), *Staatszielbestimmungen - Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission*, Bonn, 1983.

²² Cf. sobre a discussão atual O. Depenheuer, *DVBl.* 1987, 809 ff.; Dt. Bundestag (Hrsg.), *Verankerung des Umweltschutzes im Grundgesetz - Anhörung des Rechtsausschusses*, Bonn 1988; K. Heinz, *ZfU* 1988, 1 ff.; M. Kloepfer, *DVBl.* 1988, 305 ff. (311 ff.); L. Michel, *Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz*, Frankfurt 1986; ders., *NuR* 1988, 272 ff.; D. Murswiek, *ZRP* 1988, 14 ff.; A. v. Mutius, *WiVerw* 1987, 51 ff.; H. J. Peters, *NuR*

(b) *A proteção ambiental como objetivo do Estado* (Art. 20-A da Lei Fundamental)

No momento da reunificação grande foi, especialmente, na Alemanha do Leste, a vontade da “constitucionalização” da proteção ambiental. Sobre a proposta de um estudo conjunto da Comissão Constitucional do Parlamento Federal Alemão (*Bundestag*) e do Conselho Federal (*Bundesrat*)* resultou a disposição legal de 21/10/1994 formatando o artigo 20 bis (20-A) da Lei Fundamental que determina como objetivo do Estado à proteção do meio ambiente.²³ Também deve o Estado proteger as bases naturais da vida, especialmente para cumprir com suas responsabilidades para com as gerações futuras, no contexto da estrutura constitucional e através da lei e de conformidade com a lei e com a jurisdição, vinculando o parlamento, o poder executivo e o poder judicial. Segundo a doutrina corrente, a proteção do meio ambiente goza de prioridade sobre outros bens, advertindo, no entanto, que esta prioridade não é absoluta.²⁴ Segundo a sistemática do texto constitucional, nenhum direito subjetivo público resulta para o cidadão. Todavia, dirigindo-se aos três Poderes do Estado, fixa uma proibição de retrocesso (*Rückschrittsverbot*), garantindo-se assim padrões ecológicos mínimos.²⁵ Talvez, o potencial inovador do artigo 20, 1 e 2 da Lei Fundamental revele uma ecologização (*Ökologisierung*) do sistema jurídico e de um Estado Ambiental da República Federal Alemã. Em 2002, com a inclusão do artigo 20-A da Lei Fundamental alcança-se a proteção integral aos animais.²⁶

4. *Aspectos problemáticos do direito constitucional ambiental*

O desenvolvimento apresentado rumo a um Estado ambiental, especialmente a anuência a um dever do Estado (com tendência a ampliar-se) de proteção do meio ambiente, não está isento de problemas em termos constitucionais. Porque toda expansão dos deveres estatais de ação leva a colisões com sentenças constitucionais de sentido contrário. Os campos de problemas a serem levados em consideração são os seguintes:

1987, 293 ff.; D. Rauschning, DÖV 1986, 489 ff.; H.H.Rupp, DVBl. 1985, 990 ff.; K.Stern, NWVBl. 1988, 1 ff.; R.Stober, JZ 1988, 426 ff.; E. Wienhoitz, AöR 109 (1984), 532 ff.

* O Conselho Federal, é a segunda Câmara da Alemanha (equivalente ao nosso Senado) composto por representantes dos 16 Estados-membros (Estados-federados) de Alemanha. (N. trad.).

²³ BGBl. I S. 3146. Die Änderung trat am 15.11.1994 in Kraft.

²⁴ BVerwG, NJW 1995, 2648.

²⁵ Ausführlich zu Entstehungsgeschichte, verfassungsrechtlicher Einordnung, Schutzgut und Adressatenkreis, Kloepfer, Umweltrecht, § 3 Rn. 5 ff.; ders. in: Dolzer/Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand 2003, Art. 20-A.

²⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 26.7.2002 (BGBl. I S. 2826). Näher zum Tierschutz im Grundgesetz, Kloepfer/Rossi, JZ 1998, 369 ff.

(a) Obrigatoriedade ambiental dos direitos fundamentais?

Os limites dos deveres estatais de ação são traçados especialmente pelos direitos fundamentais daqueles que, como potenciais oneradores do meio ambiente, podem vir a se tornar destinatários das medidas estatais de proteção do meio ambiente. Desse modo, desloca-se para o primeiro plano a questão em que medida os direitos fundamentais pertinentes podem mediar uma proteção contra as medidas estatais de proteção do meio ambiente.²⁷

Nesse ponto, recomenda-se cuidado com a suposição genérica de uma ação ambiental geral dos direitos fundamentais, em todo caso, no sentido de uma redução ecológica geral da substância dos direitos fundamentais ou de uma decisão por si só preferencial em favor da proteção do meio ambiente. Um dever de comportar-se de modo compatível com o meio ambiente, formulado em termos tão genéricos, facilmente trataria o cidadão não mais primordialmente como uma pessoa que age autonomamente e sob sua própria responsabilidade, mas, em última análise, como objeto de uma ordem intervencionista de direito ambiental. Porém, tal concepção não poderia mais ser coadunada com a Constituição vigente. Isso é válido ao menos enquanto não existir um dever ambiental individual geral (ancorado na Constituição), cuja introdução dificilmente se pode esperar – em todo caso para um futuro a médio prazo.^{28/*}

(b) Alteração da ordem federativa

No âmbito federativo, mantém-se teoricamente, conforme o art. 70 da Constituição alemã, a competência legislativa de regulamentação pelos Estados. No entanto, o legislador federal dispõe de competências bastante amplas em pontos individuais relativos ao setor do meio ambiente.²⁹ A disposição normativa pela qual se modifica a Lei Fundamental em 28 de agosto de 2006³⁰ (“a reforma do federalismo”) lança as bases para a criação de uma codificação ambiental (*Umweltkodifikation*). Ao governo federal distribuem-se competências constitucionais ambientais específicas. Nada obstante, a competência dos Estados-membros

²⁷ Cf. sobre isso, p. ex., D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlim, 1985, p. 88ss.; H. G. HENNEKE, *Landwirtschaft und Naturschutz*, 1986, p. 110ss.

²⁸ A respeito das razões disso cf. M. KLOEPFER, *DVBl.*, 1988, p. 305ss. (p. 308).

* Atente-se que a inclusão pela Reforma de 1994 do art. 20- A da Lei Fundamental, ainda assim, não se concretizou a existência de um dever ambiental individual geral (N. Trad.).

²⁹ A federação detém a competência legislativa concorrente – geralmente aproveitada ao máximo - (Art. 74) nas áreas do direito relativo à energia atômica (nº 11 a), do direito relativo à proteção da flora e da fauna (nº 20), do direito relativo a substâncias perigosas (nº 11, 12, 17, 19, 20), do direito relativo ao lixo, à proteção contra ruído e à conservação da pureza do ar (nº 24), bem como a competência básica (art. 75) nas áreas da proteção à natureza e do paisagismo (nº 3), da organização do espaço e das reservas de água (nº 4).

no campo dos direitos de proteção da natureza e no direito de concessão de águas.³¹ Ademais, há competências exclusivas dos Estados-membros (por exemplo, a planificação regional e proteção da paisagem, proteção contra os ruídos).

O caráter espacial amplo dos problemas ambientais, entretanto, não depõe automaticamente contra o caráter espacial relativamente pequeno das áreas de competência dos Estados. Antes, estes também podem resolver regularmente seus problemas ambientais de espaço amplo no quadro de suas competências mediante a cooperação horizontal recíproca.³² As características regionais dos problemas ambientais, todavia, melhor podem ser resolvidas através da recente criação de competências concorrentes.

(c) Modificação dos requisitos relativos à democracia e ao Estado de direito?

A ampliação da proteção estatal do meio ambiente sobretudo pela criação de novas normas ambientais gera graves problemas relativos à democracia e ao Estado de Direito.

Deve-se perguntar em especial se e em que medida o próprio legislador pode ou, levando em consideração a teoria da essencialidade³³, até deve ele próprio prover as regulamentações técnicas detalhadas que necessariamente devem ser dispostas no âmbito das normas ambientais.

Mas mesmo quando é o próprio legislador que determina os padrões ambientais³⁴, ele necessita, por ocasião de sua formulação, da especialização técnico-científica de que dispõem sobretudo as empresas que oneram o meio ambiente ou as corporações que defendem seus interesses. Todavia, a participação de empresas, que são potenciais destinatários das normas, na formulação dos padrões ambientais não deixa de ser problemática: como os interesses de empresas presumivelmente atingidas não devem ser igualados aos do conjunto da sociedade, uma cooperação empresarial de fato co-determinante da normatização dificilmente será apropriada para fortalecer a confiança de terceiros, para os quais as normas são igualmente obrigatórias, na legislação ambiental. Isso em todo caso será válido enquanto não se houver

³⁰ BGBl. I S. 2034

³¹ Mais detalhadamente, *Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen*, ZG 2006, 250ff.

³² Cf. sobre isto, J. PIETZCKER, in: C. STARCK (Ed.), *Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat*, p. 17ss. Todavia, não deveriam ser ignorados igualmente os perigos dos crescentes enredamentos no nível estadual.

³³ Cf. sobre isso M. KLOEPFER, *JZ*, 1984, p. 685ss. com evidências adicionais.

³⁴ Sobre o conceito “padrão ambiental” cf., p. ex., M. KRUSCHE, *Umweltrecht: Neues Denken - neue Perspektiven*, Stuttgart, 1988, p. 42 com evidências adicionais.

conferido, mediante regulamentações correspondentes, uma forma “mais transparente tanto ao procedimento que dá origem a tais padrões ambientais, quanto às respectivas filosofias de apreciação que os fundamentam”³⁵.

Ademais é de se perguntar nesse contexto qual a forma em que a especialização técnico-científica pode ser incluída na construção das decisões judiciais.³⁶

Uma área problemática adicional deve ser vista na dificuldade crescente de realização de decisões estatais com efeitos potencialmente onerosos ao meio ambiente.³⁷ A mediação de interesses colidentes na comunidade, exigida politicamente – dependendo das circunstâncias também constitucionalmente – do Estado, também pode levar, no caso individual, a uma limitação da proteção do meio ambiente ou a decisões favoráveis a empreendimentos com efeitos potencialmente onerosos ao meio ambiente. No entanto, tais decisões topam de modo crescente com a resistência (de parcelas) da população. As dificuldades de imposição condicionadas por esse fato põem cada vez mais em xeque a decisão pela democracia representativa tomada na Constituição.

IV. Sobre a política de proteção do meio ambiente praticada até o momento

Se quisermos fazer uma apreciação do desenvolvimento da política para o meio ambiente e das conseqüências dela decorrentes para o desenvolvimento social, jurídico e econômico de nossa comunidade – especialmente tendo em vista os conjuntos de problemas que acabamos de apresentar -, temos de fazer em primeiro lugar um levantamento da política para o meio ambiente³⁸ seguida até o momento e fazer uma prospectiva sobre o desenvolvimento daqui por diante.

1. Análise da política para o meio ambiente praticada até o momento

A política para o meio ambiente praticada até o momento na República Federal da Alemanha desde 1971 é caracterizada por uma clara evolução e diferenciação do instrumental da política ambiental. Neste ponto deve-se mencionar em especial a introdução do princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*), que, em comparação com a proteção do meio ambiente do

³⁵ SRU [Sachverständigenrat für Umweltfragen] (Ed.), *Umweltgutachten 1987*, Stuttgart, 1988, item 113.

³⁶ Sobre os problemas de direito constitucional dos modelos dos “especialistas da corte judicial” v., p. ex., R. BREUER, *NVwZ*, 1988, p. 104ss. (aqui p. 105) = *UTR [Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts]*, n. 4, 1988, p. 91ss. (aqui p. 93s.).

³⁷ Cf., sobre isso, M. RONELLENFITSCH, *Die Durchsetzung staatlicher Entscheidungen als Verfassungsproblem*, in: B. BÖRNER (Ed.), *Umwelt, Verfassung, Verwaltung*, Baden-Baden, 1982, p. 13ss.

³⁸ Cf. por último, p. ex., R. DECKER, *Operation Umwelt*, Neuhausen-Stuttgart, 1988, p. 259ss.

passado, que (se orientava, em primeira linha, pela ordem legal e) principiava freqüentemente no limiar do perigo, representa uma antecipação e, desse modo, pode constituir uma melhoria essencial para a proteção do meio ambiente. Paralelamente chama a atenção sobretudo que o instrumental da política ambiental entrementes comporta, ao lado do instrumental clássico de ordem legal, uma pluralidade de outras formas de ação (ação administrativa indicativa, condução da política de abastecimento, instrumentos econômicos, acordos e ação administrativa informal, planejamento estatal), a serem (ou que podem ser) aplicadas em conformidade com as metas correspondentes. Em 1º de janeiro de 2005, foi estabelecido um moderno mecanismo para cumprir com os fins de proteção do ambiente, o mercado de certificados de emissões de carbono com a TEHG (*Lei de Emissões de Gases de Efeito Estufa*).³⁹

A pluralidade das normatizações legais na proteção do meio ambiente levaram a uma regulamentação que cobre de maneira ampla todas as atividades relevantes para o meio ambiente. As mais recentes leis que devem ser mencionadas são as da proteção do solo e sobre as fontes de energia renováveis. Por essa razão, desde 1971 ocorreu, em termos gerais, uma evidente melhoria da situação do meio ambiente na República Federal da Alemanha. Não obstante, a condição atual do meio ambiente ainda não é satisfatória. Nem mesmo os defensores da política para o meio ambiente praticada até o momento ignoram isso. Eles, porém, justificam essa política para o meio ambiente com o argumento de que, no quadro do sistema axiológico e social vigente, só é possível promover plausivelmente uma “política realista para o meio ambiente”⁴⁰. Por essa razão, seria suficiente continuar a desenvolver – levando em conta os respectivos conhecimentos mais recentes – o instrumental de política e de direito ambiental, para poder realizar o que (a partir dessa perspectiva) ainda não foi alcançado.

2. Possíveis novos instrumentos

Os instrumentos que estão em discussão ou já sendo aplicados nesse contexto são especialmente os seguintes:

³⁹ Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz v. 8.7.2006, BGBl. I 1578.

⁴⁰ Cf. G. HARTKOPF/E. BOHNE, *Umweltpolitik*, v. 1, Opladen, 1983, p. 63.

(a) Codificação do direito ambiental num Código ambiental

A Agência Federal de Meio Ambiente (UBA^{*}) recebe para examinar – em 1978 e 1986 – dois projetos de investigação [pesquisa] para a sistematização⁴¹ e harmonização⁴² do direito ambiental alemão. Posteriormente, em nome da UBA, foi elaborado o denominado Projeto dos Catedráticos (*Professorenentwürfe*), sob a minha presidência, para um Código Ambiental; o esboço da parte geral⁴³ foi elaborado durante os anos de 1988 a 1990, e o da parte especial⁴⁴ durante os anos de 1991 a 1993. * Em 1992, na conferência da Associação dos Juristas Alemães (*Deutsche Juristentag*^{*}) dá-se a conhecer o Projeto do Código Ambiental⁴⁵. De acordo com as propostas anteriores, o Ministro do Meio Ambiente Töpfer^(*) reunido com a Comissão Independente de Especialistas (*Unabhängige Sachverständigen-kommission*) para a elaboração do Código Ambiental (*Umweltgesetzbuch*), sob a presidência de Sendler^{*}, ex-presidente do Tribunal Administrativo Federal, apresenta em 1998 o esboço do código para a Ministra do Meio Ambiente Merkel^{*/46}.

Esta foi a fase de elaboração de um projeto ministerial com o objetivo de sistematizar a matéria jurídico-ambiental. Após a mudança de governo, a coalizão vermelho-verde^{*}

* UBA é abreviatura de Umweltbundesamt. Fundada em 1974, a Agência Federal para o Meio Ambiente revela-se como a autoridade central científico-ambiental, que sob a jurisdição do Ministério Federal do Meio Ambiente, Conservação da Natureza e Segurança Nuclear (BMU), é responsável por diversos temas relativos à proteção ambiental. Maiores informações sobre o órgão e suas publicações podem ser obtidos online em: <http://www.umweltbundesamt.de/uba-info/leitbild.htm> (N. Trad.).

⁴¹ Kloepfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978.

⁴² Kloepfer/Meßerschmidt, Innere Harmonisierung, 1986.

⁴³ Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann unter Mitwirkung von Kunig, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1991.

⁴⁴ Jarass/Kloepfer/Kunig/Papier/Peine/Rehbinder/Salzwedel/Schmidt-Aßmann, Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil, 1994.

* Este projeto que foi elaborado em duas partes, em momentos distintos, a geral e a especial, contou na primeira com os professores Kloepfer, Kunig, Rehbinder e Schmidt-Aßmann, como está em DVBl, 1, 1991, pp. 339 e ss. (Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches); na segunda trabalharam os professores Kloepfer, Jarass, Kunig, Papier, Peine, Rehbinder, Salzwedel, Schmidt-Aßmann, como informa Kloepfer em Zur Kodifikation des Besonderen Teils eines Umweltgesetzbuches (UGB-BT), «DVBl». 6. 1994. pp. 305 y ss. (N. Trad.).

* A *Deutsche Juristentag* é uma associação de juristas alemães, fundada em 1860, congregando atualmente mais de oito mil associados, reúnem-se de dois em dois anos em jornadas científicas dedicadas a temas de alta relevância para o direito (N. Trad.).

⁴⁵ Verhandlungen des 59. DJT, 1992.

* Klaus Töpfer, então ministro do governo de Helmut Josef Michael Kohl (N. Trad.).

* Horst Sendler presidente do *Bundesverwaltungsgerichts* (BverwG) de 1980 até 1991 (N. Trad.).

* Angela Dorothea Merkel, atual Chanceler (*Bundeskanzlerin*) da Alemanha, foi Ministra do Meio Ambiente entre 1994 e 1998 (N. Trad.).

⁴⁶ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998.

* Trata-se da malograda coalizão entre (Schröder/Fischer); o Bündnis 90/Die Grünen (Os Verdes) que defendem posições ecológicas, e o SPD - Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Os Vermelhos) que defendem posições de centro-esquerda e estão associados ao Partido Socialista Europeu (N. Trad.).

também acordou sobre a criação de um Código Ambiental. Em 1999, a Parte Geral do Código Ambiental (UGB I) se apresentava como uma solução parcial⁴⁷ para a aplicação das Diretivas IVU* e UVP II*. Este projeto tem estado sob a cobertura do do BMI* e do BMJ*, tendo em conta as suas competências no âmbito da legislação de proteção da natureza e proteção das águas [recursos hídricos]. Embora os Estados federados não houvessem apelado em absoluto da matéria objeto da legislação federal, justificadamente reclamavam da competência concorrente, assim, o então gabinete do Governo Federal (Schröder/Fischer), em conseqüência, provisoriamente recolhe justificadamente o Projeto do Código Ambiental (UGB) de 1999, à Federação falta uma compreensiva codificação de toda a legislação de direito ambiental abrangente de todas as competências. Entrementes, já haviam Códigos Ambientais entre os vizinhos europeus. Com a modificação do governo em 2005, aprovado pela grande coalizão (Merkel/Müntefering), retomou-se o projeto, agora com o patrocínio da coalizão partidária e sob a guarda da reforma do federalismo, com as condições de competência para criar um código ambiental. As propostas compiladas pela reforma do federalismo formaram as bases do UGB, contudo foram modificadas, em uma ou outra perspectiva, após as objeções formuladas pelos Estados federados e por peritos e depois de uma audiência na Câmara Federal (*Bundestag*). Imediatamente, com a reforma do federalismo, aprovada pela Câmara Federal e pelo Senado Federal (*Bundesrat*) ficaram definitivamente fixadas as condições para a criação de um Código Ambiental. Conseqüentemente, o Ministério Federal do Ambiente que já trabalhava desde a primavera de 2006 em um esboço do UGB, o vai apresentar para o início da legislatura de 2008.

No quadro da codificação do direito ambiental em um Código Ambiental (UGB) pode ser efetivada, entre outras coisas, a concretização legal do estabelecimento da meta estatal de proteção do meio ambiente. O principal objetivo continua a ser a harmonização interna do direito ambiental e garantir a aplicabilidade das disposições européias. Ademais, também

⁴⁷ Arbeitsentwurf des BMU (5.3.1998) für ein UGB I, abgedruckt in Rengeling (Hrsg.), Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch I, 1998.

* Directiva 96/61/CE de 24/09/1996 para a prevenção e controle integrado da poluição (*integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung – IVU-Richtlinie*; em inglês, Integrated Pollution Prevention and Control, IPPC – N. Trad.).

* Diretiva 87//337/EWG de 27/06/1995 para a Avaliação do Impacto Ambiental acordada para projetos públicos e privados, Anexo II (N. Trad.).

* BMI, Bundesministerium des Innern (Ministério Federal do Interior – N. Trad.).

* BMJ, Bundesministerium der Justiz (Ministérios Federal da Justiça – N. Trad.).

pode resultar dessa codificação uma melhoria na efetivação de normas ambientais, bem como um fortalecimento da consciência ambiental na população.*

(b) Introdução de um teste de compatibilidade ambiental para projetos relevantes ao meio ambiente

A implantação – mais do que atrasada – da Diretriz de 27/6/1985 da União Européia acerca do Teste de Compatibilidade Ambiental (*Umweltverträglichkeitsprüfung* - UVP*) para determinados projetos públicos e privados (85/337/EWG [Comunidade Econômica Européia]) na República Federal da Alemanha tem como objetivo perceber e avaliar precocemente e de modo abrangente para todos os recursos ambientais potenciais efeitos ambientais de um projeto planejado. A Directiva UVP foi aprovada, juntamente com alterações à Lei sobre Avaliação de Impacto Ambiental (UVPG) - embora tardiamente – implementada.⁴⁸

Por essa razão, o UVP (*Umweltverträglichkeitsprüfung*) pode tornar-se um importante instrumento de prevenção ambiental. Na sua configuração jurídico-procedural, ele visa especialmente a obter para a autoridade responsável as necessárias informações sobre os efeitos de um projeto sobre o meio ambiente. O resultado da UVP (TCA) deve ser levado em conta na decisão sobre o projeto (eventualmente no contexto de uma estimativa). Por essa via, o UVP (TCA) é vinculado juridicamente à decisão sobre a autorização do projeto. O futuro dirá se disso resultará um peso material maior em favor dos interesses de proteção do meio ambiente.

A UVPG foi concluída no verão de 2005 para a denominada avaliação ambiental estratégica complementar (*strategische Umweltprüfung ergänzt*). O teste de avaliação

* Infelizmente, no início da legislatura de 2009 o rompimento da coligação CDU, especialmente CSU e SPD (evidentemente por interesses partidários na ascensão ao Poder) levou ao fracasso da edição do projeto de Código Ambiental, apesar das intensas consultas entre os Ministérios Federais, os Estados federados e os grupos de interesses em causa – entre eles, a indústria e ONGs ambientalistas - não foi possível chegar a um consenso. O Ministério do Meio Ambiente alemão está agora a tentar transferir a regulamentação prevista nos Livros I-IV relativas à água, a proteção da natureza e proteção contra as radiações para leis gerais a serem editadas no curso do processo parlamentar. No início de Fevereiro de 2009, o Ministério já iniciou a coordenação interministerial sobre estas leis. Após a conclusão dessas medidas legislativas imediatas, a legislação ambiental deve continuar a ser desenvolvida com base em leis individuais para enfrentar os desafios atuais da proteção ambiental. No entanto, a ausência de um código ambiental como a base e enquadramento da legislação ambiental fará este trabalho mais difícil. (N. Trad.)

* eEm inglês = *Environmental Compatibility Test*, em português *Teste de Compatibilidade Ambiental* –TCA (N.Trad.).

⁴⁸ Cf., Kloepfer, *Umweltrecht*, § 5, número de margem 328 e ss.

ambiental de projetos privados e públicos agora devem ser compatíveis com um Plano e/ou Programa (por exemplo, o plano de desenvolvimento espacial*).

(c) Introdução da ação processual coletiva, melhoria do direito de vistas em autos (ambientais), bem como a ampliação da possibilidades de cooperação por parte dos cidadãos

Nesta área, há, no passado recente, os grandes impulsos definidos por lei europeia. A aplicação da Convenção de Aarhus⁴⁹ sugerindo a Diretiva 2003/4/CE relativa ao acesso do público à informação ambiental⁵⁰, prevê, no artigo 6º a obrigação de aplicação de pré-contencioso para o acesso a informações em matéria ambiental. Também contribuiu para a implementação da Convenção de Aarhus a Diretiva 2003/35/CE sobre a participação do público e de organizações ambientalistas na elaboração de determinados planos e programas⁵¹ de seus interesses – já há vários anos – em primeiro nível com recursos processuais aos Estados federados, e também em seguida com a Federação.

Todos esses instrumentos – por muito tempo extremamente controvertidos em seus detalhes – de uma participação mais intensa dos cidadãos no direito procedimental e processual (ambiental) constituem expressão de uma tendência cada vez mais forte de cooperação entre Estado e cidadãos na proteção do meio ambiente.

Todavia, a implantação jurídica dessas propostas levantou e levanta alguns problemas que dificultam a realização das mesmas. Sejam mencionados aqui especialmente os seguintes:

- a questão da legitimação de corporações formadas aleatoriamente para a proteção de certos bens ambientais;
- a problemática de contrabalançar os direitos de informação da população (decorrentes do princípio democrático) com os deveres do Estado, igualmente derivados da Constituição, de proteger dados

* O exemplo é retirado do § 7 da Secção 2 da Lei do Ordenamento do Território (*Raumordnungsgesetz –ROG*) N. Trad.

⁴⁹ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters v. 26.6.1998, ILM 38 (1999), 517 e ss.

⁵⁰ ABI EU 2004 L 41, S. 26.

⁵¹ ABI EU 2003 L 156, S. 17.

relativos a pessoas ou segredos de negócios ou empresariais no direito de vistas aos autos, ou ao acesso as informações ambientais;⁵²

- a questão, ligada à realização de uma participação mais intensa dos cidadãos, da equiparação entre os interesses decorrentes dos direitos de informação e participação abrangentes dos cidadãos e corporações de um lado e o interesse por um procedimento administrativo efetivo por outro.

(d) Incorporação dos custos ambientais no cálculo total da economia nacional, inclusão dos interesses ecológicos na determinação do balanço geral da economia

Com isso se tem em vista as tentativas de inserir os interesses e custos ambientais em balanços sociais abrangentes.⁵³ A incorporação dos interesses ecológicos no conceito (entrentes jurídico) do balanço geral da economia teria de acontecer mediante a alteração da lei de estabilidade e crescimento; o quadrado mágico se transformaria no pentágono ainda mais mágico. Esse passo infelizmente quase irrealizável em termos teóricos tanto quanto práticos estaria comprometido com a visão de uma economia de mercado de matiz ecológico.

(e) “Reforma tributária ecológica”

Durante algum tempo houve a reflexão sobre a criação de uma reforma fiscal ecológica. Neste ponto seria instituído um imposto verde, por exemplo, um Imposto sobre Circulação de Mercadorias (– imposto sobre valor agregado) diferenciado segundo critérios ecológicos, um imposto territorial em impostos sobre recursos naturais e matérias-primas (especialmente num imposto sobre a energia [*Energiesteuern*]), assim como na taxaço de embalagens, esgotos, lixo ou emissão de determinadas substâncias. Poder-se-ia juntar a isso também de uma ampliação dos tributos ambientais específicos, como aconteceu com o sobre o depósito de vasilhames, assim como encargos financeiros adicionais.

⁵² Cf., a respeito da proteção de segredos empresariais e de negócios no direito ambiental, R. BREUER, *NVwZ*, 1986, p. 171ss.; M. SCHRÖDER, *UPR [Umwelt- und Planungsrecht]*, 1985, p. 394ss.

⁵³ Cf., p. ex., as contribuições in: U.-P. REICH/C. STAHLER (Ed.), *Gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtsmessung und Umweltqualität*, Frankfurt, 1983.

A edição da lei sobre a reforma tributária ecológica, 24/3/1999 iniciou-se a primeira etapa da chamada “reforma fiscal ecológica”. Além de introduzir um imposto sobre a eletricidade, o imposto sobre os combustíveis aumenta. O princípio do “duplo dividendo”, na seqüência da lei, deve ser não só uma redução do impacto ambiental, mas também a redução dos prêmios securitários.⁵⁴ De um modo geral e fundamental, ainda que muito longe do ideal, uma reforma fiscal ecológica aparece neste momento na República Federal da Alemanha.

(f) Desenvolvimento do direito do planejamento ambiental no sentido de um “plano diretor abrangente, específico para o meio ambiente”⁵⁵

A proposta de um plano diretor que abrange todos os recursos visa eliminar as debilidades do instrumental de planejamento utilizado até o momento quanto ao aspecto da proteção do meio ambiente e, desse modo, fortalecer de modo geral o aspecto da prevenção.

Todas as ponderações mencionadas sob os itens (a) até (f) (também) servem para ampliar o instrumental estatal de proteção do meio ambiente com instrumentos diretivos eficazes para o conjunto da sociedade. Isso leva obrigatoriamente a um fortalecimento do poder regulador do Estado e visa, em última análise, a um direcionamento dos investimentos para a ecologia, especialmente em conexão com os instrumentos da monitoria fina [*Feinsteuering*].

As problemáticas de ciência jurídica e econômica vinculadas com esse desenvolvimento carecem de um exame aprofundado.

**(g) Endurecimento do direito de responsabilidade ambiental
(*Umwelthaftungsrechts*)**

Pretende-se conseguir uma finalização mais rígida do Direito Civil em favor da proteção das bases naturais da vida mediante a ampliação e o endurecimento do direito de responsabilidade ambiental. Ainda que a forma definitiva do direito de responsabilidade ambiental ainda seja controversa, já se pode afirmar que certo efeito preventivo que se espera da ampliação da responsabilidade ambiental trará em seu conjunto conseqüências positivas para a proteção do meio ambiente, sem que isso torne dispensáveis os instrumentos clássicos de ordem legal da proteção do meio ambiente. Todavia, a efetividade político-ambiental desse empreendimento depende de como serão solucionadas em última análise as

⁵⁴ Mais detalhes em Kloepfer, *Umweltrecht*, § 5 número de margem. 275 e ss.

questões ainda controvertidas (incorporação da empresa normal no âmbito da responsabilidade ambiental, inversão do ônus da prova em favor do prejudicado [*Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten*], direito a ressarcimento de despesas pelo Estado pela remoção de danos ecológicos).

Paralelamente a essas alterações e complementações é possível reconhecer também evoluções decisivas do sistema até aqui vigente, caracterizado em primeira linha pela ordem legal.⁵⁶ Sendo que se pode constatar perfeitamente que se está retomando aí a crítica à política para o meio ambiente praticada até o momento e tentando integrar, na política para o meio ambiente, elementos de modelos alternativos de pensamento compatíveis com o sistema: exatamente isto perfaz o cerne da política para o meio ambiente dita “realista” pelos seus defensores.

A possibilidade de escolha dentre os instrumentos em discussão é limitada apenas pelos parâmetros constitucionais vigentes. Todavia é preciso advertir quanto a um estreitamento exagerado da liberdade de conformação legislativa – seja pela cláusula de igualdade seja sobretudo pela proibição da desproporcionalidade. Correspondentemente somente abusos evidentes da liberdade de conformação legislativa serão passíveis de apreensão jurídica.

3. Crítica fundamental à política de proteção do meio ambiente praticada até o momento

Porém, - não obstante a ampla liberdade de conformação legislativa por parte do Estado, especialmente por parte do legislador – seriam suficientes meras correções e perenizações do direito vigente para assegurar uma efetiva proteção do meio ambiente ou de fato se fazem necessárias soluções que vão além disso? Para dar uma resposta a essa pergunta devemos considerar a crítica daqueles que atribuem equivocação parcial ou até fracasso à política para o meio ambiente praticada até o momento. Quanto a isso, o ponto de partida de cada um dos críticos é extremamente diferenciado, o que leva a que as causas por eles alegadas para a equivocação ou o fracasso da política para o meio ambiente divergem claramente umas das outras.

⁵⁵ Cf. E. SCHMIDT-ABMANN, *BUG-E zum Umweltplanungsrecht*, MS [Manuscrito], 1988, inédito, Tese 4, p. 37.

⁵⁶ Cf. a exposição em R. BREUER, *Grundprobleme des Umweltschutzes aus juristischer Sicht*, in: E. M. WENZ/O. ISSING/H. HOFMANN, *Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz*, München, 1987, p. 21ss.

(a) Crítica socialista ao sistema

Uma crítica fundamental à política para o meio ambiente praticada até o momento tem seu ponto de apoio sobretudo no sistema econômico vigente e interpreta a crise ambiental como crise do sistema econômico capitalista. A crescente sobrecarga do ecossistema é, portanto, consequência do fato de os sujeitos econômicos adotarem um modo de agir orientado na maximização do lucro às custas inclusive e sobretudo das bases naturais da vida.⁵⁷ Por essa razão, uma política eficaz para o meio ambiente pressuporia uma modificação fundamental do sistema econômico (e social) vigente. Essa crítica socialista ao sistema ignora, porém, que o sistema marxista também se orienta fundamentalmente no crescimento.

(b) A tese do fracasso do Estado

Um tipo de crítica um tanto diferente parte daqueles que acusam a política para o meio ambiente praticada até o momento de ter colocado metas demasiado tímidas. Também neste caso se faz uma crítica ao sistema, que consiste especialmente em acusar os políticos responsáveis pelo meio ambiente de não terem feito valer suficientemente o interesse por uma proteção eficaz do meio ambiente contra os interesses de grupos sociais mais influentes (indústria, sindicatos, motoristas, etc.).

Sendo assim, a política para o meio ambiente praticada até o momento teria se limitado sobretudo a combater os sintomas da sobrecarga do meio ambiente. Nesse âmbito a política para o meio ambiente praticada até o momento até teria sido perfeitamente exitosa. Todavia, esses êxitos estariam baseados essencialmente em deslocamentos de problemas e efeitos gratuitos em contraposição com indenizações que chegam à casa dos bilhões e fortes discrepâncias na relação “custo-benefício” decorrentes da negligência da prevenção.⁵⁸

Em decorrência disso, uma política eficaz para o meio ambiente requereria uma maneira completamente nova de aquilatar o meio ambiente. Enquanto não lhe fosse atribuído um valor (ético-filosófico) próprio na consciência do povo em geral e do políticos, a política para o meio ambiente tampouco teria mais do que um valor secundário no conflito de interesses. A valorização do meio ambiente deveria se refletir na asseguarção de direitos próprios à natureza, que teriam de ser considerados na ponderação dos interesses conflitantes

⁵⁷ Representativamente por muitos v. U. BRIEFS, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1988, p. 684ss. (aqui p. 684s.); G. KADE, *Ökonomische und gesellschaftliche Aspekte des Umweltschutzes, Gewerkschaftliche Monatshefte*, 1971, p. 257ss.

[Die Wertschätzung der Umwelt müsse sich in der Gewährung eigener Rechte der Natur widerspiegeln, die in der Abwägung widerstreitender Interessen zu berücksichtigen seien]. Sem a renúncia, nisso implicada, à proteção antropocêntrica do meio ambiente em favor de uma proteção ecocêntrica do meio ambiente não seria possível chegar a uma proteção eficaz do meio ambiente. Em vista disso, restaria, justamente numa democracia, a seguinte pergunta: o fracasso do Estado não é sempre também um fracasso da sociedade? Assim sendo, fica em aberto se o conceito “fracasso” (*Versagen*) de todas maneiras representa uma descrição acertada e justa do papel do Estado na proteção do meio ambiente.

(c) A crítica nos termos da economia de mercado

Uma terceira corrente⁵⁹ vê a causa da proteção insuficiente do meio ambiente sobretudo na orientação demasiado forte da política para o meio ambiente em instrumentos de ordem legal. Uma proteção burocrática do meio ambiente que se apóia em primeira linha em instrumentos de ordem legal seria inefetiva ou muito cara – isto, em todo caso, fora do âmbito do afastamento de perigos agudos. Em vista disso, sugere-se que o caminho para chegar, de modo mais favorável à economia nacional e mais efetivo para o meio ambiente, a uma melhora da situação ambiental passaria pela retração das atividades estatais relativas ao meio ambiente e pelo fortalecimento concomitante dos instrumentos da economia de mercado para a proteção do meio ambiente. Para isso são propostos diversos instrumentos da economia de mercado que ainda deverão ser abordados individualmente. Neste ponto já se deve advertir contra a falsa alternativa “ordem legal ou instrumentos da economia de mercado”.

4. Síntese

Qualquer que seja a evolução que tomará o instrumental da política ambiental e do direito ambiental, uma coisa é certa: ela trará conseqüências para a estrutura tanto política

⁵⁸ M. JÄNICKE, *Staatsversagen*, 2. ed., München, 1987, p. 67ss.

⁵⁹ Sinteticamente H. BONUS, *Marktwirtschaftliche Konzepte im Umweltschutz*, Stuttgart, 1984; ID., *Ökologie und Marktwirtschaft - Ein unüberwindbarer Gegensatz?*, *Universitas*, 1986, p. 1121ss.; K. H. HANSMEYER, *ZfU*, 1988, p. 231ss.; cf. também K. R. KABELITZ, *Eigentumsrechte und Nutzungslizenzen als Instrumente einer ökonomisch rationalen Luftreinhaltepolitik*, München, 1984; tratam das questões jurídicas dos instrumentos da economia de mercado: A. BLANKENAGEL, *Umweltzertifikate - Die rechtliche Problematik*, in: E. M. WENZ / O. ISSING / H. HOFMANN (Eds.), *Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz*, München, 1987, p. 71ss.; R. BREUER, *Grundprobleme des Umweltschutzes aus rechtlicher Sicht*, in: *id., ibid.*, p. 21ss. (aqui p. 51ss.); H. G. HOFMANN, *Rechtsprobleme marktwirtschaftlicher Modelllösungen zur Reduzierung der Schadstoffemissionen*, in: BAUMANN (Ed.), *Rechtsschutz für den Wald*, Heidelberg, 1986, p. 75ss.; P. KOHTE, *Einführung ökonomischer Instrumente in die Luftreinhaltepolitik*, *ZRP*, 1985, p. 145ss. Um projeto de lei se encontra em E. NIEßLEIN, *Marktwirtschaftliche Instrumente - eine politische Vorgabe für das Umweltrecht*, in: R. BREUER/M. KLOEPFER/P. MARBURGER/M. SCHRÖDER (Eds.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (UTR)*, n. 5, 1988, p. 71ss. (aqui p. 81ss.).

quanto social da República Federal da Alemanha. Por essa razão, exporemos a seguir com mais detalhes os modelos de Estado que decorrem dos princípios de reflexão que acabamos de apresentar e abordaremos sucintamente as perguntas deles decorrentes.

V. Que aparência poderia ter o futuro Estado ecologicamente orientado?

As exposições a seguir querem ser entendidas em princípio como ensaio de análise prospectiva da situação que poderá resultar da evolução que já se delineia do direito vigente à luz do suposto desenvolvimento posterior do âmbito de regulação social em questão.⁶⁰ Pois somente a estimativa prospectiva de modelos futuros de Estado em vista de desenvolvimentos que restringem a liberdade ou modificam a estrutura do Estado pode assegurar uma proteção efetiva da Constituição contra possíveis desenvolvimentos equivocados nesse tocante.

Paralelamente a essas questões legais deveremos examinar que modelo presumivelmente apresentará a melhor qualificação para assegurar proteção às bases naturais da vida. Por essa razão, no que segue serão retomados alguns problemas e questionamentos a serem aprofundados no quadro do projeto “Estado ambiental”, sendo que, neste ponto, a ênfase recairá antes sobre problemas jurídicos e da ciência econômica. Deveremos renunciar aqui a um prognóstico do desenvolvimento da situação ambiental, embora justamente este também marque decisivamente a pergunta pelo Estado ambiental.

1. Soluções globais

A dimensão global de muitos problemas ambientais faz supor que uma solução para a crise ambiental só poderá ser obtida por intermédio de uma estratégia global. Tal estratégia, porém, - assim se supõe - só poderá ser realizada por uma instituição central no plano mundial. Conseqüentemente, segundo essa concepção, uma política eficaz para o meio ambiente só pode ser levada a cabo por um governo mundial - qualquer que seja sua configuração - ou por formas multilaterais de organização.

(a) Governo mundial

Por sua pretensão, o processo de tomada de decisão centralizado em um governo mundial visa facilitar a resolução de problemas ambientais globais. No entanto, a problemática de tais modelos de governo mundial consiste, por um lado, em sua possibilidade

⁶⁰ P. C. MAYER-TASCH, comentário in: A. ROBNAGEL, *Radioaktiver Zerfall der Grundrechte*, München, 1984, p. 241ss. (aqui p. 242).

extremamente remota de realização (política) e, por outro, nos efeitos colaterais associados a essa realização, que devem ser considerados negativos.

No que diz respeito à probabilidade dos pressupostos da concretização de fato de um modelo de governo mundial, parece praticamente impensável que, dentro de um prazo previsível, o pensamento estatal individualista ou nacionalista possa ser fundamentalmente superado e uma base mundial comum de valores fundamentais, necessária à realização do modelo, possa ser criada; isso não exclui a aproximação internacional intensificada especialmente em certas regiões do mundo. Além disso, um governo mundial pressupõe um aparato burocrático de dimensões globais com estruturas decisórias tendencialmente autoritárias – por causa dos problemas de atribuição que forçosamente emergirão. De resto, são inquestionáveis as vantagens políticas de cunho geral da expressão descentralizada da vontade no plano mundial, expressão essa que foi ganhando corpo no decorrer da história.

Portanto, apesar da situação acima descrita, um executivo mundial centralizado não parece provável nem desejável. Por isso, no que segue queremos partir do fato de que o sistema de Estados nacionais plurais vigente até aqui persistirá também no futuro.

(b) Demais modelos

A rejeição do modelo do governo mundial não exclui qualquer possibilidade de uma solução multilateral, globalmente harmonizadora, dos problemas ambientais. Sob o impacto das ameaças crescentes ao ambiente natural e do reconhecimento de que determinadas problemáticas só poderão ser solucionadas pelo conjunto de todos os Estados, haverá daqui por diante mais do que até agora atividades ambientais concertadas internacionalmente. Deve ficar em aberto neste ponto se nesse contexto ocorrerão deslocamentos de competências dos Estados nacionais para organizações internacionais ou supranacionais e, em caso afirmativo, até que ponto isso é possível no quadro da Constituição em vigor na Alemanha.

Para o âmbito europeu é importante examinar que efeitos as competências e autorizações de ação das Comunidades Europeias (agora expressamente reconhecidas pela Ata da União Europeia) sazonom na área do direito ambiental em vista das competências⁶¹ nacionais e espaços de manobra dos Estados-membros. Nesse tocante, devem ser mencionadas especialmente as restrições (ou os deslocamentos) na soberania decorrentes do

⁶¹ Isto é problemático sobretudo também para os Estados alemães; cf., p. ex., D. DÖRR, Die Europäischen Gemeinschaften und die deutschen Bundesländer, *NWVBl*, 1988, p. 289ss.; M. SCHRÖDER, Bundesstaatliche Erosionen im Prozeß der europäischen Integration, *JöR N.F. [Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, nova série]*, n. 35, 1986, p. 83ss.

reconhecimento da primazia fundamental do direito comunitário europeu (admissíveis no quadro do art. 24 inciso 1 da Constituição alemã e na forma respectivamente do art. 23 da Lei Fundamental) e as restrições - resultantes da Resolução “Enquanto-II” [“*Solange-II*”-*Beschluss*] do Supremo Tribunal Constitucional (E 73, 339) - na proteção (constitucionalmente ancorada) do direito fundamental em prol da proteção do direito fundamental baseada no direito judicial no interior das Comunidades Europeias. Todavia, de uma retração preponderante ou até total das competências dos Estados nacionais (na área da proteção do meio ambiente) ainda não se poderá partir num futuro previsível.

2. *Soluções estatais individuais*

Portanto, se são os Estados existentes (individualmente, em grupos ou em conjunto) que têm de resolver o problema ambiental, resta perguntar como deve se estruturar o Estado individualmente para se colocar à altura dessa tarefa. Em conexão com isso, parece proveitoso apresentar alguns modelos teóricos desenvolvidos nesse contexto ou em contextos afins. Sobre a base de tais modelos será possível, então, ponderar melhor as chances e os riscos oferecidos por uma proteção do meio ambiente de cunho estatal reforçado (ou minorado em favor de atividades promovidas pela sociedade).

(a) **Modelos de Estado totalitários**

Partindo da reflexão de que, em vista das crescentes sobrecargas impostas ao meio ambiente, no futuro não se poderá mais sustentar ecologicamente um crescimento continuado da produção, multiplicam-se desde meados dos anos de 1970 as vozes predizendo que uma solução para o problema ambiental advirá antes de sistemas totalitários, sem que vejam isso com bons olhos. Porque, de acordo com essa visão, a “adaptação” dos seres humanos aos novos parâmetros, que se tornou necessária devido à parada no crescimento da produção, só poderá ser efetuada por um Estado forte, centralizado e organizado como economia planificada. Somente o Estado planificador e atribuidor dotado de competências abrangentes poderia funcionar como “instância de regulamentação” das múltiplas demandas.⁶²

Desse modo, está no ar a visão de um Estado ambiental total [*totalen Umweltstaates*], isto é, uma espécie de “ecoditadura” (*Ökodiktatur*), algo que não é politicamente desejável nem coadunável com a Constituição em vigor, independentemente de se o Estado optará por

⁶² Cf. sobre isso H. GRUHL, *Ein Planet wird geplündert*, Frankfurt, 1975, p. 306ss.; W. HARICH, *Kommunismus ohne Wachstum*, Reinbek, 1975, *passim*; R. L. HEILBRONER, *Die Zukunft der Menschheit*, Frankfurt, 1976, p. 99.

impor o seu monopólio decisório mantendo as relações de propriedade vigentes até o momento (razão pela qual essa forma de Estado pode ser chamada de “ecofascismo” [Ökofaschismus]⁶³) ou se o fará suspendendo o poder privado de dispor sobre bens relevantes ao meio ambiente (o que poderíamos chamar de “ecosocialismo” [Ökosozialismus]⁶⁴ - totalitário -). Por essa razão, uma transição para tal forma de Estado no território da República Federal da Alemanha é concebível apenas na hipótese de uma invalidação violenta (ecologicamente condicionada?) da ordem constitucional e, em conseqüência, será desconsiderada na análise a seguir – restrita a um desenvolvimento continuado no interior dos limites (formais) da Constituição.

(b) Perda furtiva da liberdade?

Todavia, também para além de uma decisão genérica, no que se refere ao meio ambiente, em favor de um Estado totalitário, é de se esperar que a necessidade decorrente da crise ecológica de impor restrições à produção e ao consumo, assim como a necessidade de proceder a regulamentações dos demais comportamentos relevantes para o meio ambiente, serão alegadas como justificativa quase automática para as restrições à liberdade [Freiheitseinschränkungen] que invariavelmente devem ser esperadas.⁶⁵

Pressupondo que Estado e sociedade possam se contrapor exitosamente a desenvolvimentos revolucionários – principalmente se não se chegar ao ponto de uma deterioração dramática da situação ambiental -, isso não significa que não poderiam se dar outras formas ou elementos formais mais dissimulados, mais furtivos, de “ecoditadura”.

Seria de pensar, p. ex., num regime burocrático-tecnocrático de assim chamadas “elites ecológicas”, que poderia encontrar sua legitimação na consciência ecológica das elites e na política ecologicamente orientada defendida por estas.⁶⁶ Desse modo se estabeleceria – com a manutenção, em primeiro plano, como fachada, das estruturas estatais constitucionalmente vigentes – uma ordem estatal – em todo caso parcialmente - autoritária,

⁶³ Cf. sobre esse conceito A. GORZ, *Ökologie und Politik*, Reinbek, 1972, p. 75ss. (aqui p. 86); V. RONGE, in: M. JÄNICKE, *Umweltpolitik*, Opladen, 1978, p. 213ss. (aqui p. 233ss.).

⁶⁴ Assim, entre outros, o controle do poder empresarial pela transformação de meios de produção em propriedade comum e uma condução ecológica dos investimentos fazem parte dos fundamentos de uma política econômica eco-socialista - cf., p. ex., K.-J. SCHERER/F. VILMAR, *Ökosozialismus?*, 2. ed., Berlim, 1986, p. 104ss.

⁶⁵ Se o desenvolvimento indicado realmente se limitará a uma “possibilidade teórica” – como pensa D. MURSWIEK, *JZ*, 1988, p. 985ss. (aqui p. 985) – depende decisivamente de que suas possíveis causas sejam analisadas e precocemente combatidas - cf. também P. C. MAYER-TASCH, *Universitas*, 1986 1200ss. (aqui p. 1203s.).

⁶⁶ H. M. SCHÖNHERR, *Philosophie und Ökologie*, Essen, 1985, p. 81.

conduzida e organizada a partir de um centro. Também se pode conceber esse tipo de sistema ou ligado à manutenção formal da propriedade privada (ainda que sob obrigação) ou associado com a socialização dos bens relevantes ao meio ambiente.

Tal desenvolvimento das democracias ocidentais, na esteira da destruição progressiva do meio ambiente e da necessidade crescente daí decorrente de regulamentação estatal do comportamento ambientalmente relevante, parece mais provável do que uma conversão revolucionária em ecoditadura totalitária. Não é necessário definir aqui o grau de probabilidade de tal mudança.

Os possíveis perigos de uma mudança gradativa da relevância das determinações constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais, pressionada por certas evoluções (irreversíveis), já foram apresentados em outro contexto (exploração da energia nuclear).⁶⁷ Algo similar pode valer também para a ampliação da proteção do meio ambiente visando debelar uma crise ambiental que está se agravando. Justamente por essa razão e por causa do caráter furtivo (*schleichenden Charakters*) de tal transformação, esse modelo para o futuro com certeza representa o maior dos perigos para a ordem constitucional vigente. Em todo caso, a perda de liberdade (*Freiheitsverlust*) mediante muitos pequenos passos é algo muito mais realista do que uma “revolução eco-estatal” [*Ökostaatsumsturz*].

(c) “Societarização” (*Vergesellschaftung*)* da proteção do meio ambiente como contramedida

Toda ditadura pressupõe uma “monopolização do poder do Estado”.⁶⁸ Conseqüentemente a evolução descrita rumo a uma “ecoditadura” poderia ser prevenida – com a melhoria concomitante da situação ambiental – mediante a restrição ampla do papel do Estado na proteção do meio ambiente e a aposta nas forças da sociedade. Nesse tocante, pode-se identificar duas concepções totalmente divergentes, mais precisamente, o princípio da economia de mercado e um princípio mais alternativo:

⁶⁷ A. ROBNAGEL, *Radioaktiver Zerfall der Grundrechte*, München, 1984, *passim*, que, no entanto, argumenta de modo bastante unilateral.

* N. Trad. Optamos por utilizar o neologismo „societarização“ e não socialização, pois a idéia está na predominância da sociedade (comunizada) sobre o estatal (comunizado).

⁶⁸ H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur*, Tübingen, 1930, *apud* E. HENNING, *Diktatur*, in: A. GÖRLITZ (Ed.), *Handlexikon zur Politikwissenschaft*, v. 1, Reinbek, 1973, p. 75.

O princípio da economia de mercado

Na bibliografia sobre o assunto, um dos grupos vê nos instrumentos da economia de mercado princípios eficazes para uma melhoria da qualidade ambiental.⁶⁹ De acordo com isso, não existe uma contradição fundamentalmente insuperável entre ecologia e economia de mercado, já que ambos consistiriam de complexos reguladores, cujos mecanismos estariam analogamente estruturados. Mediante a vinculação dos dois complexos seria possível realizar uma ecologia compatível com o mercado. A vinculação poderia ser produzida nos seguintes termos: os bens ambientais, que até agora foram explorados como bens livremente disponíveis, passariam a ser tratados como bens escassos. A monitoria [ou controle] seria feita, conseqüentemente, pela via do preço mediante a utilização de mecanismos simulados de mercado. Isso poderia ocorrer tanto através de uma fixação do preço, isto é, pela determinação (estatal) de um preço pela utilização do meio ambiente (solução pelo tributo), quanto através de uma fixação de quotas (efetuada pelo Estado), isto é, pela contingenciamento de direitos de poluição ([*Kontingentierung von Verschmutzungsrechten*] *Zertifikatslösung* - solução pelo certificado), quanto através de formas que se situam entre essas “soluções angulares” (p. ex. através da “solução da taxa flexível”, “liga de emissões [*Emissionsverbund*]*” ou “soluções compensatórias”). O papel (de qualquer modo importante) do Estado consistiria na determinação do preço ou das cotas fixados com base em decisões políticas.

Um exemplo corrente, a emissão possível de gases de “efeito estufa” desde 01/01/2005 foi medida mediante o comércio de licenças de emissão (ou seja, direitos de contaminação) com a edição da TEHG.*

Além disso, são discutidas possibilidades de inclusão dos interesses ambientais em processos decisórios de economia empresarial (contabilidade ecológica [*ökologische Buchhaltung*])⁷⁰. Também desse modo – em caso de êxito – poderiam ser evitadas intervenções estatais nas rotinas empresariais e se poderia chegar a uma maior privatização da proteção do meio ambiente.

⁶⁹ Cf. as comprovações na nota 43.

* N. Trad. A “liga de emissões” é uma união oficialmente permitida de detentores de fontes de emissão de poluentes, com a finalidade de compensar a cota maior de emissões de um com a cota menor de outro, sendo que o somatório final deve ser menor do que a soma do total permitido a todos em caso de emissão individual. V. exemplo dessa regulamentação em n.ethz.ch/student/berthflo/download/umweltrecht/rechtteil8.doc. – Ademais, cf. Kloepfer, *Umweltrechts*, 2004, p. 115, 122, 263, 312.

* Cf. nota de pé de página n. 39 *retro*.

⁷⁰ Cf. R. MÜLLER-WENK, *Die ökologische Buchhaltung*, Frankfurt, 1978, *passim*.

Cada uma das soluções apresentadas carece de um exame mais detalhado em vista de sua admissibilidade e conformação jurídica, sua praticabilidade e seus efeitos econômicos e político-ambientais. Não se deve ignorar que os instrumentos de proteção do Estado de direito e da Constituição até agora utilizados, em comparação com os instrumentos flexíveis, não pegam ou dificilmente pegam devido à voluntariedade jurídica do comportamento pretendido, e por serem relativamente impotentes em termos jurídicos frente às situações de pressão econômica.

O desmonte das intervenções diretas do Estado levanta a pergunta se e em que medida o direito privado poderá ser instrumentalizado futuramente (para além do endurecimento planejado do direito ambiental) visando a um maior efetividade da proteção do meio ambiente.⁷¹

Em vista dos deveres de proteção constitucionais do Estado (*verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Staates*) acima descritos, porém, não é possível uma substituição fundamental ou até completa da proteção estatal do meio ambiente por um instrumental não estatalmente sustentado (e responsabilizado). Em consequência disso, carece-se no mínimo de uma fixação das metas por parte do Estado.

Uma desestatização ampla da proteção do meio ambiente de modo algum seria unanimemente aplaudida; ela toparia, antes, com a resistência de amplas parcelas da sociedade. Bordões como “mercantilização do meio ambiente”,⁷² “privatização da natureza”,⁷³ ou “capitalismo ecológico”⁷⁴ deixam claro que o princípio da economia de mercado está exposto a uma crítica fundamental, que certamente dificultaria a realização desse modelo. Mas também caso se insista no sistema de proteção estatal do meio ambiente, caracterizado em primeira linha pela ordem legal, resta a pergunta em que medida se pretende permitir a participação de forças “sociais” e – em caso afirmativo – que forma jurídica esta poderia assumir. Especialmente no âmbito da normatização técnica, mas também em outros âmbitos, ainda há muitas questões em aberto referentes à participação de promotores não estatais de proteção do meio ambiente.

⁷¹ Sobre o papel do direito civil na proteção ambiental cf. especialmente P. MARBURGER, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, Gutachten C zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986, in: *Verhandlungen des 56. DJT*, v. 1, 1986, C 101ss.; M. KLOEPFER, *VerwArch [Das Verwaltungsarchiv]*, n. 76, 1985, p. 371 (379ss.).

⁷² B. M. MALUNAT, *NuR*, 1984, p. 1ss.

⁷³ K. KRUSEWITZ, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1983, p. 1083ss.

⁷⁴ U. BRIEFS, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1988, p. 684ss.

O viés “alternativo”

Um caminho fundamentalmente diferente rumo à “societarização” (*Vergesellschaftung*^{*}) da proteção do meio ambiente é proposto especialmente pelo assim chamado movimento “alternativo”.⁷⁵ De acordo com ele, o Estado até deve, por um lado, continuar a impedir modos de produção danosos ao meio ambiente mediante proibições e taxações, mas por outro lado ele deve também promover, pela disponibilização de recursos financeiros, a construção de uma assim chamada economia cíclica [ou circular], de organização descentralizada, autogerida e compatível com o meio ambiente. Com as exigências de descentralização (espacial tanto quanto setorial) e autogestão se associa a suposição de que um sistema composto de unidades mínimas, devido a sua grande flexibilidade e maior facilidade de monitoramento, seria mais facilmente adaptável às exigências ecológicas do que no caso do atual sistema econômico.

Conseqüentemente, quanto mais próximo se estiver das metas propostas, tanto mais ficará reduzida a importância do Estado na proteção do meio ambiente. Assim sendo, a “concepção alternativa” aposta em primeira linha no comportamento consciente do meio ambiente e compatível com ele por parte dos cidadãos. Isto, porém, pressupõe – bem mais do que nos demais modelos – que tenha ocorrido na população uma correspondente mudança de valores (isto é, uma certa renúncia ao conforto em prol de um melhoramento da qualidade de vida não material).

Desregulamentação, etc.

A assim chamada discussão sobre a desregulamentação possui certos paralelos no nível das conclusões com as propostas apresentadas, e isto (também) no âmbito da proteção do meio ambiente, embora ela em princípio tenha pontos de partida teóricos diferentes, não “alternativos”. Mais do ponto de vista liberal da economia de mercado é travado já há bastante tempo um debate em torno da limitação do poder regulador do Estado em prol de uma maior autodeterminação social. Esse debate é conhecido de um público mais amplo também pelas palavras-chave – não coincidentes - “desregulamentação”, “desjuridicização”, “desburocratização”, “desestatização” ou “privatização de tarefas públicas” (*Privatisierung öffentlicher Aufgaben*). Todavia, tais concepções sempre levantam a pergunta em que medida

^{*} Cf. N. Trad. p. 32 *retro*, justificando o neologismo.

⁷⁵ Cf. sobre isso, p. ex., C. AMERY, *Natur als Politik*, Reinbek, 1980, *passim*; U. BRIEFS, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 1988, p. 684ss.

elas podem ser coadunadas com os deveres de proteção constitucionalmente prescritos, acima apresentados.⁷⁶

(d) O Estado ambiental “cooperativo”

Um princípio adicional poderia ser designado com o conceito do “Estado ambiental cooperativo” (*kooperativen Umweltstaates*), sendo que o conceito “cooperação” é utilizado em vários sentidos: em primeiro lugar, esse conceito recebe o significado tradicional circunscrito pelo princípio cooperativo de política ambiental. De acordo com isso, o princípio da cooperação consiste – em termos genéricos – em seu cerne na colaboração entre Estado e sociedade na proteção ao meio ambiente e especialmente na participação das forças sociais na formação da vontade político-ambiental e no processo decisório. A inclusão de particulares reforça, inicialmente, a consciência de responsabilidade das forças sociais pela proteção ao meio ambiente e se presta ademais à limitação do poder do Estado, o que diminui o risco de eliminação (parcial) das estruturas democráticas e dos direitos individuais à liberdade. Caso uma cooperação nos termos da delimitação acima descrita de tarefas estatais e sociais seja possível, ela, no entanto, cumpre o seu propósito essencialmente apenas quando os aportes da colaboração fundados no princípio da cooperação realmente repousarem na voluntariedade. Em razão disso, eles são passíveis de ordenação legal apenas de modo bastante condicionado. Quando muito se pode disponibilizar quadros de referência legais. Em consequência disso, desde o princípio apenas aspectos parciais do princípio de cooperação podem ficar evidentes nas regulamentações legais.

Para além disso, é objeto de reflexão se um “Estado ambiental cooperativo” não deveria também basear-se numa cooperação entre ser humano e natureza. Esse princípio, inspirado na filosofia da natureza, que de início parece terminologicamente um tanto estranho, quer superar a orientação até agora predominantemente antropocêntrica da proteção do meio ambiente e, por essa razão, conceder à natureza uma condição jurídica própria,⁷⁷ que teria de ser levada em conta na exploração da natureza, que também no futuro

⁷⁶ Manifestam-se criticamente em relação a uma desestatização da desincumbência de tarefas formulada em termos fundamentais (o “Estado mínimo” conforme R. NOZICK, *Anarchie, Staat, Utopia*, München, s/d. *passim*), p. ex., C. BOHR, *Liberalismus und Minimalismus*, Heidelberg, 1985, p. 117ss.; E. DENNINGER, *KJ*, 1988, p. 1ss.

⁷⁷ Do ponto de vista ético-filosófico: H. LENK, *AZP [Allgemeine Zeitschrift für Philosophie]*, n. 3, 1983, p. 1ss.; H. M. SCHÖNHERR, *Universitas*, 1986, p. 687ss.; do ponto de vista da teoria do direito: H. v. LERSNER, *NVwZ*, 1988, p. 988ss.; G. STUTZIN, *Rechtstheorie II*, 1980, p. 344ss.; representando uma “concepção ecológica do direito”: K. BOSSELMANN, *KJ*, 1986, p. 1ss. O que parece problemático nessa concepção é sobretudo a questão do fiduciário; cf. sobre isso E. GASSNER, *Treuhandklage zugunsten von Natur und Landschaft*, Berlim, 1984, *passim*; a respeito de um “direito ambiental coletivo”, v. S. LANGER, *NuR*, 1986, p.

inevitavelmente teria de prosseguir. As conseqüências associadas a isso, como, por exemplo, a conformação jurídica da “comunhão legal com a natureza”⁷⁸ fundamentada nesses termos, teriam de ser examinadas – também em vista de sua compatibilidade com o princípio (em primeira linha) antropocêntrico da Constituição. Entretanto, realistas parecem ser neste ponto – caso isso seja possível – antes as construções fiduciárias. Mas talvez esse princípio nem seja juridicamente realizável.

Ademais o Estado ambiental poderia se referir especialmente à cooperação no nível estadual e, desse modo, tematizar a colaboração entre as corporações locais com a finalidade de chegar a uma proteção melhorada do meio ambiente.

O quarto estágio deveria ser vislumbrado então na cooperação internacional já mencionada acima, que pode ser instrumentalizada mais fortemente visando solucionar os problemas que os Estados nacionais não conseguem resolver.

A combinação dos significados acima referidos de cooperação na proteção do meio ambiente poderia levar a uma liga – em primeira linha relevante para a política ambiental – entre ser humano, Estado e natureza que ultrapassa as fronteiras estaduais. Ainda teria de ser discutido com mais profundidade se nessa liga se poderia vislumbrar um modelo realista para um futuro Estado ambiental.

VI. Perspectiva

As exposições precedentes mostram que a evolução para um Estado ambiental já está em andamento na República Federal da Alemanha e também em outras regiões. Tudo indica que ela não levará à introdução de um dos modelos apresentados em sua “forma pura” nos modernos Estados industriais do Ocidente. Pois trata-se de modelos teóricos, cuja realização prática levaria a relativizações. É de se esperar, antes, a imposição de uma forma mista entre administração estatal do meio ambiente e mecanismos de compensação próprios do direito privado.

O modo como os pesos serão distribuídos em cada caso dependerá sobretudo de se a crise ambiental (global tanto quanto regional) poderá ser dominada e, em caso afirmativo, com que rapidez isso será feito. Pois é de se duvidar que, no caso de um agravamento (dramático) da crise ambiental, o sistema político e jurídico estará em condições de restringir, nas condições que se instaurarão, as medidas necessárias à preservação das bases naturais da

270ss.

⁷⁸ K. M. MEYER-ABICH, *Wege zum Frieden mit der Natur*, München, 1984, p. 162ss.

vida a tal ponto que o nível de liberdade alcançado possa ser mantido. Assim sendo, a proteção do meio ambiente deve ser concebida também como proteção da Constituição liberal vigente.⁷⁹*

Isso levanta a pergunta fundamental pela tarefa da ciência jurídica na solução da crise ambiental e, desse modo, na manutenção das liberdades individuais e dos princípios estruturadores do Estado. Não é aceitável que a ciência jurídica apenas acompanhe o desenvolvimento por assim dizer como “retaguarda do progresso social” (*Nachhut des gesellschaftlichen Fortschritts*)⁸⁰ e procure evitar o pior. Ao contrário, - justamente por causa do perigo da perda furtiva da liberdade em consequência de assim chamadas compulsoriedades na política para o meio ambiente - esse desenvolvimento deve ser precoce e conjuntamente moldado, para que as verdades individuais e os princípios estruturadores do Estado possam ser eficazmente protegidos.

Nesse tocante, porém, não se deve confiar unicamente na eficácia das restrições jurídicas. É importante que desenvolvimentos negativos a serem esperados sejam submetidos em tempo à discussão do conjunto da sociedade, para que se possa travar um debate público acerca do caminho certo na proteção do meio ambiente. Exige-se sobretudo das ciências econômicas, mas também de outras ciências sociais, que investiguem novos instrumentos, incluindo em especial a sua efetividade e aceitabilidade.

As exigências ao direito ou à ciência jurídica, mas também ao sistema político e econômico aumentarão no futuro. A avaliação de desenvolvimentos futuros, necessária como base para a discussão pelo conjunto da sociedade, nunca fez parte do núcleo da atividade jurídica. Contudo, quanto mais os problemas reais desfraldam efeitos de longo prazo, tanto mais as estratégias de solução de problemas lançam seus efeitos para o futuro. Porém, estratégias de longo prazo necessitam precocemente de uma apreciação jurídica abrangente, especialmente quando põem em marcha desenvolvimentos irreversíveis ou que só com dificuldade podem ser revertidos.

Isso vale – como foi mostrado – também para a proteção das bases naturais da vida. Pois se está demandando uma política para o meio ambiente (projetada para o longo prazo), cujo instrumental atue de modo eficiente, isto é, imediato e duradouro, sem entrar em conflito com os valores fundamentais da Constituição. O desenvolvimento desse instrumental exige

⁷⁹ Cf. também P. C. MAYER-TASCH, *Universitas*, 1986, p. 1200ss. (aqui p. 1203s.).

* N. Trad., aqui também no sentido emancipatório.

⁸⁰ H. v. LERSNER, *Rechtliche Instrumente der Umweltpolitik*, in: M. JÄNICKE/ U. E. SIMONIS/G.

da ciência jurídica, assim como das ciências econômicas e sociais, e também das ciências naturais ou das disciplinas técnicas, um diálogo interdisciplinar mais intenso do que o praticado até o momento, visando ao aprimoramento da análise prospectiva dos efeitos futuros aqui apenas indicada. Caso contrário, aumentarão as dúvidas sobre se a sociedade moderna é capaz de preparar-se, no quadro do Estado de direito e com os recursos do direito, para as situações ecológicas que oferecem perigo.⁸¹ Uma proteção do meio ambiente não juridicamente determinada, todavia, aumentaria o risco de decisões arbitrárias em atividades relativas ao meio ambiente e, no final das contas, destruiria o sistema político da democracia libertária do Estado de direito. É preciso impedir essa evolução, porque a qualidade da vida não é determinada apenas por um meio ambiente digno, mas também por um sistema político humano.

WEIGMANN, *Wissen für die Umwelt*, Berlim, 1985, p. 196ss. (aqui p. 197).

⁸¹ Cf. sobre isso N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986, p. 124ss.