

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: PRODUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO**

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
EM MATÉRIA AMBIENTAL**

**MICHELI POLIPPO**

**Itajaí, dezembro de 2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: PRODUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO**

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
EM MATÉRIA AMBIENTAL**

**MICHELI POLIPPO**

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí –  
UNIVALI, como requisito parcial à  
obtenção do Título de Mestre em  
Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Zenildo Bodnar**

**Itajaí, dezembro de 2008**

## **AGRADECIMENTO**

**A Deus.**

À minha **família** e aos **amigos** que me apoiaram durante o período em que estive dedicada à dissertação, contribuindo para que a conclusão fosse possível.

Ao meu **orientador, Professor Doutor Zenildo Bodnar**, por tornar o projeto uma realidade, orientando-me com zelo, dedicação e carinho.

Aos **professores do Mestrado da UNIVALI**, pelos ensinamentos que ampliaram minha visão da Ciência do Direito, especialmente os Professores Doutores Osvaldo Ferreira de Melo, Maria da Graça dos Santos Dias, Claudia Rosane Roesler e Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori.

Ao **Professor Doutor Moacyr Motta da Silva** pelo seu apoio, suas lições e seu exemplo para todos.

Ao **Professor Mestre Clóvis Demarchi** pelo auxílio e correção metodológica.

Aos **funcionários** do Mestrado da UNIVALI, pela atenção, presteza e dedicação.

A todos que, de alguma forma, prestaram incentivo e contribuíram para a realização desta dissertação.

**Muito Obrigada!**

Com meu amor e saudade, dedico esta obra ao Fernando. Dedico também à minha querida avó Ilca, por ser um exemplo de vida para todos nós.

"É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançando triunfo e glória, mesmo expondo-se à derrota, do que formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito, nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta e não conhecem vitória nem derrota".

Theodore Roosevelt

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí, dezembro de 2008.**

**Micheli Polippo  
Mestranda**

## PÁGINA DE APROVAÇÃO

## ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>Art.</b>	Artigo
<b>CRFB/88</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>ONGs</b>	Organizações não-governamentais
<b>ECO-92</b>	Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1972.
<b>CONAMA</b>	Conselho Nacional do Meio Ambiente
<b>EIA/RIMA</b>	Estudo prévio de impacto ambiental/Relatório de impacto ambiental
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>PNDR</b>	Programa Nacional de Desenvolvimento Regional
<b>ACP</b>	Ação Civil Pública
<b>UCA</b>	Unidades de Crédito Ambiental

## **ROL DE CATEGORIAS**

### **Direito Fundamental**

“[...] os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se faz sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo [...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”<sup>1</sup>.

### **Dever Fundamental**

“[...] vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. [...] o reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública [...] reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais. [...] Foi o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos que, já no âmbito do Estado Social, acabou levando a um fortalecimento da noção de

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70/72.

deveres fundamentais, além de caracterizar o direito à igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal. [...] os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições”<sup>2</sup>.

### **Meio Ambiente**

A definição legal de meio ambiente está prevista no art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/81: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>3</sup>. “[...] cuida-se de conceito restritivo, ou seja, que se limita aos recursos naturais. É fato que se explica pela época em que a lei foi editada. [...] No entanto, o conceito de meio ambiente é mais amplo. Inclui urbanismo, aspectos históricos, paisagísticos ou outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência sadia do homem na Terra”<sup>4</sup>.

### **Políticas Públicas**

“[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>5</sup>.

### **Políticas Públicas Ambientais**

“[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 240/243.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 6.938/81. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>4</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17/18.

<sup>5</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>6</sup>, voltados para a proteção do meio ambiente.

### **Sociedade de Risco**

“[...] uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”<sup>7</sup>.

### **Estado Constitucional Ecológico**

“[...] significa que o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser regido, também, por princípios ecológicos”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

<sup>7</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da Política: rumo a uma teoria da Modernização Reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 15.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. *In*: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 03.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	xiii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUÇÃO .....	1
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>5</b>
<b>O PAPEL DO ESTADO NA TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE .....</b>	<b>5</b>
1.1 A CRISE ECOLÓGICA.....	5
1.2 O ESTADO AMBIENTAL OU ECOLÓGICO .....	17
1.3 MUDANÇA DE PARADIGMA E ÉTICA .....	22
1.4 MEIO AMBIENTE: DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL.....	28
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>52</b>
<b>O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO E DEFESA DO MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>52</b>
2.1 ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL.....	52
2.2 CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ....	70
2.3 HERMENÊUTICA ECOLÓGICA .....	79
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>92</b>
<b>A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO CONTROLE JURISDICIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL .....</b>	<b>92</b>
3.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	92
3.2 PRINCÍPIOS E REGRAS .....	97
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	100

<b>CAPÍTULO 4.....</b>	<b>134</b>
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E O SEU CONTROLE JUDICIAL.....</b>	<b>134</b>
<b>4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL.....</b>	<b>134</b>
<b>4.2 O ESTADO SOCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.....</b>	<b>139</b>
<b>4.3 CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.....</b>	<b>167</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>176</b>
<b>REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....</b>	<b>184</b>

## **RESUMO**

A presente dissertação analisa a possibilidade do controle judicial das políticas públicas em matéria ambiental no Brasil. Foi desenvolvida com a utilização do método indutivo, na linha de pesquisa Produção e Aplicação do Direito e vinculada ao grupo de pesquisa Direito, Política e Argumentação. Aborda-se o papel do Estado na tutela jurídica do meio ambiente, o papel do Poder Judiciário na proteção e defesa do meio ambiente, a função dos princípios no controle jurisdicional em matéria ambiental e as políticas públicas ambientais e o controle judicial. No Capítulo 1 trata-se do papel do Estado na tutela jurídica do meio ambiente, da crise ecológica, do surgimento do Estado Ecológico e do meio ambiente como direito e dever fundamental para as presentes e futuras gerações. No Capítulo 2 cuida-se do acesso à justiça ambiental, da função promocional da jurisdição ambiental, do controle dos atos discricionários da Administração Pública e da hermenêutica ecológica, propondo-se uma revitalização hermenêutica em matéria ambiental. No Capítulo 3 trata-se da função dos princípios no controle jurisdicional, destacando-se os princípios de direito ambiental, a distinção entre regras e princípios e o conteúdo do princípio da proporcionalidade. O Capítulo 4 aborda a judicialização da política no Brasil e as condições e possibilidades do controle judicial das políticas públicas ambientais.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Meio ambiente. Crise ecológica. Estado Ecológico. Acesso à justiça. Políticas públicas ambientais. Controle judicial.

## **ABSTRACT**

This dissertation analyses the possibility of judicial control over public policies in what refers to environmental matters in Brazil. It has been carried out by following an inductive approach within the research framework addressed as Production and Applicability of Law. This very same framework, by its turn, couples with the Research Group: Law, Politics and Argumentation. This investigation also ponders upon the role of the State as an environmental judicial guardian as well as that of the Judiciary in its protection and defense. In addition, it considers the function of principles in the jurisdictional control over environmental issues. Besides, it discusses the relationship between environmental public policies and judicial control. Chapter 1 centers on the State responsibility concerning the environment taking into account its legal position: that of a guardian. It also addresses the ecological crisis and the emergence of an Ecological State. It follows that the environment is considered as a vital right and duty to and for both present and future generations. Chapter 2 focuses on the accessibility to environmental Law and Justice and also on the promotional function of environmental jurisdiction. Attention is also paid, in this Chapter, to discretionary acts as controlled by the Public Administration. Furthermore, it also tackles the question of ecological hermeneutics, thus suggesting a hermeneutic renewal referring to environmental matters. Chapter 3 concentrates on the function of principles within jurisdictional control underlining those related to environmental Law. Here the distinction between principles and rules is debated, followed by the proportionality principle contemplation. Chapter 4 sees to the present environmental judicialization in Brazil adding to its content the possibilities and conditions to control environmental public policies in this country.

### **KEY-WORDS**

Environment. Ecological crisis. Ecological State. Accessibility to Law and Justice. Environmental public policies. Judicial control.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da possibilidade do controle judicial das políticas públicas em matéria ambiental.

Aborda-se o papel do estado na tutela jurídica do meio ambiente, o papel do Poder Judiciário na proteção e defesa do meio ambiente, a função dos princípios no controle jurisdicional em matéria ambiental e as políticas públicas ambientais e o controle judicial.

Dessa forma, apresenta-se como objetivo geral do trabalho demonstrar a possibilidade de controle judicial das políticas públicas em matéria ambiental. Os objetivos específicos são:

- a) verificar o papel do Estado na tutela jurídica do meio ambiente, considerando a crise ecológica;
- b) verificar o papel do Poder Judiciário na proteção e defesa do meio ambiente, focalizando no acesso à justiça ambiental, no controle dos atos discricionários da Administração Pública e na hermenêutica ecológica;
- c) abordar a função dos princípios no controle jurisdicional em matéria ambiental e o controle judicial das políticas públicas ambientais.

A importância da pesquisa realizada revela-se no debate, cada vez mais atual, da crescente judicialização das políticas públicas em matéria ambiental, exigindo-se uma progressiva atuação do Poder Judiciário, de forma interventiva, no tema do meio ambiente.

Além disso, a abordagem do tema é recente, sendo poucos os estudos específicos. Pretende-se não somente contribuir para a discussão doutrinária sobre direitos fundamentais, especialmente o direito ao meio ambiente equilibrado, mas também fornecer subsídios para a atividade judicial, especialmente no que tange ao controle de políticas públicas relacionadas ao meio ambiente, a fim de conferir mais efetividade à jurisdição ambiental.

Os problemas que surgem inicialmente podem ser resumidos nas seguintes indagações:

- a) Considerando a crise ecológica, qual é o papel do Estado na tutela jurídica do meio ambiente?
- b) O Poder Judiciário pode atuar de forma criativa na concretização na tutela jurídica do meio ambiente?
- c) O Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas em matéria ambiental?

Diante dessas indagações, são apresentadas como hipóteses:

- a) No atual contexto de grave crise dos bens ambientais, o Estado seria o principal responsável pelo dever fundamental de proteção e defesa do meio ambiente.
- b) O Poder Judiciário, enquanto guardião das promessas democráticas e dos valores fundamentais, deveria adotar uma postura ativa e original sempre que as ações praticadas pelo Poder Executivo fossem ineficazes para a proteção e defesa adequada dos bens ambientais.
- c) Considerando o princípio da separação dos poderes e o da necessidade de legitimação democrática das opções políticas do Estado, o Poder Judiciário não poderia substituir o Poder Executivo para criar as políticas públicas, mas poderia exercer o controle judicial sobre as políticas públicas.

Com fundamento nesses objetivos, o trabalho foi subdividido em quatro capítulos. No Capítulo 1, que trata do papel do Estado na tutela jurídica do meio ambiente, aborda-se inicialmente a crise ecológica que assola o planeta e o surgimento do Estado ecológico, finalizando com a análise do meio ambiente como direito e dever fundamental para as presentes e futuras gerações.

No Capítulo 2 trata-se da questão do acesso à justiça ambiental e da função promocional da jurisdição ambiental, destacando-se a

necessidade de ampliar o acesso à justiça e conferir mais efetividade ao direito ambiental e à proteção do meio ambiente. Cuida-se, ainda, do controle dos atos discricionários da Administração Pública, com destaque para a viabilidade de controle efetivo dos atos administrativos, ainda que de natureza discricionária. Por fim, adentra-se no estudo da hermenêutica ecológica, propondo-se uma revitalização hermenêutica em matéria ambiental.

No Capítulo 3 demonstra-se a função dos princípios no controle jurisdicional em matéria ambiental, destacando-se os princípios de direito ambiental previstos na Constituição de 1988. A seguir, parte-se para a distinção de regras e princípios, enfatizando as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Posteriormente, analisa-se o conteúdo do princípio da proporcionalidade, a fim de utilizá-lo, no caso de colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado e outros direitos fundamentais.

No Capítulo 4 aborda-se inicialmente o tema das políticas públicas ambientais no Brasil. Em seguida, adentra-se na questão da judicialização da política no Brasil, bem como nas condições e possibilidades do controle judicial das políticas públicas ambientais.

O trabalho tem como objetivo institucional produzir uma Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, na linha de pesquisa de Produção e Aplicação do Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais é apontada a importância da atuação do Poder Judiciário, considerando a crise ecológica, e a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas em matéria ambiental.

No que tange à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>9</sup> foi utilizado o Método Indutivo<sup>10</sup>, na Fase de Tratamento de

---

<sup>9</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p. 101.

Dados o Método Cartesiano<sup>11</sup> e o Relatório dos Resultados é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>12</sup>, da Categoria<sup>13</sup>, do Conceito Operacional<sup>14</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p. 104.

<sup>11</sup> Acerca das quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar), consultar: LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22-26.

<sup>12</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p. 62.

<sup>13</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p. 31.

<sup>14</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p. 45.

<sup>15</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p. 239.

# CAPÍTULO 1

## O PAPEL DO ESTADO NA TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

O papel do Estado na tutela do meio ambiente foi incrementado nos últimos anos em função da crise ecológica que assola o planeta, impondo-se a abordagem acerca desta crise ambiental na sociedade de risco, a fim de, posteriormente, adentrar na questão do Estado ecológico ou ambiental e seu papel na proteção da higidez ambiental.

### 1.1 A CRISE ECOLÓGICA

A preocupação jurídica do ser humano com a proteção do meio ambiente como bem difuso é recente, tendo sido um marco importante a Declaração de Estocolmo de 1972<sup>16</sup>, que acabou influenciando as reformas constitucionais, principalmente na década de oitenta. Despertou maior interesse dos Estados apenas a partir da constatação da deterioração da qualidade ambiental e da finitude do uso dos recursos naturais, isto é, com a crise ambiental e do desenvolvimento econômico, segundo Leite<sup>17</sup>.

A consciência da crise ambiental é deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestão econômicas da sociedade apresentam-se em conflito com a qualidade de vida, conforme menciona Leite<sup>18</sup>.

Boff enfatiza a necessidade de uma ética mundial diante de três problemas de dimensões planetárias: a crise social, a crise do sistema do

---

<sup>16</sup> Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>17</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69/70.

<sup>18</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

trabalho e a crise ecológica. Acerca desta última, refere que nas últimas décadas tem sido construído o princípio da autodestruição e que se vive sob grave ameaça de desequilíbrio ecológico que poderá afetar a Terra como integradora de sistemas. Ressalta que o princípio de autodestruição convoca urgentemente o princípio de co-responsabilidade por nossa existência como espécie e como planeta. Menciona, ainda, que a raiz da crise ecológica reside na relação que os humanos tiveram com a Terra e seus recursos, nos últimos anos, ou seja, uma relação de domínio, de não reconhecimento de sua alteridade e da falta de cuidado e respeito. “A crise ecológica mundial se assenta sobre a ruptura da aliança de sinergia e de conaturalidade do ser humano com a natureza”<sup>19</sup>.

No que tange à relação do homem com a natureza, Giddens aponta o paradoxo, pois a natureza foi acolhida apenas à beira de seu desaparecimento, porquanto se vive em uma natureza remodelada, destituída de natureza, o que deve ser o ponto de partida para a análise da teoria da política verde. Giddens sustenta que as questões ecológicas devem ser entendidas como parte de um acordo com a modernização reflexiva, no contexto da globalização, considerando o avanço da ciência e da tecnologia, associado aos mecanismos de crescimento econômico<sup>20</sup>.

Sobre a interação do homem com a natureza, Ferrer afirma que a ação do homem sobre o seu entorno natural cresceu na medida em que se desenvolveram três fatores primários: a demografia, a capacidade técnica e o número e qualidade de novas necessidades denominadas de artificiais ou intelectuais, em contraposição às biológicas ou de mera subsistência. No processo de colocar a natureza a serviço do homem, comprometeu-se a capacidade da natureza de prover os recursos de que este necessitava. Enfatiza que a faculdade de compreender que sua própria capacidade de alterar o meio poderia resultar contraproducente é um dos recursos que diferencia o homem de

---

<sup>19</sup> BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 13/14 e 59.

<sup>20</sup> GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita. O futuro da política radical**. Trad. Alvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996, p. 234/235.

outras espécies e a única esperança para corrigir a tempo o processo de deterioração do Planeta<sup>21</sup>.

Morin refere que se ignorou a sombra do desenvolvimento industrial, que os detritos do progresso podiam aumentar e tornar-se produtos principais cada vez mais difíceis de serem eliminados. Destaca que isso ocorreu não somente na esfera dos efeitos externos do desenvolvimento industrial (poluição, perturbações, degradações ecológicas), mas, também, dentro das vidas cotidianas (as vantagens da vida urbana e o aumento dos bens disponíveis são compensados pelas *“mutilações da existência especializada, pela perda das solidariedades e pela atomização dos indivíduos, pela sujeição dos corpos e dos espíritos aos ritmos cronométricos e às normas da organização das máquinas”*)<sup>22</sup>.

O surgimento da sociedade de risco, na modernidade, decorre das ameaças produzidas pelo modelo econômico da sociedade industrial<sup>23</sup>. O que se discute nesse novo contexto, segundo Leite e Moreira, é a forma de distribuição dos malefícios que são inerentes à produção de bens, isto é, verifica-se a autolimitação desse tipo de desenvolvimento e a necessidade de redeterminar padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e conseqüências do dano. Além disso, há limites científicos de previsibilidade, quantificação, determinação dos danos e da gestão de riscos<sup>24</sup>.

Anteriormente restrita ao movimento ambientalista, a questão ambiental atualmente está em pauta nos mais diversos segmentos de opinião, agenda de chefes de Estado, organizações não-governamentais (ONGs),

---

<sup>21</sup> FERRER, Gabriel Real. *La contrucción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 1/2. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>22</sup> MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 324.

<sup>23</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 11/71.

<sup>24</sup> LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de risco, danos ambientais e extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 159.

populações tradicionais, grupos rurais e urbanos, sindicatos, empresas, associações comunitárias e administrações públicas, conforme refere Waldman<sup>25</sup>.

A razão pela qual a luta pela preservação da natureza adquiriu magnitude é a crise socioambiental sem precedentes que assola o planeta, enfatiza Waldman. Afirma que poucos colocam em dúvida que a biosfera esteja integralmente ameaçada e, caso não sejam adotadas providências nos próximos anos, corre-se o risco de atingir um ponto ambiental irreversível, que Lorraine Elliott denomina de ponto de não-retorno ambiental<sup>26</sup>.

O Relatório Planeta Vivo 2008 da Rede WWF demonstra que a pegada ecológica global excede, atualmente, em cerca de 30% a capacidade de regeneração do mundo e que se a demanda continuar nesse ritmo, em meados de 2030, serão necessários dois planetas para manter o estilo de vida atual. A recente crise financeira mundial torna-se de menor importância quando comparada com a ameaça de quebra do crédito ecológico, que ocorre quando a demanda por recursos naturais – pegada ecológica - é maior que a biocapacidade do planeta ou de um país. Consta, ainda, no relatório que:

[...] perdas expressivas da nossa riqueza natural são causadas pelo desmatamento e conversão de florestas em lavouras e pastagens nas áreas tropicais, impacto das barragens e desvios de água, aumento do número de cabeças de gado, poluição, sobrepesca e pesca predatória. [...] As emissões de carbono ocasionadas pelo uso de combustíveis fósseis e as mudanças no uso do solo constituem o maior componente da Pegada da humanidade, o que realça a principal ameaça ao nosso planeta: as mudanças climáticas. Pegada Ecológica é a área necessária para produzir os recursos que utilizamos e para absorver as emissões de carbono, expressa em hectares (média) de terra ou mar produtivo no mundo. A análise geral feita pela GFN da Pegada Ecológica mostra que a área necessária chegou a 2,7 hectares globais por pessoa. A área disponível hoje, *per capita*, é de 2,1 ha. [...] A biocapacidade está distribuída de forma desigual. Oito países – Estados Unidos, Brasil, Rússia, China, Índia, Canadá, Argentina e Austrália – possuem mais do que a metade do total da biocapacidade mundial. Os padrões de crescimento populacional e de consumo fazem com que três desses países sejam devedores ecológicos por terem uma pegada superior a sua biocapacidade nacional, ou seja, a demanda por recursos naturais e os resíduos lançados é maior do que podem oferecer e absorver. São eles: Estados Unidos (pegada 1,8 vezes maior do que sua

---

<sup>25</sup> WALDMAN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 545.

<sup>26</sup> WALDMAN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 545.

biocapacidade nacional), China (2,3 vezes) e Índia (2,2 vezes). [...] O desmoronamento do crédito ecológico é um desafio mundial. O relatório Planeta Vivo 2008 nos diz que mais de 75% da população mundial vive em nações que são devedoras ecológicas, pois seu nível de consumo nacional superou a biocapacidade do país. Assim sendo, a maioria dessas nações está sustentando seu atual estilo de vida e crescimento econômico por meio da retirada cada vez maior do capital ecológico de outras partes do mundo. [...] Hoje, cerca de 50 países enfrentam um estresse hídrico em grau moderado ou severo e o número de pessoas que sofrem com a escassez permanente ou sazonal de água deve aumentar em decorrência das mudanças climáticas<sup>27</sup>.

Apesar desse quadro catastrófico, o Relatório Planeta Vivo apresenta meios para reverter essa tendência de redução do crédito ecológico. Introduz o conceito de “alavanca de sustentabilidade” para atacar o *déficit* ecológico nos diferentes setores e suas principais causas. Para o principal desafio, que são as mudanças climáticas, mostra várias alavancas eficientes, renováveis e com baixa emissão de carbono que poderiam satisfazer as demandas de energia projetadas para 2050 e reduzir a emissão de carbono em 60% a 80%. O sucesso dessa estratégia exige que os recursos naturais sejam manejados nos termos e na escala da natureza<sup>28</sup>, de modo que as decisões setoriais, como na agricultura e na pesca, devem ser tomadas considerando as conseqüências ecológicas do sistema como um todo, para além das propriedades e das fronteiras. O mesmo espírito que levou o homem à lua deve ser conduzido para livrar as gerações futuras de um colapso ambiental<sup>29</sup>.

Numa visão otimista, Milaré<sup>30</sup> afirma que nos últimos anos a sociedade, atentando-se para a problemática ambiental, desapega-se do mero

<sup>27</sup> Relatório Planeta Vivo 2008 da Rede WWF. Disponível em: <[http://assets.wwf.org.br/downloads/sumario\\_imprensa\\_relatorio\\_planeta\\_vivo\\_2008\\_28\\_10\\_08.pdf](http://assets.wwf.org.br/downloads/sumario_imprensa_relatorio_planeta_vivo_2008_28_10_08.pdf)>. Acesso em: 29.10.2008.

<sup>28</sup> Ferrer enfatiza que o desafio atual da humanidade é a adequada gestão das limitadas funções ambientais, considerando a relação entre demografia, estilo de vida e meio ambiente (pegada ecológica). A humanidade deve conformar-se com o que possui, pois o crescimento ilimitado é impossível em um contexto fechado e inexpandível. In: FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 4/5. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>29</sup> Relatório Planeta Vivo 2008 da Rede WWF. Disponível em: <[http://assets.wwf.org.br/downloads/sumario\\_imprensa\\_relatorio\\_planeta\\_vivo\\_2008\\_28\\_10\\_08.pdf](http://assets.wwf.org.br/downloads/sumario_imprensa_relatorio_planeta_vivo_2008_28_10_08.pdf)>. Acesso em: 29.10.2008.

<sup>30</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52/53.

crescimento econômico, buscando fórmulas alternativas, como o desenvolvimento sustentável ou o ecodesenvolvimento, que consiste na conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida.

O desenvolvimento sustentável foi adotado como meta a ser alcançada por todos os países, com previsão no Princípio nº 4 da Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92, Rio de Janeiro)<sup>31</sup>, assim redigido: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável<sup>32</sup>, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste”. Na ocasião, foi elaborada a Agenda 21 Global<sup>33</sup>, ocupando-se do desenvolvimento sustentável.

Ferrer, ao tratar da evolução do Direito Ambiental, menciona três enfoques: o progresso cronológico, que denomina de ondas, o progresso técnico-jurídico e a evolução conceitual no sistema social atual. Afirma que a primeira onda nasceu impulsionada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972<sup>34</sup>, que sofreu influência do Clube de Roma<sup>35</sup> e dos Estados Unidos, que em 1969 passou a exigir avaliação de impacto ambiental para algumas ações. Embora a Conferência de 1972 estivesse voltada para o controle da demografia, houve estímulo para que os países industrializados reduzissem a pressão sobre os recursos naturais. Alguns juristas conscientizaram-se da evolução jurídica que seria necessária e o fruto da primeira

---

<sup>31</sup> Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em: <[http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>32</sup> O compromisso com o desenvolvimento sustentável foi reafirmado na Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, em 2002, na África do Sul. *In*: Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/\\_arquivos/decpol.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/decpol.doc)>. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>33</sup> BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21 Global. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=575>>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>34</sup> Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>35</sup> Clube de Roma. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/eng/home/>>. Acesso em: 06.11.2008.

onda foi a constitucionalização do Meio Ambiente em um bom número de países, surgindo o novo paradigma de estabelecer limites ao crescimento<sup>36</sup>.

Todavia, em que pese a existência de normas de proteção ambiental na maior parte dos ordenamentos estatais e a adoção de convênios internacionais, bem como a emergência das ONGs, com grande número de agentes envolvidos na proteção ambiental, as tendências não foram corrigidas, tendo sido convocada a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92)<sup>37</sup>, ocasião em que os pronunciamentos teóricos foram unânimes, mas escassos os consensos práticos, conforme relata Ferrer. Como resultado da ECO-92, os países adotaram abundante e moderna legislação ambiental, porém como “geração da fotocópia”, sem considerar a realidade social, econômica, jurídica e ambiental de cada país. Além disso, foi elaborada a Declaração do Rio e adotada a Agenda XXI e aprovados o Convênio sobre a Diversidade Ecológica e o Convênio Marco sobre o Câmbio Climático. Do ponto de vista conceitual, a grande evolução da ECO-92 foi a ampliação do ambiental, superando o enfoque demográfico como o único e incluindo o desenvolvimento e a pobreza. Surgiu a solidariedade como princípio inspirador das relações entre os povos, porém sem efetividade. Na segunda onda, o novo paradigma é o desenvolvimento sustentável, transformando-se do quantitativo para o qualitativo<sup>38</sup>.

Contudo, não existe aparato coativo para defender os elementos ambientais comuns, nem autoridade que o imponha. Na terceira onda, são incrementados os esforços para que haja reação coletiva da comunidade

---

<sup>36</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 6/7. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>37</sup> Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em: <[http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>38</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 7/8. Acesso em: 06.11.2008.

internacional frente aos desafios ambientais, porém os resultados seguem escassos, consoante menciona Ferrer<sup>39</sup>.

Em 2002, foi realizada a Conferência de Joanesburgo, na África, com o objetivo de aprofundar os princípios, atitudes e linhas de ação adotadas na ECO-92, havendo ampliação dos debates da ECO-92. Verificou-se a necessidade de se tratar da sustentabilidade juntamente com o desenvolvimento econômico, social e ambiental, desde as perspectivas dos problemas sociais, da pobreza. Ademais, não haveria êxito na tentativa de cuidar do meio ambiente em uma situação de injustiça social<sup>40</sup>.

Porém, Ferrer afirma que a busca de soluções eficazes depende de alteração da organização social do Planeta e, para começar, deveria a solidariedade ser transformada de princípio ético em princípio jurídico. Ferrer propõe a generalização do princípio da solidariedade como autêntico princípio jurídico formalizado, gerador de obrigações exigíveis no seio das relações sociais, inclusive naquelas que parecem frágeis para os critérios que hoje se opera<sup>41</sup>.

O desafio da próxima Conferência seria progredir na governabilidade do ambiental, com o reforçamento do político frente aos poderes econômicos e a atribuição das principais decisões ambientais a instâncias supra-estatais. A governabilidade ambiental requer uma nova dimensão do político no plano internacional. Com efeito, o Direito Ambiental, com seus padrões atuais,

---

<sup>39</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 9/10. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>40</sup> Conferência de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/arquivos/decpol.doc>>. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>41</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 9/10. Acesso em: 06.11.2008.

está esgotado ou próximo de se esgotar, pois não cumpriu mais que mínima e parcialmente seus objetivos, conforme apregoa Ferrer<sup>42</sup>.

Ademais, ressalta Ferrer, há necessidade de alteração legislativa que corresponda às peculiaridades de cada sociedade, pondo fim à absurda homogeneização dos ordenamentos internos ambientais, e, no plano internacional, que sejam realizados processos como o de Quioto<sup>43</sup>, buscando compromissos com mais amplo espectro e obrigando a um número crescente de países a redução dos impactos ao meio ambiente, bem como a progressiva proteção dos elementos comuns, ainda que parcial. Para que se possa falar de Direito Ambiental Planetário é preciso esperar a quarta onda<sup>44</sup>.

Ferrer sustenta que é necessário excluir da proteção da soberania determinados recursos, atribuindo sua gestão a entes supra-estatais, tratando-se de “mundializar” determinados recursos e submetê-los a uma racional gestão, considerando os interesses de ocasionais detentores, mas também o interesse geral, presente e futuro da espécie<sup>45</sup>.

Nessa esteira, Bachelet refere que o direito fundamental ao meio ambiente, próprio ao desenvolvimento físico e mental da pessoa humana, implica a possibilidade de utilização dos princípios essenciais de proteção do indivíduo no caso de comprometimento por um Estado dos dados ecológicos

---

<sup>42</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 10. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>43</sup> Protocolo de Quioto. Disponível em: < [http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_quioto2.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_quioto2.php)>. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>44</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 11. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>45</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 28. Acesso em: 06.11.2008.

essenciais, sendo permitida a ingerência ecológica, ou seja, imiscuir-se nas questões ecológicas de um Estado<sup>46</sup>.

Ost alerta para a crise simultânea de vínculo (discernir o que liga o homem ao animal, ao que tem vida, à natureza) e de limite (o que distingue o homem da natureza), pois a modernidade transformou a natureza em simples cenário em que reina o homem. Aduz que esse ambiente perderá toda a consistência, pois reduzido a um reservatório de recursos antes de se tornar um depósito de resíduos. Salieta que não se pode ignorar que atualmente a realidade ecológica é translocal e transtemporal, havendo um dever de assegurar a existência das gerações futuras<sup>47</sup>.

Boff enfatiza que, se não forem reinventadas relações mais benevolentes e sinérgicas com a natureza e de maior colaboração entre os povos, culturas e religiões, não haverá a sustentabilidade necessária à sobrevivência humana, sendo imprescindível uma revolução global, com uma ética também global (*ethos mundial*)<sup>48</sup>.

A sustentabilidade e a noção de desenvolvimento sustentável, segundo Ayala:

[...] são compreendidas nas sociedades de risco e consideradas pelo direito ambiental como *compromissos políticos, sociais e sobretudo jurídicos, de concretização de um mundo (futuro) possível*, substituindo a equivocada perspectiva de promessa de segurança no futuro.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: Direito Ambiental em questão**. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 34/43.

<sup>47</sup> OST, François. **A natureza à margem da lei: a Ecologia à prova do Direito**. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 9/10 e 162.

<sup>48</sup> BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 15/21.

<sup>49</sup> AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 234.

Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão dos riscos<sup>50</sup> nas sociedades contemporâneas são sintetizados por Leite e Ayala:

[...] a participação, o desenvolvimento do princípio da precaução (que impõe a busca de alternativas de gestão dos riscos) e, principalmente, a proteção do direito à informação ambiental de qualidade e dos deveres de produção da informação ainda indisponível, que não importam considerar necessariamente, uma informação de origem institucional ou que seja resultado de processos de decisão onde a autoridade pertença a especialistas ou aos cientistas.<sup>51</sup>

Capra refere que o grande desafio do nosso tempo é criar comunidades sustentáveis, que consistem em “ambientes sociais e culturais onde podemos satisfazer as nossas necessidades e aspirações sem diminuir as chances das gerações futuras”<sup>52</sup>.

A sustentabilidade surge como necessidade de restabelecer o lugar da natureza na teoria econômica e nas práticas de desenvolvimento, conforme Leff, internalizando condições ecológicas da produção que assegurem a sobrevivência das gerações futuras. Refere que:

[...] da vontade de capitalizar a natureza através do mercado à descentralização da economia e à construção de uma racionalidade ambiental baseada em princípios não-mercantis (potencial ecológico, equidade transgeracional, justiça social, diversidade cultural e democracia), a sustentabilidade se define através de significados sociais e estratégias políticas diferenciadas<sup>53</sup>.

Assim, busca-se a construção de outra racionalidade produtiva, fundada em sustentabilidade ecológica, equidade social e diversidade

---

<sup>50</sup> Para um estudo aprofundado da sociedade de risco global, consultar BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI, 2006.

<sup>51</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinariedade e a Proteção Jurídico-ambiental em Sociedades de Risco: Direito, Ciência e Participação. *In*: LEITE, José Rubens Morato e BELLO FILHO, Ney de Barros (org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 122.

<sup>52</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 24.

<sup>53</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, p. 48.

cultural, numa gestão democrática<sup>54</sup> do desenvolvimento sustentável, com a participação das comunidades<sup>55</sup>.

Veiga alerta que, para a compreensão da relação dialética existente entre as temáticas do desenvolvimento e da sustentabilidade, ou do crescimento econômico e da conservação ambiental, são indispensáveis conhecimentos sobre os comportamentos humanos – ciências sociais e humanas –, sobre a evolução da natureza – ciências biológicas, físicas e químicas – e sobre suas configurações territoriais, pois os três âmbitos interagem, afetando-se e condicionando-se mutuamente<sup>56</sup>.

Trata-se de uma mudança de paradigmas no âmbito social. Segundo Capra, o novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, ou, preferencialmente, de uma visão ecológica, desde que o termo seja empregado em sentido amplo, associado à ecologia profunda, que é a percepção espiritual ou religiosa, que concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. Difere da ecologia rasa que é antropocêntrica ou centralizada no ser humano<sup>57</sup>.

Para a ecologia profunda (*deep ecology*) é fundamental a questão dos valores, segundo Capra, pois, enquanto o velho paradigma está fundado em valores antropocêntricos, centralizados no ser humano, a ecologia

---

<sup>54</sup> Ferrer questiona a eficácia do sistema democrático para a adoção das decisões que requerem uma cabal proteção do meio ambiente. Afirma que não se pode esperar dos governantes adesões a projetos que exijam sacrifícios dos habitantes, por serem medidas impopulares. Devem ser adotados mecanismos de decisão, porém não democráticos, evoluindo para a governabilidade dos interesses comuns da espécie e criando instituições que adotem decisões efetivas na busca da representatividade do conjunto de indivíduos do Planeta em critérios distintos dos democráticos, devendo ser imposta a solidariedade. In: FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 28/29. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>55</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, p. 54/61.

<sup>56</sup> VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Senac São Paulo, 2007, p. 129.

<sup>57</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 24/26.

profunda está alicerçada em valores ecocêntricos, centralizados na Terra, sendo essa ética ecológica profunda extremamente necessária nos dias de hoje<sup>58</sup>.

Ecologia, conforme Freitas, consiste no “estudo das relações dos organismos com o meio em que vivem”<sup>59</sup>, sendo a parte predominante do estudo do meio ambiente. Todavia, ressalta que o conceito de meio ambiente é mais amplo, incluindo urbanismo, aspectos históricos, paisagísticos ou outros essenciais à sobrevivência sadia do homem na Terra<sup>60</sup>.

Portanto, a partir de uma visão ecológica ou protetiva do meio ambiente como um todo, impõe-se a compatibilização entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico como forma de enfrentar a crise ambiental e construir um Estado de Direito do Ambiente.

## 1.2 O ESTADO AMBIENTAL OU ECOLÓGICO

Diante da crise ambiental e do surgimento do novo Direito Ambiental, ao questionar se é possível construir um Estado de Direito do Ambiente, Leite e Ayala<sup>61</sup> afirmam que a primeira resposta seria no sentido de que é muito difícil em razão da complexidade dos problemas emergentes e da situação de transição que enfrenta a sociedade, diante da globalização e outros fenômenos emergentes. Mencionam, ainda, o esvaziamento da capacidade regulatória do Estado em face dos “novos fenômenos de dimensão global e a intensificação da pressão exercida por entidades não governamentais de alcance transnacional”<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 28.

<sup>59</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

<sup>60</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>61</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 29.

<sup>62</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 30.

Canotilho adota a denominação de “Estado constitucional ecológico” a partir da obra de Steinberg R. *Der Ökologische Verfassungsstaat*, 1998. Significa que o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser regido, também, por princípios ecológicos. Além disso, o Estado ecológico aponta para novas formas de participação política (democracia sustentada)<sup>63</sup>.

O Estado constitucional ecológico, segundo Canotilho<sup>64</sup>, “pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do meio ambiente e, conseqüentemente, um direito integrado e integrativo do ambiente”. O conceito de direito integrado do meio ambiente compreende a proteção global e sistemática e não simplesmente reduzida à defesa isolada dos componentes ambientais naturais (ar, luz, água, solo, flora, fauna) ou dos componentes humanos (paisagem, patrimônio natural e construído, poluição). A concepção ampla engloba não apenas o conceito de ambiente naturalista, definindo-o, conforme o artigo 5º da Lei de Bases do Meio Ambiente de Portugal, como o “conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e as suas relações, e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”<sup>65</sup>.

Essa concepção integrada ou integrativa do meio ambiente impõe o acompanhamento de todo o processo produtivo e de funcionamento sob o ponto de vista ambiental e não apenas a fiscalização dos perigos das instalações ou das atividades. Requer a passagem de uma compreensão

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. *In*: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 03.

<sup>64</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. *In*: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 8.

<sup>65</sup> O conceito de meio ambiente previsto na Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) é menos abrangente, sendo reduzido ao conceito naturalista: “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...]”. Isso não significa que o conceito abrangente, nos termos propostos por Canotilho, não encontre assento constitucional, consoante se pode concluir da análise do artigo 225 da CRFB/88.

monotemática para uma análise multitemática fundada na ponderação dos direitos e interesses de forma substancialmente inovadora. Pressupõe uma avaliação integrada de impacto ambiental não apenas dos projetos públicos ou privados, mas sobre os próprios planos diretores municipais e de urbanização. Também produz conseqüências no modo de atuação dos instrumentos jurídicos do Estado de direito ambiental. Não se trata de um Estado ambiental planejado, pois um plano nacional do ambiente na pós-modernidade “aponta não para a reedificação holística da planificação ambiental, mas sim para um plano dúctil centrado sobre os problemas nucleares do desenvolvimento sustentado, justo e duradouro”<sup>66</sup>.

Canotilho refere, ainda, que outro dos momentos importantes da construção do Estado constitucional ecológico relaciona-se com a problemática do sentido jurídico-constitucional dos deveres fundamentais ecológicos<sup>67</sup>, tema que será abordado em seguida, no próximo subtítulo.

Acerca das idéias centrais de um Estado constitucional ecológico, Bodnar afirma que:

O Estado constitucional, além de ser democrático e social, deve também ser regido por princípios ecológicos e contemplar novas formas de participação popular para que os cidadãos possam efetivamente participar e decidir os destinos da vida ecológica comunitária<sup>68</sup>.

Luño enfatiza que os novos direitos próprios da sociedade tecnológica, dentre os quais o direito à qualidade de vida, requerem transformações estruturais e políticas ativas dos poderes públicos<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 08/09.

<sup>67</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 09.

<sup>68</sup> BODNAR, Zenildo. O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, nº 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>. Acesso em: 24.08.2008.

<sup>69</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 511.

Acerca da postura do Estado diante da crise ambiental, citando como exemplo o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que disciplinou a matéria de forma condizente com a sensibilidade da crise ambiental, Leite e Ayala referem que:

O que fica insofismável nesta altura é que o Estado, levando em conta a crise ambiental, tem passado por enormes exigências de transformação, e que já começam a ser inseridas, no plano do ordenamento constitucional, normas mais compatíveis com essa tarefa<sup>70</sup>.

Todavia, o Estado ocupa as posições de sujeito degradador e sujeito de controle da degradação, conforme alerta Benjamin, arrolando três formas de participação estatal na degradação do meio ambiente: a) como causador de degradação direta do meio ambiente: construção de empreendimentos degradadores, como hidrelétricas, hidrovias, rodovias, aeroportos (Estado degradador-agente); b) degradador indireto, que ocorre na maioria dos casos: comissivamente apóia ou legitima projetos privados, mediante incentivos tributários e créditos, bem como expedição de licenças e autorizações para poluir (Estado degradador-conivente); c) por omissão, quando o Estado despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental, deixando de exigir instrumentos preventivos (EIA/RIMA) ou de utilizar mecanismos sancionatórios e reparatórios (Estado degradador-omisso)<sup>71</sup>.

Por outro lado, o artigo 225, §1º, da CRFB/88 exige um Estado intervencionista, com uma atuação positiva pró-ambiente, como sujeito controlador da degradação, atribuindo deveres ao Poder Público.

Nesse sentido, a CRFB/88 atribui a titularidade das competências em matéria ambiental aos poderes públicos em geral, estabelecendo que a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, da fauna e da

---

<sup>70</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

<sup>71</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115.

flora, conforme artigo 23, incisos VI e VII, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>72</sup>.

De outro vértice, a divisão de competências legislativas difere, competindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, consoante artigo 24, incisos VI e VIII, da CRFB/88.

Ademais, prevê que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena (artigo 24, §§ 2º e 3º, CRFB/88).

Desta forma, verifica-se que o constituinte atribuiu à União, aos Estados e aos Municípios a tarefa de proteção do meio ambiente, demonstrando sua opção clara pela institucionalização do Estado Ecológico, que reflete a conscientização da sociedade da crise ambiental.

Não obstante, a repartição de competências disposta na CRFB/88, em pese bem abrangente e exigindo um Estado atuante na proteção do meio ambiente, não alcançou o êxito almejado, porquanto dá ensejo a inúmeros processos que tratam de competência, conforme iterativa jurisprudência<sup>73</sup>, em que se discute o ente competente para atuar ou a Justiça competente para decidir, enquanto a proteção do meio ambiente resta relegada a segundo plano e, freqüentemente, permanece a destruição durante a tramitação do processo e fixação da competência.

---

<sup>72</sup> Tramitam no Congresso Nacional os Projetos de Lei Complementar nº 127/2007, nº 12/2003 (apensado ao primeiro) e nº 388/2007, para regulamentar o artigo 23 da CRFB/88, com o objetivo de tornar mais clara a distribuição de competência. Disponíveis em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=373366](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373366)> e <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/433302.pdf>>. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>73</sup> Citam-se, a título de exemplo, alguns processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça em que se discute competência: RESP nº 876936; CC nº 90722; RESP nº 1057292; CC nº 89811; CC nº 90106; CC nº 88013; CC nº 39099, dentre outros. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=meio+e+ambiente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=meio+e+ambiente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10)>. Acesso em: 22.12.2008.

Portanto, a falta de clareza na atribuição de competências cria embaraços na atuação dos órgãos fiscalizadores, os quais muitas vezes deixam de exercer a fiscalização devida, bem como acarreta o ajuizamento de inúmeros processos em que se discute competência. Isso dificulta a realização da Justiça Ambiental e contribui significativamente para a crise ecológica.

Por outro lado, em que pese seja necessária a regulamentação das competências e áreas de atuação dos entes, merece elogios o Poder Constituinte por ter estabelecido o dever do Estado, por intermédio da competência compartilhada entre a União, os Estados e Municípios, bem como da Sociedade, de proteção do meio ambiente, consagrando o dever fundamental de proteção e o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o que reflete a conscientização da crise ecológica atual.

### **1.3 MUDANÇA DE PARADIGMA E ÉTICA**

Com efeito, não basta a disposição constitucional de competência compartilhada para a proteção ambiental, sendo necessária a mudança de paradigma no que tange aos valores, uma vez que a crise ecológica também reflete uma crise de ética.

Nesse sentido, Luño refere que o texto constitucional espanhol prevendo a proteção do meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa reflete a inquietude contemporânea por oferecer uma alternativa ao modelo puramente quantitativo de desenvolvimento econômico e humano. Rechaça a lógica de “ter”, centrada na acumulação exclusiva e excludente dos produtos de uma exploração ilimitada dos recursos humanos e naturais, em favor do modelo de “ser”, que exige o gozo compartilhado ou inclusivo dos frutos de um progresso seletivo e equilibrado<sup>74</sup>.

Diante da percepção da crise ecológica, segundo Leff, o conceito de ambiente foi sendo configurado como uma nova visão do desenvolvimento humano, que:

---

<sup>74</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 529.

[...] reintegra os valores e potenciais da natureza, as externalidades sociais, os saberes subjugados e a complexidade do mundo negados pela racionalidade mecanicista, simplificadora, unidimensional e fragmentadora que conduziu o processo de modernização. O ambiente emerge como um saber reintegrador da diversidade, de novos valores éticos e estéticos e dos potenciais sinérgicos gerados pela articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais<sup>75</sup>.

Assim, a conscientização da Sociedade da necessidade de preservação do meio ambiente como um valor universal deu ensejo à criação de normas nacionais e internacionais.

Nesse ponto, calha mencionar a lição de Silva acerca do conceito de valor, como fenômeno de consciência da Sociedade, que forma o elo com o Direito. Sustenta que este se funda nos valores morais desejados pela Sociedade e que o conceito de valor se funda em aspirações que sintetizam a vontade da Sociedade, destacando a justiça, igualdade, paz, ordem, dignidade, liberdade, solidariedade, saúde, educação e outros<sup>76</sup>. Inclui-se aí a preservação do meio ambiente.

Segundo Roesler, a Constituição contemporânea, ao receber como conteúdo os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais e os difusos e coletivos, pode conter um conjunto de valores e princípios que estruturam as possibilidades de desenvolvimento social, dando-lhe uma direção, ou seja, repositório de valores morais consensuais vinculantes de toda atividade social<sup>77</sup>.

Na mesma linha, Dias afirma que o Direito precisa abrir-se à problemática social e política, comprometendo-se com as exigências histórico-axiológicas da sociedade. Torna-se impraticável a vigência de um Direito positivo

---

<sup>75</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, p. 17.

<sup>76</sup> SILVA, Moacyr Motta da. A idéia de Valor como fundamento do Direito. *In*: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 357/358.

<sup>77</sup> ROESLER, Claudia Rosane. A Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: apontamentos a partir de Theodor Viehweg. *In*: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 121.

insensível às transformações culturais, às conquistas e às demandas existenciais da Sociedade. Segundo Dias, o Direito precisa assumir sua destinação de transformação das condições de vida, de construção de uma sociedade mais justa, fundada em uma estética das relações sociais, transformando-se em instrumento de realização da Justiça, refletindo as questões da realidade social e propondo uma nova ética para a convivência humana<sup>78</sup>.

A respeito da Ética, convém referir que seu conceito distingue-se do conceito de Moral, em que pese sejam utilizadas, freqüentemente, como sinônimos. Conforme Melo, a Moral representa o “conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade”<sup>79</sup>, enquanto a Ética é estabelecida como “valor fundamental da conduta humana”<sup>80</sup>, associando-se à idéia de ação ou de omissão do homem, ou seja, exteriorização desses valores.

Por seu turno, o Direito<sup>81</sup>, segundo Melo, é “sobretudo condição de realização da harmonia e do bom senso nas relações pessoais, sociais e institucionais”<sup>82</sup>.

A concreção dessa noção exige uma conduta humana calcada em valores como respeito e solidariedade, consubstanciando-se assim

---

<sup>78</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. Repensando a dogmática jurídica a partir de referentes da Política Jurídica. *In*: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 318/320.

<sup>79</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 65.

<sup>80</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 39.

<sup>81</sup> Para Abbagnano, Direito, em sentido geral e fundamental, consiste na técnica da coexistência dos homens. *In*: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bossi. Rev. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 278.

<sup>82</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 63.

em uma Ética de Convivência, que é o fim buscado pela Política Jurídica e pela Justiça Política, exteriorizada pelo agir moralmente correto<sup>83</sup>.

A Política Jurídica é geralmente considerada como política legislativa. Todavia, o direito não é criado apenas pelo legislador, mas também pelo juiz. Ross demonstra que toda decisão transcende à atividade intelectual. Assim, a Política Jurídica não somente cumpre o papel de guia para o legislador, mas também para as autoridades que administram o Direito, especialmente os juízes. Essa forma de política jurídica verifica-se na interpretação doutrinária, que pode ser uma asserção teórico-jurídica sobre a maneira como manifestar-se-ão os tribunais ou um conselho jurídico-político que indica ao juiz o modo de agir<sup>84</sup>.

Ainda na questão da Ética, Melo leciona sobre o ser eticizado:

O ser eticizado é o inconformado com o injusto e o incorreto; o ser estetizado não pode conformar-se com o feio produzido pelo injusto e o incorreto, nem com o desinteressante, o desimportante, o tedioso e o medíocre nas relações de convivência<sup>85</sup>.

Nesse ponto, calha transcrever a lição de Silva, que sem fazer distinção em relação à moral, menciona que a ética, considerada um dos fundamentos do Estado Jurídico, representa valor ideal não só do ser humano em sentido individual, mas de todos os membros da sociedade politicamente organizada. O princípio supremo da moral revela que:

[...] o agir moral representa não só a vontade interior do agente moral mas também a vontade necessária e universal. Este princípio encontra-se na máxima de Kant: "age de tal forma que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo, como legisladora universal". Assim como a máxima da excelência moral evoca sentido universal, do mesmo modo a ética pressupõe dever ser como fundamento da conduta humana necessária e universal<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 39.

<sup>84</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 380.

<sup>85</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p.62.

<sup>86</sup> SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 115/116.

Melo afirma que a Ética decorre de “um agir, de um comportamento conseqüencial, capaz de tornar possível e correta a convivência, dando-lhe inclusive o aporte estético – a correlação do bom com o belo”<sup>87</sup>. Além disso, segundo Melo, a função da Ética consiste em estetizar as relações humanas e estabelecer limites ao agir.

Para Melo, a democracia possui sua estética própria, resultante da Ética da responsabilidade, enfatizando “a possibilidade de criar ambiente favorável para nele medrar a tolerância, o pluralismo de idéias, a aceitação dos valores do outro, sob o pressuposto do respeito recíproco”<sup>88</sup>.

Em suma, conforme Melo, a distinção entre Ética, Direito e Política consiste no seguinte:

Cabe à Ética decidir qual seja a resposta sobre o que é moralmente correto, ao Direito, sobre o que é racionalmente justo e à Política, sobre o que seja socialmente útil. Não há pois que, necessariamente, ocorrerem conflitos insanáveis nessas três vertentes de padrões de conduta, se o sentimento e a idéia fundantes de todas elas forem o reconhecimento e a permanente valorização dos direitos fundamentais do homem<sup>89</sup>.

Assim, Ética e Direito estariam intimamente relacionados, uma vez que a validade material de determinada norma do ordenamento jurídico depende da consonância com os princípios éticos, pois a observância destes, numa abordagem político-jurídica, constitui-se em fator legitimador das normas jurídicas.

Por outro lado, Moral e Ética, apesar de apresentarem relação, devem ser consideradas distintas uma da outra. A Moral diz respeito a valores e princípios interiorizados, sendo patrimônio pessoal, ao passo que a Ética pressupõe sempre a conduta humana, ou seja, um agir baseado na moral, a expressão do patrimônio moral em relação ao outro.

---

<sup>87</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Ética e Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324>>. Acesso em: 06.07.08.

<sup>88</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD- UFSC, 1994, p.62.

<sup>89</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 58/59.

Acerca da ética ambiental e da qualidade de vida, Leff refere que a racionalidade social, orientada para o progresso e eficiência, conduziu à desvalorização da natureza e à degradação dos valores humanos, o que leva a se questionar a ética implícita no modelo de modernidade e retrair os objetivos e o sentido de desenvolvimento. A fim de obter uma vida digna para a raça humana, impõe-se promover um desenvolvimento orientado pelo conceito de qualidade de vida, convocando todo indivíduo para construir uma nova racionalidade social. Dessa tomada de consciência surge a necessidade de elaborar uma escala de valores, uma ética, de dimensões planetárias e de natureza concreta, reconhecendo que esses valores gerais se concretizam em valores culturais específicos de cada grupo étnico e em sujeitos sociais heterogêneos com diferentes interesses de classe<sup>90</sup>.

Nesse contexto, Leff menciona que os princípios e valores ambientais estão articulados com uma nova racionalidade produtiva (produtividade ecotecnológica), por intermédio de instrumentos técnicos, normas jurídicas, políticas científicas, movimentos sociais e estratégias políticas que constituem a racionalidade ambiental, orientando a reapropriação social da natureza e a gestão ambiental do desenvolvimento<sup>91</sup>.

Ainda acerca da impregnação ética de cada comunidade jurídica e da sua relevância no processo democrático de efetivação dos direitos, convém trazer à colação os ensinamentos de Habermas:

À medida que a formação política da opinião e da vontade dos cidadãos orienta-se pela idéia da efetivação de direitos, ela certamente não pode ser equiparada a um auto-entendimento ético-político, como bem sugerem os comunitaristas; mas o processo da efetivação de direitos está justamente envolvido em contextos que exigem discursos de auto-entendimento como importante elemento da política – discussões sobre uma concepção comum do que seja bom e sobre qual a forma de vida desejada e reconhecida como autêntica. [...] O elemento propulsor dessas batalhas não é a neutralidade ética da ordem jurídica estatal,

---

<sup>90</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, p. 90/93.

<sup>91</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001, p. 95.

mas sim a inevitável impregnação ética de cada comunidade jurídica e de cada processo democrático de efetivação dos direitos fundamentais<sup>92</sup>.

Conforme Melo, somente há uma atitude ética quando houver um sentimento de alteridade, ou seja, a preocupação do indivíduo com a coletividade, o grupo social, querer bem o outro e respeitá-lo. Efetivamente, a pós-modernidade somente será construída se a Ética for legitimadora dos novos paradigmas. Para construir o devir é necessário pensar também nessa questão.

Assim, a partir da Ética, consagrando a tolerância<sup>93</sup> e o pluralismo de idéias, orienta-se a construção de uma Política dos Direitos Fundamentais, dos quais se destaca, dentre os direitos de terceira geração<sup>94</sup>, a preservação do meio ambiente.

#### 1.4 MEIO AMBIENTE: DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

A CRFB/88, no artigo 225, consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem jurídico constitucionalmente protegido, constituindo, ainda, direito fundamental, conforme o artigo 5º, § 2º.

Com efeito, o artigo 5º, §2º, da CRFB/88 estabelece uma regra de abertura a novos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

---

<sup>92</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. Jorge Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. Loyola: São Paulo, 2002, p. 253/254.

<sup>93</sup> Bobbio salienta que a tolerância, no seu significado histórico, refere-se ao problema da convivência de crenças religiosas e políticas diversas. Atualmente, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, lingüísticas, raciais, para os que são chamados de “diferentes”, como os homossexuais, os loucos e os deficientes. *In*: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 206.

<sup>94</sup> Adota-se a classificação de Bobbio na qual os direitos de liberdade configuram os direitos de primeira geração. Ao lado dos direitos sociais, chamados de segunda geração, surgiram os direitos de terceira geração, que constituem uma categoria heterogênea e vaga, dentre os quais destaca-se o direito de viver em um ambiente não poluído. Há, ainda, os direitos de quarta geração, referentes aos efeitos da pesquisa biológica. *In*: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25 e 83/84.

Assim, o direito ao meio ambiente equilibrado, embora previsto no artigo 225 da CRFB/88, configura um direito fundamental<sup>95</sup>.

O conceito de direitos fundamentais diverge dos direitos humanos. Adota-se a definição de direitos fundamentais formulado por Sarlet:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)<sup>96</sup>.

No que tange aos direitos humanos, privilegia-se o conceito de Luño, que enfatiza que:

[...] os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional<sup>97</sup>.

Sarlet refere que a conceituação de Luño abrange tanto a dimensão internacional (dos direitos humanos) quanto a nacional (dos direitos fundamentais)<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> No mesmo sentido, citam-se alguns autores: MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 194; BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: Apontamentos para um Direito Ambiental no Século XXI. *In*: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 75 e 102/103; BENJAMIN, Antonio Herman. Direito Constitucional Brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73; SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 89; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio Ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110/114; KRELL, Andreas Joachim. Ordem Jurídica na Alemanha e no Brasil: alguns aspectos comparativos. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **Direito, Água e Vida**. Congresso Internacional de Direito Ambiental. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 297, e outros.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

<sup>97</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. (Trad. livre). Madrid: Tecnos, 2005, p. 50.

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

Acerca da nota de fundamentalidade<sup>99</sup> dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, Sarlet afirma que a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, tratando-se de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, estão submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas); c) normas diretamente aplicáveis que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (artigo 5º, §1º, da CRFB/88). A fundamentalidade material, por seu turno, decorre do fato de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. É por meio do direito constitucional positivo (artigo 5º, §2º) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes no texto constitucional, sendo materialmente fundamentais, bem como direitos fundamentais localizados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal. Somente a análise do conteúdo do direito permite a verificação da sua fundamentalidade material<sup>100</sup>.

A regra do artigo 5º, §2º, da CRFB/88, com algumas variações, segue a tradição desde a Constituição de 1891, segundo Sarlet, estabelecendo que, além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, que significa que existem direitos que por seu conteúdo pertencem aos direitos fundamentais da Constituição, em que pese não constem no catálogo<sup>101</sup>.

Com efeito, a não-exaustividade (abertura material) resulta do fato de o artigo 5º, §2º, constituir uma autêntica norma geral inclusiva, impondo

---

<sup>99</sup> Acerca da fundamentalidade forma e material, consultar também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378/380.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86/87.

<sup>101</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 90.

o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>102</sup>. Conforme Freitas, os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separadamente ou localizadamente, como se estivessem todos previstos no artigo 5º da Constituição Brasileira e, por outro lado, devem ser interpretadas restritivamente as limitações<sup>103</sup>.

Segundo Sarlet, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado no artigo 5º, §2º, da CRFB/88 é de uma amplitude ímpar, possibilitando a construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (não expressamente positivados), além dos direitos constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Diverge, em parte, da classificação proposta por José Afonso da Silva<sup>104</sup>, sustentando a existência de dois grandes grupos: os direitos expressamente positivados ou escritos e os direitos fundamentais não-escritos, ou seja, que não possuem previsão expressa no direito positivo nacional ou internacional. No primeiro grupo estão os direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional, bem como os previstos em tratados internacionais. No segundo grupo há duas categorias: a primeira refere-se aos direitos fundamentais implícitos, ou seja, posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, aproximando-se da noção atribuída por José Afonso da Silva; a segunda corresponde aos direitos fundamentais que o artigo 5º, §2º, denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios<sup>105</sup>.

Na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais, Sarlet cita como exemplo de direito fundamental fora do catálogo, disperso no texto

---

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 95.

<sup>103</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 206/212.

<sup>104</sup> José Afonso da Silva distingue três grupos: a) direitos individuais expressos, que são os explicitamente enunciados no artigo 5º; b) direitos individuais implícitos, subentendidos nas regras de garantias; e c) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. *In*: SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 191.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 98/99.

constitucional, a proteção do meio ambiente, prevista no artigo 225 da CRFB/88<sup>106</sup>.

Na doutrina espanhola, Luño adverte que a possibilidade de conceber a qualidade de vida como direito fundamental constitui uma questão controvertida. Defende que se trata de direito fundamental adotando um critério material e integrador do sistema de direitos fundamentais. Afirma que a categoria de direitos fundamentais possui um significado qualitativo, pois se trata de direitos humanos positivados constitucionalmente, ainda que seja diversa a quantidade de instrumentos jurídicos previstos para a sua tutela. Afasta-se da tese de caráter formalista e restritiva predominante na doutrina espanhola e acolhida em algumas decisões do Tribunal Constitucional que circunscrevem o catálogo de direitos fundamentais ao Capítulo II da Constituição Espanhola<sup>107</sup>.

Luño ressalta o reconhecimento realista do constituinte espanhol dos diferentes pressupostos econômico-sociais e técnico-jurídicos que concorrem na implantação das liberdades individuais, para os quais basta a não-intervenção do Estado ou sua mera atividade de vigilância, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais está inserido o direito à qualidade de vida, exigem uma função ativa do Estado por meio de serviços públicos ou prestações. Afirma que o reconhecimento de um direito à qualidade de vida<sup>108</sup> dos cidadãos evidencia a progressiva ampliação do catálogo de liberdades, de acordo com a ampliação das liberdades humanas que conformam seu suporte

---

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.

<sup>107</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 510.

<sup>108</sup> Luño sustenta que a Constituição Espanhola consagra um direito à qualidade de vida, mais abrangente que o direito ao meio ambiente, no artigo 45, com a seguinte redação: 1. Todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo. 2. Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva. 3. Para quem viole o disposto no artigo anterior, nos termos em que a lei fixe se estabelecerão sanções penais ou, em cada caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado (tradução livre). *In*: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 490/511.

antropológico. Ademais, não é em vão que a qualidade de vida constitui uma das manifestações emblemáticas dos direitos de terceira geração<sup>109</sup>.

Assim, conforme Luño, a hermenêutica formalista e restritiva, impugnadora da condição de direito fundamental da qualidade de vida no sistema constitucional espanhol, implica debilitar a condição jurídica de uma das necessidades mais urgentes e radicalmente sentidas no marco histórico da nossa convivência. Essa dimensão histórica das liberdades opera com especial evidência no que se refere à qualidade de vida e ao meio ambiente<sup>110</sup>.

O Tribunal Constitucional espanhol tem mostrado certa receptividade a esta dimensão de direito fundamental da qualidade de vida, decidindo que o ambiente é conceito essencialmente antropocêntrico e relativo e que não se pode ter uma idéia abstrata, intemporal e utópica do meio, fora do tempo e do espaço, sendo sempre uma concepção concreta, pertencente a hoje e operante aqui. De sua conexão com a dignidade humana infere o Tribunal Constitucional que cada pessoa tem o direito inalienável de habitar de acordo com suas características culturais. Entende que a qualidade de vida como aspiração situada em primeiro plano no preâmbulo da Constituição espanhola vincula-se ao texto articulado (artigo 45) com a utilização racional dos recursos naturais e o meio ambiente, ao tempo em que configura um direito de todos de desfrutá-lo e um dever de conservação que pesa sobre todos, além de uma ordem aos poderes públicos para a proteção<sup>111</sup>.

Outrossim, como traços peculiares da garantia desse direito, Luño alude à sua dimensão *erga omnes*, pois a tutela opera-se não somente frente aos poderes públicos, mas também nas relações entre particulares, assim

---

<sup>109</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 511/512.

<sup>110</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 512.

<sup>111</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 512.

como a titularidade, muitas vezes coletiva ou difusa, dos interesses objeto de sua proteção<sup>112</sup>.

Acerca da concepção do direito ao ambiente como direito subjetivo, Canotilho refere que, conferindo centralidade ao direito ao ambiente como direito subjetivo, corre-se o risco de apontar para um foco superado por dois motivos. O primeiro, no sentido de constituir uma questão da dogmática jurídico-ambiental típica da primeira geração de problemas ecológicos – proteção do ambiente considerando os elementos constitutivos (poluição das águas, ar, solo), ao passo que atualmente a segunda geração de problemas ecológicos relaciona-se com efeitos que extrapolam a consideração isolada dos elementos constitutivos (camada de ozônio, efeito estufa, mudanças climáticas). Ademais, o sujeito já não é apenas a pessoa ou grupos de pessoas, mas o sujeito geração, pois os comportamentos em matéria ambiental da geração atual condicionam e comprometem as condições de vida das gerações futuras, idéia elaborada desde o Relatório de Brundtland, de 1987, sobre o desenvolvimento sustentado<sup>113</sup>.

O segundo motivo, segundo Canotilho, relaciona-se com o atual deslocamento do problema do campo dos direitos para o terreno dos deveres fundamentais, havendo necessidade de ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e enfatizar a responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais, conforme acolhido em documentos internacionais, tais como a Agenda 21 e o V Programa Comunitário da Comunidade Européia. Assim, Canotilho sustenta que o “dever fundamental ecológico, em nome da justiça intergeracional, pode implicar a tomada em consideração do ambiente no balanceamento do direito, acentuando-se os “momentos de dever” até agora desprezados na dogmática jurídica”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 513.

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 177/178.

<sup>114</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 178.

De qualquer forma, Canotilho afirma que o tema do direito fundamental ao ambiente não está esgotado, conforme se infere da análise das Constituições Portuguesa (1976) e Espanhola (1978), que positivaram o ambiente como direito fundamental. De outra banda, algumas Constituições cuidaram do direito do ambiente e não do direito ao ambiente, tais como a da Alemanha, Finlândia, Suécia e Países Baixos, individualizando o ambiente como fim e tarefa do Estado e da comunidade<sup>115</sup>.

Nesse ponto, convém mencionar a posição de Ferrer, ao referir o debate acerca da possível consideração do meio ambiente como direito fundamental, ou seja, da existência ou não de um direito subjetivo de desfrutar de um meio ambiente adequado, mostra-se absurdo, sendo insustentável do ponto de vista jurídico, bem como se trata de um enfoque errôneo, pois a questão chave é definir as obrigações dos indivíduos em relação ao meio ambiente e não seus direitos. Sustenta que a Constituição Espanhola não o contempla como direito fundamental<sup>116</sup>.

A Constituição Brasileira, por seu turno, considera o meio ambiente ecologicamente equilibrado, simultaneamente, direito e dever<sup>117</sup> fundamental, conforme o artigo 225.

No Brasil, segundo Sampaio<sup>118</sup>, de acordo com o modelo formal, os direitos fundamentais estão contidos no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da Constituição da República Federativa do Brasil, de forma isolada, caso em que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é fundamental, ou vinculada a elementos de concretização dos

---

<sup>115</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 178/181.

<sup>116</sup> FERRER, Gabriel Real. *La contrucción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 18/19. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>117</sup> Nessa linha de entendimento, o STF reconheceu o dever de solidariedade que se projeta a partir do direito fundamental ao ambiente, gerando uma obrigação de tutela ambiental por parte de toda a coletividade e não somente por parte do Estado. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC nº 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005, DJ 03.02.2006.

<sup>118</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95/98.

enunciados do Título II, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado desenvolvimento necessário do direito à vida, à saúde e mesmo à intimidade. Ademais, pode constituir um direito decorrente do regime e dos princípios constitucionalmente adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (artigo 5º, §2º). Sampaio refuta os argumentos contrários e sustenta que o direito ao meio ambiente é fundamental e estruturalmente aberto, exigindo um dever de configuração e de efetividade. Afirma que:

Não bastasse a existência das condições formais de um direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade da pessoa humana ou como desdobramento imediato da co-responsabilidade intergeracional. Somados, assim, requisitos formais e materiais, pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode referir a uma “ordem ambiental” que completa e condiciona a “ordem econômica” e que, por topologia, integra-se na “ordem social”<sup>119</sup>.

No sentido da fundamentalidade do direito tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, MS nº 22.164/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso Mello, j. 30.10.95, DJ 17.11.95)<sup>120</sup>.

Sampaio refere que os textos constitucionais tratam do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou

<sup>119</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 98.

<sup>120</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 22.164/SP. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22164&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08.10.2008.

nomenclatura semelhante ora em sua feição objetiva de tarefa ou dever, ora pelo seu lado apenas subjetivo e ora como dever e direito fundamental<sup>121</sup>.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste no caráter de gerar direitos subjetivos para os seus titulares, os quais são exigíveis mediante acesso ao Judiciário (inafastabilidade do controle judicial), enquanto a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por serem conjunto de valores, implica a interferência em qualquer relação, seja trabalhista, comercial, administrativa e outras, pois os direitos fundamentais irradiam para os demais ramos (eficácia irradiante), exigindo interpretação conforme a Constituição, bem como possuem eficácia horizontal, incidindo nas relações com particulares.

No que se refere ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo Sampaio, como dimensão objetiva são reconhecidos vários aspectos: como núcleo axiológico positivado, como instituição protegida, como veículo de emancipação e como dever ou tarefa estatal, individual e coletiva. Distinguem-se as Constituições que definem a proteção do meio ambiente como tarefa apenas do Estado das que imputam a responsabilidade a todos<sup>122</sup>.

A dimensão subjetiva<sup>123</sup>, por seu turno, é dada pela natureza dúplice: a) de direito individual e de liberdade (de acesso, uso e gozo de um ambiente ecologicamente equilibrado, cujas faculdades são o prazer contemplativo, a exploração racional dos recursos e o simples viver em um ambiente são, dentre outras, contingenciadas pelo igual direito das presentes e futuras gerações), tendo a face coletiva do direito precedência sobre a individual;

---

<sup>121</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99.

<sup>122</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99.

<sup>123</sup> Dentre as Constituições que definem o direito apenas em sua dimensão objetiva, conforme Sampaio, destacam-se as da Alemanha, Áustria, Grécia, Holanda, Suécia e Suíça (todas definindo apenas como tarefa estatal) e Cuba, Índia, Itália e Uruguai (como dever de todos e do Estado). Quanto à definição pela dimensão subjetiva destacam-se as Constituições da Hungria (simples direito individual), Bélgica (cujo direito ao meio ambiente equilibrado deriva da dignidade humana), África do Sul, Costa Rica, Chile, Equador, México, Noruega, Paraguai, Peru e Portugal. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99/100.

b) direito de prestação (o direito transporta interesses individuais e coletivos de prestação estatal no sentido de sua configuração e efetiva tutela. São sujeitos ativos todas as pessoas nacionais e estrangeiras, inclusive as pessoas jurídicas desde que os direitos sejam compatíveis com as peculiaridades destas, conforme Sampaio. São sujeitos passivos os poderes públicos e os particulares. Por fim, a conformação jurídico-constitucional completa é integrada pelas dimensões objetiva e subjetiva, sendo mais comum nos textos constitucionais, dentre os quais destacam-se as Constituições do Brasil, Argentina, Espanha, Polônia, Rússia e Finlândia<sup>124</sup>.

Efetivamente, a Constituição da República Federativa do Brasil preconiza que o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui, de forma simultânea, direito e dever fundamental, conforme dispõe o artigo 225, *caput*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>125</sup>.

Com efeito, analisando o artigo supracitado, pode-se extrair quatro aspectos fundamentais, conforme menciona Fiorillo: a) a existência de um direito material constitucional caracterizado como direito ao meio ambiente, cujos destinatários são todos; b) consagração como bem ambiental, ou seja, como aqueles essenciais à sadia qualidade de vida e bem de uso comum do povo; c) em face da relevância, foram impostos ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar os bens ambientais; d) a defesa e a preservação visam a assegurar o uso do bem ambiental não somente para as presentes, mas também para as futuras gerações<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 99/101.

<sup>125</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>126</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do processo ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

Outrossim, como enfatiza Sampaio, não se pode olvidar que os direitos fundamentais, numa Constituição pluralista, não estão desconectados das outras partes da Constituição, pois irradiam-se por outras partes, exigindo uma interpretação conforme os direitos fundamentais. São influenciados por outras partes e encontram ali suas fronteiras e guias de interpretação segundo os casos concretos<sup>127</sup>.

Sampaio destaca a existência de uma relação sinérgica e convergente entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e outros direitos, enumerando alguns:

[...] a) o direito à vida e à saúde – um ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para a saúde física e mental do homem, bem como para a sua qualidade de vida; b) o direito à igualdade – o direito ao ambiente rompe com a perspectiva aristocrática do gozo contemplativo e exclusivista das belezas cênicas e da apropriação privada dos bens naturais, denunciando as desigualdades de consumo dos recursos mundiais dentro das nações e entre elas, com seu recorte de um direito comum e intergeracional; c) o direito ao desenvolvimento – é parte do projeto ambiental o uso eqüitativo dos recursos naturais por todos os povos, assegurando, assim, às nações periféricas o retorno qualitativo e pecuniário de suas riquezas ambientais; d) o direito de propriedade – é protegido com a disciplina das condições regulares do uso dos recursos naturais, o que importa garantia de uso contínuo e, destacadamente em relação ao direito de vizinhança, impede emprego monopolista e terceiros (por exemplo, de córregos e de corredores ecológicos). As inter-relações entre os dois direitos faz surgir um novo direito de propriedade – o direito ao patrimônio comum da humanidade; e) o direito à intimidade – na sua vertente de direito ao sossego com a proteção contra as perturbações sonoras, estéticas e olfativas; f) direito ao trabalho – o uso adequado dos recursos ambientais conduz a uma criação sustentada de emprego e melhorias das condições de trabalho; g) direitos democráticos – o direito ao ambiente reforça e exige a liberdade de associação, o direito à participação e à informação, dando coloração ecológica à democracia e afirmando a “cidadania verde”<sup>128</sup>.

Segundo Sampaio, no que tange ao meio ambiente, o caráter de tutela expansiva, em razão da titularidade difusa e do objeto elevado a bem comum do povo, acarreta o conflito com outros interesses, pondo em relevo sua dimensão *uti socius*. Afastam-se o uso e o gozo exclusivo e excludente, a apropriação degradadora e que ponha em risco o objeto de tutela. Essa relação

---

<sup>127</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 102.

<sup>128</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103/104.

tensa com os demais direitos fundamentais e com os interesses coletivos impõe uma intervenção legislativa conciliadora e, nos casos concretos, a mediação judicial equilibrada<sup>129</sup>.

O conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos, tais como direitos culturais, à propriedade<sup>130</sup>, direito à terra<sup>131</sup>, princípio da legalidade<sup>132</sup> e princípio da repartição de competências<sup>133</sup>, dentre outros, foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso da tradição da “farra do boi”, por exemplo, no estado de Santa Catarina, o STF decidiu que a garantia de exercício dos direitos culturais não dispensa a observância do artigo 225, §1º, VII, da CRFB/88, sendo

<sup>129</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 105.

<sup>130</sup> Em relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à propriedade, o STF manifestou-se pela prevalência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em detrimento do direito à propriedade nos processos ADInMC nº 1.952/DF e ADInMC nº 1.516/UF. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 1.952/DF. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves, j. 12.08.1999, DJ 12.05.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1952&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> e ADInMC nº 1.516/UF. Rel. Sydney Sanches, j. 06.03.1997, DJ. 13.08.1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1516&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS nº 22.164/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.10.1995, DJ 17.11.1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22164&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 1.823/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 30.04.1998, DJ 16.10.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1823&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 329/SC. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.04.2004, DJ 28.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=329&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>; ADInMC nº 861/AP. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 01.07.1993, DJ 18.03.1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=861&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>; ADInMC nº 330/DF. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 02.08.1990, DJ 30.04.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=330&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> e ADInMC nº 2396/MS. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.09.2001, DJ 14.12.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2396&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

vedada a prática por submeter os animais à crueldade<sup>134</sup>. No mesmo sentido decidiu acerca da “briga de galos”<sup>135</sup>.

Assim, diante do contingenciamento dos direitos fundamentais, as pretensões eventualmente alicerçadas em direitos podem entrar em conflito, dependendo do caso concreto, impondo-se a interpretação conforme a Constituição e os tratados internacionais.

A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992<sup>136</sup>, reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano<sup>137</sup>, adotada em Estocolmo, em 1972, prevê, no Princípio nº 1, que “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”<sup>138</sup>.

Bobbio, ao tratar dos novos direitos, enfatiza o direito fundamental ao meio ambiente, afirmando que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”<sup>139</sup>, o qual, constituindo um dos principais direitos<sup>140</sup> de terceira

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE nº 153.531/SC. Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 03.06.1997. DJ 13.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153531&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADInMC nº 1.856/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.09.1998. DJ 22.09.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1856&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

<sup>136</sup> Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em: <[http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>137</sup> Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>138</sup> Acerca de outros documentos normativos internacionais sobre direitos ambientais e proteção dos animais consultar: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 255/257.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

<sup>140</sup> Acerca da classificação dos direitos fundamentais, consultar também: SCHÄFFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

geração<sup>141</sup>, deve ser respeitado e, além de amparado pela legislação, mostrar-se efetivado.

Nesse sentido, Freitas ressalta que, atualmente, o direito ao meio ambiente sadio é considerado direito fundamental do cidadão<sup>142</sup>.

Sarlet<sup>143</sup> define o direito ao meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, dentre os direitos denominados de fraternidade ou solidariedade, que são de titularidade coletiva.

Freitas refere que no Brasil consagrou-se a expressão meio ambiente, enquanto em Portugal e na Itália usa-se apenas a palavra ambiente e com razão, pois meio e ambiente resultam em redundância. O meio ambiente é chamado pelos norte-americanos de *environment*, pelos alemães de *unwelt*, para os franceses é *environnement* e para os espanhóis *entorno*<sup>144</sup>.

A definição legal está prevista, no Brasil, na Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e define o meio ambiente no artigo 3º, inciso I, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>145</sup>.

Porém, trata-se de um conceito restrito, que se limita aos recursos naturais, fato que se explica pela época em que a lei foi editada, em decorrência da evolução histórica do meio ambiente, segundo Freitas<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25 e 83/84.

<sup>142</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.

<sup>144</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>145</sup> Lei nº 6.938/81. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 23.08.2008.

<sup>146</sup> Sobre a evolução histórica do meio ambiente e seu regramento legal no Brasil, consultar: FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18/25.

O meio ambiente deve ser conceituado como macrobem, ou seja, em uma visão globalizada e integrada, conforme define Leite:

Visualiza-se o meio ambiente como um macrobem, que além de bem incorpóreo e imaterial se configura como bem de uso comum do povo. Isso significa que o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem de todos<sup>147</sup>.

Para se edificar um Estado de Direito Ambiental é necessária uma política de meio ambiente ancorada por princípios estruturantes formados a partir da crise ambiental, ressalta Leite, destacando-se os princípios da precaução, da prevenção, da participação em sentido amplo, do poluidor-pagador e da responsabilização<sup>148</sup>.

Acerca da consecução do Estado de Direito Ambiental, Leite afirma que:

[...] só será possível a partir da tomada de consciência global da crise ambiental, em face das exigências, sob pena de esgotamento irreversível dos recursos ambientais, de uma cidadania moderna, informada e pró-ativa. [...] a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende a ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental<sup>149</sup>.

Conforme Leite, o Estado deve incentivar a emergência de um pluralismo jurídico comunitário participativo na área ambiental, consubstanciado em um modelo democrático, privilegiando a participação dos sujeitos sociais na regulamentação da matéria<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

<sup>148</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 154/155.

<sup>149</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159.

<sup>150</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161/162.

Wolkmer, tratando do pluralismo progressista, afirma que “enquanto estratégia democrática de integração procura promover e estimular a participação múltipla das massas populares organizadas e dos novos sujeitos coletivos de base”<sup>151</sup>.

Ainda, lecionando acerca da nova espécie, designada como pluralismo jurídico comunitário-participativo, Wolkmer menciona que:

[...] à cultura legal-estatal, contrapõe-se um modelo de pluralismo concebido a partir de outro modo de conceber a racionalidade e uma outra ética pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos – os coletivos; pelas novas necessidades – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da Sociedade civil – o deslocamento normativo do centro para a periferia, do Estado para a Sociedade, da lei para os acordos, arranjos e negociações. É a dinâmica interativa de um espaço público aberto, democrático e compartilhado<sup>152</sup>.

Assim, o Estado Ambiental, conforme Leite, pressupõe uma democracia ambiental. Nesse sentido, a CRFB/88 é extremamente aberta, pois no artigo 225 prevê a participação de todos na defesa e na preservação do meio ambiente. Destaca que “o problema de política ambiental só poderá ser resolvido quando reconhecida a unidade entre cidadãos, Estado e meio ambiente, e garantidos os instrumentos de ação conjunta”<sup>153</sup>.

O artigo 225 supracitado, segundo Leite, obriga ao exercício de uma cidadania participativa e com responsabilidade social ambiental, com as gerações presentes e futuras, incluindo o uso racional dos bens e a solidariedade. Trata-se de verdadeira realização de justiça social ambiental, cuja consecução deve ser partilhada por todos os componentes da sociedade<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 231.

<sup>152</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 360.

<sup>153</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162.

<sup>154</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162/163.

Leite enfatiza que “o Estado de Direito Ambiental necessita de transparência, visando ao exercício de uma maior democracia, incluindo uma sociedade mais informada e com maior formação e consciência ambiental”<sup>155</sup>.

Ferrer destaca que constitui pré-requisito da participação a informação necessária para que os cidadãos possam formar opinião, bem como ressalta a importância da educação ambiental, pois para haver uma responsável participação da cidadania, atual ou futura, nas decisões de natureza ambiental, tanto é necessário estar informado como estar formado<sup>156</sup>.

A previsão da necessidade do acesso às informações e conscientização em matéria ambiental consta no Princípio 10 da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro, em 1992:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos<sup>157</sup>.

No Brasil, a participação popular está prevista no artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88, e no artigo 225, *caput*, em relação à matéria ambiental.

---

<sup>155</sup> LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 164.

<sup>156</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. *In*: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 14. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>157</sup> Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em: <[http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 18.09.2008.

A participação é indispensável para a proteção ambiental, sendo necessário o engajamento de todos na preservação do meio ambiente. Fiorillo destaca a importância de agir em conjunto, prevista na Constituição, e destaca dois elementos para a efetivação da ação em conjunto: a informação<sup>158</sup> e a educação ambiental<sup>159</sup>, mecanismos de atuação complementares<sup>160</sup>.

A participação direta dos cidadãos reforça a conscientização geral fomentada pelas decisões e procedimentos participativos, constituindo uma importante estratégia de acesso à Justiça Ambiental e de efetividade da jurisdição.

Para o êxito social e político do processo ambiental é indispensável a adoção de procedimentos mais flexíveis e democráticos, possibilitando a participação efetiva dos cidadãos, principalmente em casos que envolvam número significativo de pessoas e interesses colidentes.

A possibilidade de convocação para audiências públicas para a discussão de importantes temas de interesse coletivo ganhou corpo com a Constituição de 1988 (artigo 58, §2º, inc. II). Encontra previsão, também, na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) e na Lei de Assistência Social (Lei nº 8.742/93).

O Direito Ambiental brasileiro, seguindo tendência mundial, assegura ao cidadão a possibilidade de participação na política ambiental nos três poderes: Legislativo (no processo de criação do Direito Ambiental por meio de iniciativa popular, referendo e plebiscito; Executivo (composição de órgãos colegiados como o CONAMA e a participação em audiências públicas realizadas nos Estudos de Impactos Ambientais e na apresentação dos respectivos relatórios) e Judiciário (legitimidade para propor ação popular, mandado de

---

<sup>158</sup> A informação ambiental encontra respaldo nos arts. 225, §1º, inc. VI, e 220 da Constituição e nos arts. 6º, §3º, e 10 da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente).

<sup>159</sup> A educação ambiental está prevista no artigo 225, §1º, inc. VI, da Constituição e nos arts. 4º, inc. V, da Lei nº 6.938/81, artigo 35 da Lei de Proteção à Fauna, artigo 42 da Lei nº 4.771/65 e na Lei nº 9.795/99, que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental.

<sup>160</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 38/39.

segurança e mandado de injunção). Em que pese a possibilidade de participação, verifica-se, na prática, um grave *déficit* democrático, mormente em relação ao acesso à Justiça, conforme será abordado no Capítulo 2 deste trabalho.

No que tange à educação ambiental, além da convocação de audiências públicas nos processos cíveis, é possível estabelecer medidas alternativas<sup>161</sup> em processos de crimes ambientais que priorizem a educação acerca da preservação do meio ambiente. Trata-se de uma iniciativa para a promoção do Direito Ambiental, atendendo à necessidade do aspecto pedagógico nas decisões judiciais, para fomentar uma nova cultura ecológica, estimulando ações concretas em prol do meio ambiente.

A aplicação de medidas alternativas de cunho educacional evita a reincidência nos crimes ambientais e contribui para a criação de uma consciência solidária em prol da conservação da natureza.

O princípio do desenvolvimento sustentável, adotado no *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, foi estabelecido inicialmente na Conferência Mundial de Meio Ambiente de Estocolmo, em 1972<sup>162</sup>, sendo reiterado na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992<sup>163</sup>.

Considerando que os recursos ambientais não são inesgotáveis, impõe-se o equilíbrio entre economia<sup>164</sup> e meio ambiente, permitindo o desenvolvimento, porém de forma sustentável.

---

<sup>161</sup> Quanto às medidas alternativas, calha mencionar a prática adotada pela Vara Ambiental de Florianópolis, criada pelo Juiz Federal Zenildo Bodnar, que editou Portaria estabelecendo a Central de Penas Educacionais, destinada ao acompanhamento e fiscalização das medidas alternativas fixadas nos acordos de transação penal e suspensão condicional do processo em matéria ambiental, consistente na obrigação de frequência a palestras, videoconferências e outras atividades educacionais.

<sup>162</sup> Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 18.09.2008.

<sup>163</sup> Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em: <[http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 18.09.2008.

<sup>164</sup> Ferrer aponta a economia do mercado como um dos obstáculos da consolidação do Direito Ambiental como Direito de Espécie, juntamente com a soberania e a democracia. A produção de

Conforme Fiorillo, o conceito de desenvolvimento, formado no Estado liberal, alterou-se diante da transformação da sociedade, surgindo a necessidade de um modelo estatal intervencionista, de forma que a proteção ambiental e o fenômeno do desenvolvimento passaram a constituir “um objetivo comum, pressupondo a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental”<sup>165</sup>.

Nesse sentido, o artigo 170 da CRFB/88 dispõe que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa (sistema capitalista) e na valorização do trabalho humano (limite ao capitalismo selvagem), busca assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da defesa do meio ambiente, dentre outros. Assim, o desenvolvimento deve atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações<sup>166</sup>.

O princípio do poluidor-pagador está previsto no artigo 225, §3º, da CRFB/88, estabelecendo sanções penais e administrativas, sem prejuízo da responsabilidade civil com a reparação dos danos.

Conforme Milaré, o princípio está assentado na vocação redistributiva do Direito Ambiental e inspirado na teoria econômica de que os

---

mais e mais coisas, para mais e mais pessoas, é incompatível com a preservação do meio ambiente enquanto supõe uma “crescente espiral” na demanda de recursos e na geração de desejos (necessidades artificiais). O sistema requer uma correção que deve passar por outorgar valor às funções ambientais, pois são limitadas e devem ser valorizadas, distribuindo-se seu valor (pegada ecológica ou carga ambiental). Não se trata de dinheiro, mas de inventar outra moeda que simbolize os bens ambientais. Ferrer sugere a criação de crédito ambiental, por meio de Cota Ambiental Individual (CAI), onde constarão as Unidades de Crédito Ambiental (UCA). Na valoração das funções ambientais, alguns países seriam deficitários e outros não. É o único sistema para assegurar a sustentabilidade, que resulta tecnicamente possível, introduzindo a racionalidade ambiental na economia, produzindo-se UCAs para gerar ou melhorar funções ambientais e criando-se a possibilidade/necessidade de comprar UCAs para assegurar uma positiva redistribuição da riqueza. In: FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 25/27. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>165</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 25.

<sup>166</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 26/27.

custos sociais externos que acompanham o processo produtivo devem ser internalizados, sendo conhecido, também, como princípio da responsabilidade<sup>167</sup>.

Segundo Ferrer, trata-se da materialização do princípio “quem contamina, paga”, que não se trata de autorização para contaminar mediante pagamento de um preço, mas a exigência de internalizar os custos ambientais dos processos produtivos, trasladando-os aos consumidores efetivos de determinados bens e não à sociedade<sup>168</sup>.

O princípio do poluidor-pagador possui caráter preventivo (evitar a ocorrência de danos ambientais) e repressivo (reparação do dano causado), não constituindo autorização para poluir mediante pagamento<sup>169</sup>.

O princípio da prevenção foi adotado na Conferência de Estocolmo de 1972<sup>170</sup>, bem como na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, no princípio 15, assim redigido:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental<sup>171</sup>.

A CRFB/88, no artigo 225, *caput*, estabelece o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

---

<sup>167</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 116.

<sup>168</sup> FERRER, Gabriel Real. *La contrucción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 15. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>169</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 27/28.

<sup>170</sup> Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 18.09.2008.

<sup>171</sup> Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em: <[http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 18.09.2008.

Segundo Fiorillo, a prevenção e a preservação devem ser concretizadas a partir de uma consciência ecológica, desenvolvida por intermédio de uma política de educação ambiental. Outros instrumentos também são relevantes, tais como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas e o Fundo de Recuperação do Meio Ambiente. Além disso, a prevenção do dano decorre da atuação estatal na punição do poluidor, bem como dos incentivos fiscais conferidos às atividades realizadas em parceria com o meio ambiente e maiores benefícios às que utilizem tecnologias limpas<sup>172</sup>.

Fiorillo menciona, ainda, que o princípio da prevenção encontra-se presente na óptica do Poder Judiciário, por meio da aplicação da jurisdição coletiva, que contempla mecanismos adaptados aos direitos difusos e aplicação do real e efetivo acesso à Justiça, bem como na óptica da Administração, por intermédio das licenças, das sanções administrativas, das fiscalizações e das autorizações, entre outros<sup>173</sup>.

Giddens afirma que os riscos de grandes conseqüências para a humanidade revelam uma utopia, ou seja, uma “utopia de cooperação global, que reconhece a unidade-na-diversidade dos seres humanos”. As complicações reflexivas dos riscos de grandes conseqüências não significam que os problemas não podem ser resolvidos, mas confirmam que “as dificuldades de uma civilização científico-tecnológica não podem ser resolvidas apenas por meio da introdução de mais ciência e tecnologia”<sup>174</sup>.

Assim, o papel do Poder Judiciário ganha relevo na medida em que representa a possibilidade de enfrentamento desses riscos e adoção de tratamento adequado, em prol do meio ambiente sadio e equilibrado, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

---

<sup>172</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 37.

<sup>173</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 38.

<sup>174</sup> GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita. O futuro da política radical**. Trad. Alvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996, p. 252/253.



## CAPÍTULO 2

### O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO E DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Com o advento da sociedade de risco<sup>175</sup> e, conseqüentemente, da crise ambiental no planeta, decorrente de diversos fatores, dentre os quais o esgotamento de recursos naturais não-renováveis, a falta de distribuição eqüitativa dos bens ambientais, as emissões de gases poluentes, o crescimento da população, a pobreza em grande escala, o desemprego, a marginalidade social e o surgimento de processos tecnológicos excludentes alimentados pelo modelo capitalista, revela-se, cada vez mais, a importância da Justiça Ambiental.

Nesse contexto de crise ecológica, a facilitação do acesso à Justiça Ambiental e a garantia da sua efetividade devem tornar-se objeto central de preocupação dos Estados, a fim de assegurar a qualidade de vida digna para as presentes e futuras gerações, conforme será demonstrado a seguir.

#### 2.1 ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL

O acesso à Justiça, de modo geral, constitui, atualmente, tema de discussão no meio jurídico e corresponde a um movimento mundial, cuja finalidade é fazer com que o sistema de reivindicação de direitos e resolução dos litígios seja igualmente acessível a todos, e à proteção indiscriminada dos direitos reconhecidos e produza resultados justos, do ponto de vista individual e social<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Sobre a sociedade de risco recomenda-se a leitura das obras de Ulrich Beck, em especial: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid/ES: Siglo XXI, 2006, e BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

<sup>176</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 123.

Cappelletti e Garth referem que o conceito de acesso à Justiça sofreu uma transformação importante na passagem dos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, cujos procedimentos para solução dos litígios refletiam o caráter individualista dos direitos, para as sociedades modernas, momento em que as ações e relacionamentos assumiram caráter mais coletivo que individual, no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. A atuação positiva do Estado passou a ser necessária para assegurar o gozo desses direitos sociais básicos. O direito ao acesso efetivo à Justiça ganhou corpo na medida em que as reformas do Estado do bem-estar procuraram conceder aos indivíduos novos direitos<sup>177</sup>.

Nesse ponto, Cappelletti e Garth relatam que:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos<sup>178</sup>.

Em que pese tenha sido aceito como direito social básico nas sociedades modernas, o acesso à Justiça carece de efetividade, em virtude de vários obstáculos, tais como falta de recursos financeiros e demora do processo, havendo problemas especiais quando se trata de direitos difusos, que são fragmentados ou coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável e à proteção ao consumidor<sup>179</sup>.

Além disso, a mentalidade dos juízes, em virtude da formação e da própria estrutura institucional, também está mais direcionada ao reconhecimento de direitos e não tanto à exigência de deveres fundamentais que

---

<sup>177</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09/11.

<sup>178</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11/12.

<sup>179</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15/29.

consolidem a solidariedade e uma ética de alteridade, que são necessárias na abordagem dos direitos difusos.

Cappelletti e Garth relatam que o interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a um movimento para soluções práticas, iniciado em 1965. A primeira onda desse movimento foi a assistência judiciária, a segunda refere-se à reformas para proporcionar a representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor, e a terceira, mais recente, é o “enfoque de acesso à Justiça”, que inclui os movimentos anteriores e vai além deles, na tentativa de atacar os obstáculos de modo mais articulado e compreensivo<sup>180</sup>.

A terceira onda de enfoque de acesso à Justiça procede dos movimentos anteriores, os quais estavam preocupados com a representação legal, porém é mais ampla. Segundo Cappelletti e Garth, trata-se de um enfoque que encoraja a realização de reformas, incluindo:

[...] alterações nas formas de procedimento, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios<sup>181</sup>.

Além disso, a preocupação fundamental é cada vez mais com a “justiça social”, isto é, a busca de procedimentos conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns, e não apenas a aplicação das regras corretas de direito aos fatos do caso. Conforme Cappelletti e Garth, um sistema destinado a servir às pessoas comuns, como autores ou réus, “deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos”<sup>182</sup>. Todavia, ressaltam que “uma

---

<sup>180</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

<sup>181</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 71.

<sup>182</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 93/94.

mudança na direção de um significado mais 'social' da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado”<sup>183</sup>.

Ainda no contexto do movimento de acesso à Justiça, Cappelletti e Garth sinalizam a importância da simplificação, na tentativa de tornar mais fácil para as pessoas a satisfação das exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Citam, como exemplos de solução simplificada, o divórcio sem análise da culpa e o movimento pela responsabilidade civil objetiva. Referem que a simplificação pode ser estendida aos direitos dos consumidores e à proteção ambiental, como na experiência holandesa de indenização por danos decorrentes da poluição aérea. Por fim, salientam que “a criatividade e a experimentação ousada – até o limite de dispensar a produção de provas – caracterizam aquilo que chamamos de enfoque de acesso à Justiça”<sup>184</sup>.

Nesse sentido, Nalini enfatiza que os processos precisam ser mais céleres e descomplicados e que a Constituição previu os juizados especiais para conciliação e execução de causas de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo visando à celeridade e simplicidade processuais<sup>185</sup>. Refere que:

O processo, instrumento ético de realização do justo e da pacificação do meio social, precisa de uma certa formalidade, até por força de sua relevância. Admite, porém, deformalização ritual, sem comprometimento da dignidade<sup>186</sup>.

A necessidade de respostas mais adequadas e eficazes para a tutela do meio ambiente impõe uma revisão crítica dos principais institutos processuais para adequar às peculiaridades da tutela jurídica do meio ambiente. Com efeito, a teoria clássica do processo foi desenvolvida para a resolução de conflitos de cunho individualista e preocupada com a segurança jurídica, ainda

---

<sup>183</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 164.

<sup>184</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 156/159.

<sup>185</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 41.

<sup>186</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 40.

que em prejuízo da efetividade material do processo. Portanto, encontra-se defasada para a resolução de conflitos que versam acerca de interesses difusos na atual sociedade de risco.

Nalini sustenta que o movimento de acesso à Justiça implica reforma do pensamento e alterações normativas, institucionais e processuais, porém o mais importante aspecto envolvido é a possibilidade de uma revolução interna do modo de pensar do juiz. Mesmo sem as ambiciosas reformas legislativas, é possível ao juiz aperfeiçoar a prestação jurisdicional<sup>187</sup>.

Caso o juiz tenha interesse em otimizar seu trabalho, existem inúmeras possibilidades, segundo Nalini:

A perspectiva constitucional, a inspirar apreciação adequada da compatibilidade entre as normas e a lei fundante, afastando aquelas que contrariem o texto fundamental ou seus princípios, explícitos ou implícitos; o estudo comparativo, permitindo acompanhar experiências que outros países desenvolvem e as aplicando ao sistema pátrio se comprovadamente úteis; a observância dos deveres, preordenados a tornar a magistratura mais imparcial e independente, podem ser alguns dos caminhos<sup>188</sup>.

Com efeito, “é o momento de o juiz valer-se da restauração do crédito que lhe devota a comunidade, na constatação de que o judiciário pode ser ágil e confiável em certas demandas”<sup>189</sup>.

Acerca desse crédito da comunidade na Justiça, convém referir os ensinamentos de Dias, ao tratar da realidade social e das condições de possibilidade da Justiça, enfatizando que a Justiça, na sua dimensão de práxis, “institui-se no imaginário social como desejo, como utopia de uma vida melhor, de uma vida com qualidade”<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 94.

<sup>188</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 95.

<sup>189</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 96.

<sup>190</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis/SC: Momento Atual, 2003, p. 75.

Ao juiz foi atribuída a missão constitucional de ser “agente de transformações aperfeiçoadoras de sua missão, não passivo espectador da radical revolução por que passa o mundo”<sup>191</sup>, conforme enfatiza Nalini.

Assim, enfrentar o desafio de ampliar o acesso à Justiça é indispensável para a sobrevivência do Judiciário como via própria para a solução dos conflitos e apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito<sup>192</sup>.

Nesse movimento de acesso à Justiça destaca-se, no presente trabalho, a proteção jurisdicional do meio ambiente.

O acesso pleno e efetivo à Justiça Ambiental enfrenta obstáculos com múltiplas dimensões, o que acarreta uma crise geral e profunda na efetividade da jurisdição ambiental, motivada pela falta de uma racionalidade jurídica e hermenêutica dotada de sensibilidade ecológica e voltada para a proteção integral do meio ambiente.

Os princípios de cunho individualista do século passado devem ser esquecidos quando se trata de conflitos de meio ambiente, conforme refere Benjamin, para alcançar um objetivo tríplice: a) definição, no âmbito processual e substancial, de uma estrutura preventiva, inclusive de precaução; b) diminuição e, se possível, eliminação das barreiras objetivas (relacionadas basicamente com os custos do processo, valor muitas vezes ínfimo do dano ambiental, distância entre o órgão de tutela e a residência do sujeito tutelado, disponibilidade de tempo, lentidão da justiça, ou seja, os riscos do processo) e subjetivas (óbices psicológicos, desconhecimento da lei e dos direitos, o formalismo e o caráter solene da prestação jurisdicional) de acesso à justiça; e c) relaxamento das regras de legitimação para agir, facilitando-se o acesso coletivo à justiça<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 96.

<sup>192</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 96.

<sup>193</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *In*:

Com efeito, a plena garantia de acesso à Justiça Ambiental abrange dois aspectos: o procedimental, como conjunto de garantias e medidas para a facilitação do ingresso em Juízo, e o material, referente ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais para a realização da Justiça social e ecológica.

Portanto, a efetividade depende não apenas da ampla acessibilidade aos instrumentos de resolução dos conflitos, mas também do conteúdo das decisões, refletindo as aspirações sociais no sentido de um esforço global solidário de proteção ao meio ambiente.

O acesso efetivo à Justiça também configura uma forma de exercício substancial da democracia, na medida em que possibilita o controle jurisdicional dos atos e omissões da Administração Pública, por intermédio de ações populares ajuizadas pelos cidadãos ou ações civis públicas propostas por associações, em benefício da coletividade.

A Constituição de 1988 estabelece um sistema formalmente ideal de garantias para o acesso à Justiça Ambiental, prevendo a inafastabilidade do controle jurisdicional diante de ameaça ou lesão a direitos, a assistência judicial integral e gratuita aos necessitados, remédios constitucionais (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), amplos poderes e atribuição ao Ministério Público para atuar na defesa judicial e extrajudicial do meio ambiente, bem como um conjunto de princípios que integram o devido processo legal substancial: isonomia entre as partes, contraditório e ampla defesa, duração razoável do processo, dentre outros.

Freitas relata que a situação no Brasil, diversamente de outros países, é privilegiada, pois a lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.038/81) já atribuiu ao Ministério Público da União e dos Estados a legitimidade para ingressar em juízo na defesa de interesse difuso resultante de dano ao meio ambiente. A possibilidade foi reiterada pela lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), acrescentando a legitimidade, ainda, aos Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou

associações que incluïrem entre as suas atividades a proteçãõ ao meio ambiente. Além disso, a Constituição de 1988, artigo 129, inc. III, consagrou a legitimidade constitucional do Ministério Público para promover inquãrito civil e açãõ civil pública na defesa do meio ambiente. Por fim, o cidadão, individualmente, possui legitimidade para ajuizar açãõ popular em defesa do meio ambiente<sup>194</sup>.

Além de enfrentar os obstáculos de acesso ao Poder Judiciário, referentes aos custos e morosidade do processo, falta de tempo dos legitimados, representação judicial e barreiras psicológicas e culturais, dentre outros, o desafio consiste em alcançãr o acesso efetivo à Justiça Ambiental, a fim de concretizar os mandamentos normativos constitucionais e internacionais que tutelam o meio ambiente.

Convém referir que a crise de efetividade do Direito Ambiental decorre, também, da falta de uma cultura jurídica própria, voltada para a tutela do meio ambiente e a revitalizaçãõ dos institutos da dogmática tradicional, a fim de possibilitar uma imersãõ ecológica profunda e dotada de sensibilidade.

Nesse ponto, é conveniente aplicar os ensinamentos de Maffesoli, que apregoa que o sensível não é mais um fator secundário na construçãõ da realidade social e que deve ser considerado como elemento central no ato de conhecimento, permitindo estar em perfeita congruência com a sensibilidade difusa. Afirma que essa perspectiva global – vínculo entre o conhecimento e a sensibilidade – merece atençãõ por estar próxima do senso comum<sup>195</sup> e reunida às instituições holísticas das diversas práticas

---

<sup>194</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37/40.

<sup>195</sup> Acerca do senso comum, Santos ensina que “a ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo”, diversamente da ciência da modernidade, a qual foi construída contra o senso comum, que era considerado superficial, ilusório e falso. Assim, enquanto na ciência moderna houve um salto qualitativo do senso comum para o conhecimento científico, na ciência pós-moderna o salto é dado do conhecimento científico para o conhecimento do senso comum. “A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em autoconhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida. É esta que assinala os marcos da prudência à nossa aventura científica”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 88/91.

contemporâneas, como medicinas paralelas, dietéticas, cuidados do corpo e da alma, dentre as quais se destaca a ecologia<sup>196</sup>.

Maffesoli enfatiza que o intelecto e a sensibilidade devem ser considerados inseparáveis. Refere que quando “o sentimento é coletivo, e que se vêem suas conseqüências, tanto sociais quanto políticas, para melhor ou para pior, é preciso saber integrá-lo no ato de conhecimento a fim de tornar este último mais eficaz”<sup>197</sup>.

Assim, é preciso considerar o sentimento coletivo de preservação do meio ambiente também nas decisões judiciais. Nesse sentido, Maffesoli ressalta que, hoje em dia, não se pode negar a importância da sensibilidade “ecológica”<sup>198</sup>.

Portanto, não bastam modificações legislativas pontuais ou a adoção de medidas isoladas, sendo necessária a atuação do juiz, mediante decisões comprometidas com a sensibilidade ecológica, a fim de dar efetividade à jurisdição ambiental.

Outrossim, para a construção de decisões judiciais efetivas na superação das situações de injustiça ambiental na atual sociedade de risco, impõe-se a análise da sustentabilidade e da institucionalização dos deveres fundamentais.

Considera-se fundamental que as decisões sejam proferidas atentando-se para a prevenção e a precaução, por intermédio de um planejamento estratégico e democrático que leve em consideração as variáveis que possam influenciar direta ou indiretamente na garantia plena de qualidade de vida em todas as suas formas, para as presentes e futuras gerações.

---

<sup>196</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 189/190.

<sup>197</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 193/194.

<sup>198</sup> MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 97.

Ressalta-se que, caso a decisão não considere a gestão e o controle dos riscos, haverá incompatibilidade material com a ordem jurídica constitucional e internacional, por outorga de proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Com efeito, um dos maiores objetivos é a adequada gestão e controle dos riscos ambientais e sociais, pois são as ações e decisões do presente que irão condicionar os acontecimentos e as conseqüências do futuro, podendo comprometer a qualidade de vida de todas as espécies. Assim, as instituições devem assumir uma postura ativa para garantir, inclusive às futuras gerações, uma civilização mais promissora.

Tal postura deve incluir necessariamente a variável ambiental e a adequada gestão dos riscos em qualquer projeto de desenvolvimento com sustentabilidade, o que deve ser estratégico, com consciência da finitude dos bens ambientais e fundado na responsabilidade global e solidária pela proteção do meio ambiente.

Assim, o desenvolvimento sustentável configura um imperativo ético a ser observado na geração atual e para as futuras gerações, em benefício de toda a comunidade de vida.

Nesse sentido, Capra refere que o grande desafio do nosso tempo é criar comunidades sustentáveis, onde possam ser satisfeitas nossas necessidades e aspirações sem diminuição das chances das gerações futuras<sup>199</sup>.

A consolidação dessa cultura de sustentabilidade global, baseada na aproximação entre povos e culturas e na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social, depende também da atuação do Poder Judiciário.

De outra banda, a degradação ambiental também decorre da pobreza, da miséria e da fome, sendo fundamental à sustentabilidade a melhora

---

<sup>199</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 24.

das condições das populações mais fragilizadas, uma vez que os problemas sociais e ambientais estão interligados.

Santos cita a miséria, a fome e o perigo iminente de catástrofe ecológica como algumas irracionalidades que se acumulam na modernidade. Refere que, no final do século, a única utopia realista é a ecológica e democrática. A ecológica é utópica, porque a sua realização pressupõe a transformação global, não somente dos modos de produção, mas também do conhecimento científico, dos quadros da vida, das formas de sociabilidade e dos universos simbólicos, pressupondo uma nova relação paradigmática com a natureza, que substitua a relação moderna. É, também, uma utopia democrática, pois a transformação global pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo os direitos humanos da natureza<sup>200</sup>.

A degradação ambiental é inseparável do caos urbano nacional, conforme destaca Waldman:

A ausência de uma política habitacional tem como resposta a ocupação de áreas ambientalmente frágeis, caso da beira dos córregos, encostas íngremes, várzeas inundáveis e áreas de proteção dos mananciais, que constituem a única alternativa para os excluídos do mercado residencial formal<sup>201</sup>.

Com efeito, os problemas urbanos relacionam-se diretamente com vários problemas ambientais básicos vivenciados pelo povo brasileiro, dentre os quais se destacam a destinação dos resíduos sólidos, dos resíduos hídricos e da poluição do ar. Caso não haja essa compreensão global, as proposições ambientalistas tornam-se elitistas e desfocadas das questões ambientais vivenciadas pela população<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 43/44.

<sup>201</sup> WALDMAN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 551.

<sup>202</sup> WALDMAN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 551.

Assim, a distribuição eqüitativa dos benefícios, dos riscos e malefícios gerados pelo desenvolvimento configura meta a ser atingida também por intermédio do Poder Judiciário, principalmente no controle das políticas públicas.

Outra importante estratégia de gestão dos riscos é a institucionalização dos deveres fundamentais de proteção do meio ambiente.

A compreensão do meio ambiente apenas como direito fundamental, calcada no antropocentrismo, contribuiu para a consolidação de uma ética individualista e egoísta na relação entre o homem e a natureza. Tal compreensão deve ser afastada, a fim de que a tutela do meio ambiente esteja alicerçada no dever fundamental de solidariedade, religando os seres humanos com a teia da vida.

Acerca da superação da visão fundada no antropocentrismo, Capra menciona que houve uma mudança da visão de mundo mecanicista de Descartes e Newton para uma visão holística, ecológica, que concebe o mundo como um todo integrado. “Enquanto que o velho paradigma está baseado em valores antropocêntricos (centralizados no ser humano), a ecologia profunda está alicerçada em valores ecocêntricos (centralizados na Terra)”. A partir dessa percepção, emerge um sistema de ética radicalmente novo e essa ética ecológica profunda é urgentemente necessária na atualidade<sup>203</sup>.

Destarte, a proteção e defesa da integridade ambiental constitui uma das funções mais relevantes do Estado de Direito Ambiental, configurando a imputação adequada de responsabilidade uma das estratégias para realização da justiça ambiental e da atuação em prol da sustentabilidade.

Benjamin enfatiza a constitucionalização de uma ordem pública ambiental:

A Constituição de 1988 instituiu uma verdadeira ordem pública ambiental, que conduz o Estado de Direito Social e o modelo político-

---

<sup>203</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 24/28.

econômico que adota a assumir a forma de Estado de Direito Ambiental. A ambientalização constitucional dessa ordem pública e do Estado de Direito, embora concentrada no art. 225, aparece espalhada no espaço da Constituição, com destaque para os arts. 5º, XXII e XXIII, 20, II a VII, 21, XIX, 22, IV, 23, VI e VII, 24, VI a VIII, 26, I, 170, VI, 184, §2º, 186, II, e 200, VII e VIII<sup>204</sup>.

Segundo Benjamin, a ordem pública é ambiental, pois não está mais conectada exclusivamente aos elementos da natureza, tais como florestas, fauna ou águas, mas dotada de enfoque holístico e autônomo<sup>205</sup>.

Assim, o ponto focal do Direito Ambiental não é o amparo à propriedade individual, mas a proteção do meio ambiente para todos (presentes e futuras gerações), cuja busca da tutela dá-se num sistema integrado e multifacetário, que cumula democratização do domínio do meio ambiente (bem de uso comum do povo) com coletivização da representação<sup>206</sup> (ação popular<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121/122.

<sup>205</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

<sup>206</sup> Nesse ponto, calha mencionar a lição de Freitas de que “ao lado do direito coletivo à reparação e indenização pelo dano ambiental, remanesce o direito individual daquele que foi diretamente lesado, sendo a responsabilidade do infrator objetiva”. Aquele que sofreu prejuízo pode ajuizar ação de indenização ambiental individual, podendo invocar, no que for cabível ou de forma supletiva, os dispositivos da ação civil pública. Salienta que é recomendável que as vítimas diretas de dano ambiental reiviniquem indenizações em juízo, a fim de tornar efetiva a proteção ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Ação Civil Pública e dano ambiental individual. In: MILARÉ, Edis (Org.). **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 600.

<sup>207</sup> Brandão refere que a ação popular é uma ação típica do Estado contemporâneo, que já cumpria, desde o surgimento no Brasil, sua função de instrumento de defesa de interesse difuso, mas ganhou maior expressividade na Constituição de 1988, como instrumento de defesa de interesses da Sociedade Civil, cujo exercício pelo cidadão constitui direito fundamental e garantia da cidadania. Assim, nenhum limite, salvo de ordem constitucional, pode ser oposto, especialmente como vem ocorrendo, com argumentos e institutos infraconstitucionais e de cunho de direitos intersubjetivos. BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ação Popular na Constituição de 1988: uma ação típica do estado Contemporâneo, limitado pela incompreensão. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 384.

ambiental = um por todos ou ONGs na ação civil pública ambiental = vários por todos)<sup>208</sup>.

Esse Estado de Direito ambiental ou Estado constitucional ecológico, inclusive o Poder Judiciário como um dos poderes do Estado<sup>209</sup>, deve atuar conforme os valores, princípios e deveres estabelecidos pela Constituição para assegurar a higidez ambiental.

Afinal, como lembra Benjamin, com a Constituição de 1988, partiu-se de um estágio de miserabilidade ecológica constitucional, característica das Constituições liberais anteriores, para um outro, mais adequado, que pode ser chamado de opulência ecológica constitucional<sup>210</sup>. Nesse ponto, Freitas ressalta que foi dedicado ao tema meio ambiente, anteriormente não tratado na Constituição, todo um capítulo, bem como houve inovações na repartição de poderes<sup>211</sup>.

Todavia, a proteção do meio ambiente constitui dever fundamental não somente imposto ao Estado, mas também a todos os cidadãos, exigindo de todos uma atuação solidária em prol da proteção do meio ambiente, inclusive mediante participação nas decisões que envolvem matéria ambiental.

Com efeito, o Estado constitucional ecológico pressupõe uma democracia sustentada<sup>212</sup>. Portanto, deve haver democratização no acesso à

---

<sup>208</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 124.

<sup>209</sup> A doutrina da divisão dos poderes do Estado foi desenvolvida por Montesquieu, no livro XI da obra *Do Espírito das Leis*, pregando que todo o bom governo deveria ser regido pela divisão de poderes: legislativo, executivo e judiciário. In: MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 163/195.

<sup>210</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 368.

<sup>211</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 31.

<sup>212</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 15.

Justiça, com a participação dos cidadãos ou grupos de cidadãos oriundos de associações ou ONGs em defesa do meio ambiente.

Nesse ponto, Canotilho refere que se fala atualmente em um comunitarismo ambiental ou de uma comunidade com responsabilidade ambiental assente na participação ativa do cidadão na defesa e proteção do meio ambiente. Desta forma, a proteção ambiental não é tarefa apenas do Estado, mas também dever do cidadão. Assim, o dever fundamental ecológico radicar-se-á na idéia de “responsabilidade-projeto” ou de “responsabilidade-conduta”<sup>213</sup>.

Waldman menciona que a difusão do conceito de responsabilidade ambiental, juntamente com a cidadania ambiental, contribuiu para que as responsabilidades compartilhadas sejam difundidas nos setores sociais, políticos e econômicos. Nesta concepção participativa é indispensável a atuação de três esferas de forma conjunta: a administração pública (nos níveis federal, estadual e municipal), a sociedade (escolas, comunidades de bairro, igrejas, sindicatos, movimentos urbanos e rurais, universidades e empresas, dentre outros) e o cidadão (atuando na sua casa, bairro, local de emprego e outros). Assim, a responsabilidade compartilhada torna-se concreta em virtude da criação de parcerias sociais entre essas três esferas<sup>214</sup>.

Nesse contexto, destaca-se a importância da compreensão da proteção ambiental como um dever fundamental imposto aos cidadãos e ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário, pois, conforme Kelsen, a pessoa é um ser de direitos e de deveres, bem como são imputados aos órgãos do Estado direitos e obrigações<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. *In*: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 10.

<sup>214</sup> WALDMAN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 555.

<sup>215</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 284/286.

Com efeito, o dever fundamental também é do juiz. Conforme Nalini, “o juiz é o responsável primeiro por tornar conseqüente a vontade constitucional”, enfatizando o paradigma de educador do juiz<sup>216</sup>.

Ferrajoli sustenta que, no modelo constitucional garantista, a interpretação judicial da lei é também um juízo sobre a lei mesma. A tarefa do juiz é escolher somente os significados válidos, quer dizer, aqueles compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais que estas estabelecem<sup>217</sup>.

Assim, os juízes devem fazer valer a previsão constitucional de proteção ao meio ambiente, adotando uma postura ativa, mediante interpretação compatível com as normas de proteção do meio ambiente e adoção de meios processuais adequados.

Acerca da indisponibilidade e da obrigatoriedade do dever de proteção do meio ambiente, Bachelet menciona que o dever impõe-se por si mesmo e faltar ao dever constitui erro, enquanto negligenciar um direito, em alguns casos, pode ser prova de magnanimidade e de generosidade. Os titulares de um direito podem utilizá-lo ou não, mas não podem deixar de cumprir o dever<sup>218</sup>.

Benjamin destaca que um dos benefícios da constitucionalização do ambiente foi a proteção ambiental como direito fundamental, em pé de igualdade com outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade. Trata-se de um “dever de não degradar” e da ecologização

---

<sup>216</sup> NALINI, Renato. **Ética Ambiental**. 2. ed. Campinas/SP: Millennium, 2003, p. 29.

<sup>217</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: UNAM, 2005, p. 94. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

<sup>218</sup> BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: Direito Ambiental em questão**. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 38.

do direito de propriedade, que deverá cumprir a função social, contrabalançando as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade<sup>219</sup>.

Na colisão entre o direito de propriedade e o meio ambiente, as decisões devem ser conscientes, responsáveis e criativas, a fim de preservar a intangibilidade deste sem aniquilar o núcleo essencial do direito de propriedade. Não se trata de tirania apriorística de valores em prol do meio ambiente, mas de outorga da proteção adequada aos bens essenciais à vida, inclusive das futuras gerações.

Outrossim, Bodnar apresenta outras estratégias que podem ser adotadas para a melhora do acesso à jurisdição ambiental e sua efetividade: a) especializar unidades jurisdicionais (varas, juizados, câmaras e turmas), que contribui para uma gestão mais adequada e especializada dos recursos humanos e para a celeridade processual; b) formar um cadastro amplo de peritos e banco com laudos periciais, contribuindo para a melhora da prova pericial, diante da inexistência de corpo técnico específico no Judiciário. O banco de laudos periciais deve estar disponível na internet, a fim de que outras varas ou turmas tenham acesso; c) realizar estatísticas em todos os setores da unidade jurisdicional, para definir estratégias de gestão processual e medir a eficácia social e ambiental das decisões e encaminhamentos; d) criar ambientes virtuais para fomentar a participação e a informação dos cidadãos nas principais lides ambientais, inclusive com fóruns de discussão como complemento às audiências públicas; e) nos casos de maior repercussão e abrangência, determinar que o réu crie página específica na internet, com o objetivo de prestar contas acerca das medidas adotadas em prol do meio ambiente; f) para os casos que envolvem situações de incerteza científica, determinação periódica e contínua de novos estudos, pesquisas e seminários com o objetivo de alcançar maior excelência técnica e científica, concretizando o princípio da precaução; h) necessidade de reconhecimento universal de legitimidade para propor ação popular ambiental, afastando a vedação a estrangeiros; i) prestação jurisdicional efetiva

---

<sup>219</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

independente da falta de recursos para o custeio das despesas do processo (custas e honorários periciais), que, de regra, devem ser pagas pelo réu como decorrência da necessária flexibilidade na distribuição do ônus da prova ou da sua inversão (aplicação da teoria das cargas dinâmicas da prova, do dever objetivo de preventividade e de não lesar o bem ambiental, de princípios como prevenção, poluidor-pagador, dentre outros). Nos casos de comprovada impossibilidade econômica do réu ou quando o autor for o Ministério Público, deve o magistrado sugerir ao *Parquet* a breve inclusão, como uma das medidas para a composição cível ou criminal em outros feitos, do custeio integral ou parcial da perícia pendente. Também é possível, mediante acordo ou por decisão, solicitar a realização de estudos ou pareceres para as autoridades ambientais, instituições públicas ou universidades; j) nas ações de usucapião, condicionar a declaração da aquisição da propriedade à comprovação de que a posse está sendo exercida em pleno respeito ao meio ambiente, com fundamento na exigência constitucional de que a propriedade deve cumprir suas funções social e ecológica; l) a realização célere de audiências de transação penal para que as medidas voltadas para o restabelecimento do equilíbrio ecológico sejam acordadas com rapidez, diminuindo também a sensação de impunidade; m) realizar audiências de conciliação, que permitem a celeridade, a participação direta na construção da solução do conflito, ampliação dos limites da lide com a concordância das partes, adequação das medidas com a realidade atual dos fatos, comprometimento voluntário das partes com o cumprimento do acordo. A conciliação pode ser feita, inclusive, após a prolação da sentença e no momento da execução do julgado, desde que observadas as diretrizes gerais da decisão definitiva<sup>220</sup>.

Em síntese, os principais valores e princípios relacionados com a tutela jurídica do meio ambiente, que devem nortear as decisões judiciais, são a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a cidadania, a cooperação, a participação democrática, a equidade intergeracional e a institucionalização dos deveres fundamentais. Tais princípios e diretrizes deverão

---

<sup>220</sup> Trata-se de sugestões complementares de acesso à justiça propostas por Zenildo Bodnar na monografia apresentada no Concurso Internacional promovido pela UICN em 2008.

ser concretizados e harmonizados pela jurisdição ambiental, a fim de alcançar o almejado objetivo de acesso pleno e efetivo à Justiça Ambiental.

Além disso, exsurge a necessidade de desenvolvimento de uma teoria processual destinada à tutela do meio ambiente, que deve contemplar estratégias de gestão do risco numa perspectiva transdisciplinar, em virtude das características especiais do bem jurídico ambiental, bem como a criação de mecanismos que potencializem a participação dos cidadãos na resolução dos conflitos ambientais.

## **2.2 CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

De início, cumpre destacar que, ao contrário de vários países da Europa, que adotaram o sistema da jurisdição dupla, a exemplo de França, Alemanha, Portugal e Itália, onde existem juízes e tribunais administrativos, com competência para exercer o controle externo da administração pública, no Brasil, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal<sup>221</sup>, a jurisdição é una, ou seja, apenas o Poder Judiciário conhece, processa e julga litígios em que a Administração Pública é parte<sup>222</sup>.

O controle judicial, por sua vez, é exercido de forma ampla, uma vez que o Judiciário poderá examinar quaisquer dos requisitos de validade dos atos administrativos<sup>223</sup>. Apesar de amplo, esse controle encontra limites no próprio texto constitucional, pois há determinadas matérias em que a manifestação jurisdicional é condicionada ao preenchimento de determinados requisitos, como o esgotamento das vias administrativas para a remessa da

---

<sup>221</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>222</sup> Ressalva-se, todavia, a função dos Tribunais de Contas da União e dos Estados, de exercer o controle externo da Administração Pública, assim como do Congresso Nacional, nos termos do artigo 71 da CF/88, cuja natureza, entretanto, não é jurisdicional. Por isso diz-se que a jurisdição, no Brasil, é una.

<sup>223</sup> Competência, forma, finalidade, motivo e objeto.

discussão à esfera judicial, como ocorre nas competições desportivas, por exemplo, nos termos do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal<sup>224</sup>.

Assim como ocorre com os atos vinculados<sup>225</sup>, os atos discricionários<sup>226</sup> não escapam do controle jurisdicional, embora o espectro de atuação do Judiciário, nesta seara, seja mais restrito.

Para Mello, a discricionariedade administrativa pode ser conceituada como:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal<sup>227</sup>.

Moraes<sup>228</sup> apresenta como exemplo típico de ato discricionário a escolha, pelo Presidente da República, dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. A nomeação deve recair sobre um dos indicados na lista tríplice elaborada pelos Tribunais de segunda instância – pela autora citada denominados de Tribunais intermediários – e não pode ser reavaliada por qualquer esfera do Judiciário.

Segundo Medauar, “a essência do poder discricionário é a livre escolha de solução ou medida, quanto à conveniência e oportunidade, para o

---

<sup>224</sup> Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

[...]

§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

<sup>225</sup> Atos vinculados são “os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante da hipótese prefigurada em termos objetivos.” (*In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 416.)

<sup>226</sup> Atos discricionários são “os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo.” (*In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 416.)

<sup>227</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

<sup>228</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 52.

atendimento do interesse público”<sup>229</sup>. O ato discricionário, assim, tem conteúdo preponderantemente político. Eventual incursão do juiz no exame dos motivos – juízo de conveniência e oportunidade – que levaram à prática do ato dessa natureza afrontaria o princípio constitucional da separação dos poderes. Nada obstante, se provocado, o Judiciário terá ampla margem de atuação no exame dos demais requisitos do ato administrativo, como a competência e a forma, por exemplo. Esse, aliás, é o pensamento de Fagundes<sup>230</sup>, primeiro doutrinador brasileiro a incursionar nessa área.

Krell entende que essa divisão entre atos administrativos e vinculados não é estanque. Afirma que “a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual.”<sup>231</sup> Assim, não existiriam atos plenamente vinculados nem absolutamente discricionários, pois vinculação e discricionariedade estariam entrelaçadas em vários aspectos, inclusive no que diz respeito ao mérito do ato discricionário, ou seja, quanto à oportunidade e conveniência de sua prática.

Objetivamente, pode-se dizer que o juízo de oportunidade e conveniência acerca da prática de determinado ato de natureza discricionária insere-se no âmbito de avaliação exclusiva do administrador público, não podendo ser reexaminado na esfera judicial. Contudo, mesmo no âmbito dos atos discricionários, o poder do administrador público não é absoluto, porquanto deve ser exercido exclusivamente dentro do campo de atuação que lhe é conferido pela lei ou pela Constituição. Assim, havendo apenas duas formas de atuação possíveis, não poderá, alegando estar diante de ato de natureza discricionária, adotar uma terceira possibilidade não vislumbrada pela norma. Tome-se de exemplo a nomeação de candidato aprovado em concurso público para o exercício de cargo efetivo. Embora a discussão que pende sobre a matéria e que

---

<sup>229</sup> MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. In: **Revista dos Tribunais**, v. 510, ano 75, ago. 1986, p. 41.

<sup>230</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 146.

<sup>231</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 22.

se renova constantemente, com decisões em sentido contrário proferidas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>232</sup>, o Egrégio Supremo Tribunal Federal assentou a idéia de que a aprovação em concurso público não gera direito adquirido à nomeação<sup>233</sup>. Nesse passo de idéias, o preenchimento da vaga está condicionado ao juízo positivo de conveniência e oportunidade do administrador público. Contudo, optando pela nomeação, não poderá ela recair senão sobre o candidato aprovado no concurso público, obrigatoriamente observada a ordem de classificação. Eventual nomeação de candidato reprovado ou em desobediência à grade classificatória será absolutamente nula.

Segundo Appio, a atuação discricionária da Administração Pública está diretamente ligada à idéia de conceitos jurídicos indeterminados, pois "a atribuição do sentido da norma dependerá de um ato de vontade por parte do administrador."<sup>234</sup> Appio destaca, ainda, que *"princípios como o da moralidade e eficiência administrativa possuem a natureza de conceitos indeterminados [...]"*

<sup>232</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 26.507/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJ 20/10/2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=26507&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>233</sup> Nesse sentido: "EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso Público. Nomeação. Ordem de classificação. Observância. Preterição. Inexistência. Aplicação da súmula 15. A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito surgirá se houver o preenchimento de vaga sem observância de ordem classificatória. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Servidor Público. Provimento derivado. Aproveitamento de servidores de outro órgão à disposição dos TRF nos termos da Lei nº 7227/89. Possibilidade. Precedentes. A jurisprudência fixada a partir da ADI nº 231, DJ de 13.11.92, de que o ingresso nas carreiras públicas se dá mediante prévio concurso público, não alcança situações fáticas ocorridas anteriormente ao seu julgamento, mormente em período cujo entendimento sobre o tema não era pacífico nesta Corte. 3. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do artigo 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado." *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 306938/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ. 11.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=306938&base=baseAcordados>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>234</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 123.

*sendo impossível a concretização de um princípio sem o recurso a uma argumentação fundada nos valores constitucionais*<sup>235</sup>.

Na visão de Moraes, o controle judicial dos atos administrativos discricionários deve ser visto sob dois enfoques:

O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle da legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade *stricto sensu*)<sup>236</sup>.

A atuação do magistrado, contudo, na interpretação do ato administrativo discricionário, deve ser pautada pela observância dos princípios constitucionais, numa visão garantista, assim tratada por Cademartori:

Nessa medida, o juiz está vinculado ao Direito e à Lei, mas somente na configuração em que estes termos assumem na perspectiva garantista, que é a da proteção e implementação dos direitos fundamentais na sua dimensão mais ampla: formal e substancial, ou seja, da vigência e da validade, sendo que ambas precisam estar em conformidade com o ordenamento jurídico<sup>237</sup>.

Freitas refere que o controle judicial dos atos administrativos deve ser orientado para a concretização dos direitos fundamentais, com ênfase na proporcionalidade, economicidade e na proibição administrativa, atuando sempre na função de "administrador negativo", mais substancial que formal e proporcional na dupla dimensão de vedação de excessos e de inoperância. Destaca, ainda, o doutrinador gaúcho, que deve ser intensificado o controle principiológico, a fim de extirpar as grandes mazelas administrativas, a exemplo da qual refere a crônica falta de resguardo da imparcialidade<sup>238</sup>.

A intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos encontra fundamento na teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*),

---

<sup>235</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 123.

<sup>236</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 200.

<sup>237</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 172.

<sup>238</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 347.

defendida por Montesquieu, em sua obra *De L'Esprit des Loïs*, publicada em 1748, segundo a qual, deve haver um controle recíproco entre os três Poderes, pendendo, atualmente, para a colaboração - em lugar da separação - uma vez que todas as funções constitucionais - legislativa, executiva e judiciária - devem convergir seus interesses para a realização do bem comum, em razão da "independência orgânica e harmonia dos poderes, quando do presidencialismo", conforme destaca Streck<sup>239</sup>.

Quando se trata de analisar a justiça das políticas públicas, o debate eleva-se a um nível ainda mais alto, visto que, além da discussão acerca da legitimidade para implantação de tais medidas - se do Executivo, se do Legislativo - questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para provocar a execução de tais políticas, revelando-se, assim, que "o equilíbrio entre os poderes é uma questão que está muito longe de ser equacionada"<sup>240</sup>.

No que pertine às questões ambientais, o controle judicial dos atos administrativos deve ser mais rígido. Com efeito, a Constituição Federal vigente trata o meio ambiente como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", impondo, ainda, a todos, inclusive ao Poder Público, "o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"<sup>241</sup>. A preocupação com o futuro do planeta – e, por conseqüência, da própria humanidade – tem sido uma constante nos últimos anos, pois as agressões ao meio ambiente cometidas nos dias atuais terão, inexoravelmente, reflexos no futuro. Freitas afirma que "os juízes estão sensíveis aos problemas do meio ambiente"<sup>242</sup>. Krell, a seu turno, enfatiza que o controle judicial dos atos administrativos, nesse segmento, não significa, necessariamente, um incremento da proteção ambiental, citando casos em que a atuação jurisdicional, muitas vezes, está voltada ao deferimento de mandados de segurança contra atos

---

<sup>239</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 181.

<sup>240</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 273.

<sup>241</sup> CF/88, art. 225, *caput*.

<sup>242</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 143.

praticados por autoridades ambientais justamente para liberar projetos de legalidade duvidosa, como loteamentos e construções irregulares, principalmente no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais<sup>243</sup>.

Importante instrumento de controle dos atos administrativos relacionados ao direito ambiental é a ação civil pública, regulamentada pela Lei 7.347/85, que tem como finalidade a apuração de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outras. Como é facilmente perceptível, o legislador optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados ao delimitar o campo de incidência da ação civil pública. Se, de um lado, a tarefa do administrador público torna-se mais complexa em razão da necessária interpretação da lei, de outro, o poder de cautela pode ser exercido, pelos integrantes do Poder Judiciário, de uma forma mais efetiva. Como destaca Krell, no âmbito da ação civil pública, o controle judicial não recai, diretamente, sobre a legalidade das medidas administrativas, mas compete ao juiz analisar “se há perigo de ocorrer um *dano* (patrimonial ou moral) ao meio ambiente [...] e, caso este já se tenha realizado, como o mesmo deve ser indenizado ou compensado”<sup>244</sup>. A atuação do Poder Judiciário, assim, não é simplesmente passiva, podendo, também, ser ativa, na busca por assegurar um resultado, acima de tudo, viável. O pronunciamento jurisdicional, nessa espécie *sui generis* de ação, pode assumir feições declaratória, constitutiva, desconstitutiva, mandamental além, é claro, de condenatória. Nesse passo, observado o princípio da demanda, o julgador poderá decretar a nulidade de determinado ato administrativo, impor medida proibitiva *pro futuro*, além de condenar o causador do dano ambiental a indenizar os prejuízos verificados.

Não se pode olvidar que, no pólo passivo das demandas dessa natureza, muitas vezes situa-se, ao lado da pessoa física ou jurídica

---

<sup>243</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57/58.

<sup>244</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61.

responsável direta pelo evento danoso, o próprio Estado, na medida em que agiu de forma desidiosa na concessão de licenciamentos ambientais ou, não raro, omitiu-se no seu dever constitucional de fiscalizar.

Outro instrumento de controle dos atos administrativos, notadamente em questões ambientais, é a vetusta ação popular, regulamentada pela Lei 4.717/65. O âmbito de incidência desta especial forma de participação direta do cidadão no controle dos atos administrativos foi ampliado pela superveniência da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, inc. LXXIII, assentou que:

**LXXIII** - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;[...].

A ação popular, assim, serve como instrumento para confrontar a legalidade dos atos administrativos e para afastar eventual lesividade que tais atos possam conter. Se, de um lado, o rol dos legitimados à propositura da ação civil pública é restrito, arrolado em *numerus clausus*, de outro, qualquer cidadão pode manejar a ação popular e provocar o Poder Judiciário. Para facilitar o exercício do direito por parte do cidadão, a carta constitucional vigente assegura a isenção do pagamento das custas judiciais e dos ônus da sucumbência, ressalvada, por óbvio, a má-fé processual, revelada na utilização do meio processual em exame para a satisfação de interesses pessoais e escusos.

Os atos legislativos não escapam ao controle judicial. Com efeito, não pode ser de todo descartada a idéia de que atos dessa natureza, principalmente nas órbitas estadual e municipal, são editados de forma a permitir a intervenção no meio ambiente de modo negativo. No exercício do controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos normativos, o Poder Judiciário tem amplo espectro de atuação, principalmente quando se contrapõem os interesses locais com os princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Krell, contudo, destaca que a "substituição da decisão legislativa sobre o valor

ambiental de um bem parece possível somente em casos nos quais o legislador agiu com manifesto desrespeito a princípios constitucionais"<sup>245</sup>.

Nem sempre, entretanto, o controle judicial recairá sobre atos positivos da Administração Pública, uma vez que as omissões podem, assim como os atos comissivos, causar danos ao meio ambiente. Ora, é cediço que a negligência dos órgãos encarregados da fiscalização em realizar seu mister pode ser mais prejudicial que a atuação dos poderes instituídos quando se trata de meio ambiente. Os interesses privados, sobretudo os de natureza econômica, são, via de regra, colocados acima de qualquer preocupação com matérias de ordem ambiental. A instalação de um loteamento, por exemplo, está permeada de interesses particulares de ordem econômico-financeira.

O respeito aos primados constitucionais de proteção ao meio ambiente, no mais das vezes, é relegado a segundo plano pelos responsáveis pelo empreendimento. O Poder Público, por vezes, faz vistas grossas e permite que o fracionamento do solo ocorra com inobservância do dever geral de cautela no que pertine à proteção ambiental. Nesses casos, a omissão do fiscal da natureza é tão ou mais prejudicial que se a própria Administração, agindo *manu militare*, empunhasse o machado e pusesse abaixo a cobertura vegetal existente na área. Ora, dizer que a concessão de autorização para instalação de loteamento - ato de natureza discricionária, na visão de alguns administrativistas - está imune ao controle jurisdicional é, no mínimo, preocupante.

A necessidade de preservação do meio ambiente para as futuras gerações - nos dizeres da Constituição Federal - está acima de quaisquer interesses particulares e de ordem nitidamente econômico-financeira, constituindo fundamento suficiente para o Poder Judiciário ultrapassar a barreira do "mérito administrativo" e realizar uma análise ponderada da conveniência e da oportunidade na concessão de autorização para que a atividade poluidora se instale definitivamente.

---

<sup>245</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

Essa visão atemporal do direito ambiental, contudo, parece não estar recebendo a devida atenção dos integrantes do Poder Judiciário, conforme revela a crítica apresentada por Krell:

Mesmo assim, ainda parece reinar a atitude formalista em grandes partes do Poder Judiciário, as quais, por um lado, sabem da existência de expressas normas legais de nível constitucional e ordinário que proíbem determinados comportamentos (v.g.: lançar esgoto e depositar lixo sem prévio tratamento e condicionamento) e os sancionam nos três planos da responsabilidade (penal, administrativa, civil), mas, por outro lado, hesitam em condenar o Poder Público a tomar as medidas imprescindíveis para que essas violações cessem<sup>246</sup>.

Em outras palavras, é imperioso que o Poder Judiciário exercite sua missão constitucional e realize um controle efetivo dos atos administrativos, ainda que de natureza discricionária, quando o tema central da controvérsia esteja situado em questões ambientais. O interesse público - assim entendido o interesse da Administração Pública - não tem magnitude suficiente para se sobrepor ao da coletividade, de natureza difusa.

### 2.3 HERMENÊUTICA ECOLÓGICA

Para os objetivos deste trabalho, entende-se por hermenêutica ecológica o critério de ponderação que, sem estabelecer uma tirania prévia e abstrata de valores, outorga, nos casos concretos e sem aniquilar outros bens e valores, a carga axiológica devida ao bem ambiental. Isso decorre da sua importância estratégica dentro do sistema normativo, não apenas por ser o valor base da própria vida, mas também por ser um bem difuso, pertencente a toda comunidade e às futuras gerações.

A interpretação sistemática implica um novo papel do intérprete, comprometido com a realidade social e a efetividade máxima dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Freitas afirma que “não se deve considerar a interpretação sistemática como simples elemento da interpretação jurídica” e que, “mais do que

---

<sup>246</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 82.

a valorização deste ou daquele comando singularmente considerado, urge destacar a promoção da integralidade dos princípios, das regras e dos valores, na condição de solidários e entrelaçados”. Em resumo, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”<sup>247</sup>.

Bobbio ressalta a defasagem entre a posição da norma e a efetiva aplicação, principalmente no campo dos direitos sociais:

Ainda mais importante e amplíssima é a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere ao outro tema fundamental, o da aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, por enquanto intraduzível [para o italiano] de *implementation*. O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”<sup>248</sup>.

A efetividade máxima que deve ser conferida às cláusulas de proteção dos direitos fundamentais também é mencionada por Lugon:

Ter-se-á, assim, uma ótica projetada segundo a Constituição, na qual, nos entrechoques axiológicos, prevaleçam aqueles condizentes com a sociedade justa e solidária que se quer construir. Supera-se, assim, a lamentável época das “normas programáticas” jamais regulamentadas, que faziam de grande parte das antigas constituições meras cartas de intenções. Empresta-se, hoje, efetividade máxima às cláusulas de proteção dos direitos fundamentais, buscando-se, na aplicação do texto, principalmente em relação às normas protetivas, a maior eficácia possível<sup>249</sup>.

Ademais, impõe-se uma revitalização hermenêutica, pois os direitos difusos exigem uma interpretação mais flexível acerca dos institutos da

---

<sup>247</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72-75.

<sup>248</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 91-92.

<sup>249</sup> LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. In: SCHÄFER, Jairo. **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 323.

legitimidade, verdade real, contraditório, coisa julgada, adstrição ou congruência, inércia, dentre outros.

Nesse sentido, Benjamin leciona que um dos fundamentos comuns nas normas ambientais é a nítida “opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem-informados e democráticos, estruturados em torno de um devido processo ambiental (= *due process ambiental*)”<sup>250</sup>.

Assim, o juiz deve redimensionar a sua atuação processual civil, trabalhando com normas processuais postas, porém extraindo tudo o que puder assegurar a concretização da justiça ambiental<sup>251</sup>.

Quando ao papel do magistrado, convém registrar a importância do seu empenho na realização de conciliação, atuando como um pacificador social, a fim de facilitar a resolução dos conflitos, bem como a execução das medidas reparatórias e preventivas de danos ao meio ambiente.

A legitimidade ativa e passiva deve ser considerada de forma ampliada. A coisa julgada tem efeitos *erga omnes*. O juiz pode julgar além do pedido, sem que configure sentença *extra petita* ou *ultra petita*, quando outras medidas forem necessárias para a plena proteção do meio ambiente.

O juiz não deve atuar como mero expectador no desenvolvimento do processo, mas assumir uma postura ativa na busca da realização efetiva da Justiça ambiental.

O contraditório, como garantia constitucional material, não deve significar mero direito de informação e reação da parte formalmente habilitada no processo, mas sim a oportunidade de participação dialética das partes na construção do provimento jurisdicional.

---

<sup>250</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 365.

<sup>251</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 74.

A distribuição do ônus da prova deve ser redimensionada e flexibilizada, a fim de que seja demonstrado, no plano fático, atendimento do dever de prevenir e não lesar o meio ambiente, principalmente considerando a complexidade da prova do nexo de causalidade e a dificuldade na obtenção de certezas cartesianas quanto ao potencial de riscos e danos futuros decorrentes de determinadas ações humanas.

No que tange às perícias técnicas, o juiz não está adstrito aos laudos periciais, os quais devem ser cotejados com outras provas e ponderados outros direitos fundamentais envolvidos no caso. Pode, ainda, realizar inspeção judicial na tentativa de justa resolução do conflito.

Deve o juiz utilizar os poderes instrutórios que lhe são conferidos, sem que isso represente qualquer prejuízo à imparcialidade ou ao princípio do contraditório<sup>252</sup>.

O princípio da adstrição ou da congruência deve ser mitigado para a adequada gestão dos riscos e prevenção e reparação dos danos da melhor forma possível, ainda que desborde dos limites da postulação inicial.

Além disso, a liquidação dos julgados deve obedecer a um procedimento diverso, preocupado não apenas com a quantificação dos danos, mas principalmente com a indicação de medidas mais adequadas para a mitigação dos impactos.

Assim, a utilização adequada e eficaz das ações constitucionais, mediante adaptações da teoria processual clássica, ainda que ausentes modificações legislativas, depende da conscientização dos operadores jurídicos.

Nesse sentido, Nalini afirma que, ainda que não obtenha a reformulação legislativa, pode o juiz inovar, a fim de atender o maior número de pessoas que precisam da Justiça, mediante ajuste de sua atuação individual<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 85/86.

Com efeito, há necessidade de uma mentalidade muito atenta para o enfrentamento das lides relacionadas ao meio ambiente, porquanto não é singela a questão ambiental. O juiz precisa estar familiarizado com disciplinas como geologia, biologia, sociologia, economia, antropologia, dentre outras, devendo encontrar um ponto de convergência no conflito entre o desejo autêntico de satisfazer imperativos humanos, sociais e ecológicos e o interesse de atuar com lucro numa economia capitalista<sup>254</sup>.

A especialização dos juízes, a fim de que tenham conhecimento interdisciplinar, conscientes dos aspectos econômicos e sociais, para a resolução dos litígios ambientais, parece conveniente<sup>255</sup>. Nalini menciona que:

O conhecimento jurídico está se fragmentando, se pulverizando e, antes de uma busca de sintetização, há de formar-se o especialista, aquele que domine plenamente a compartimentação e saiba tornar mais eficiente a prestação, justamente porque milita em campo específico de atuação, mais de acordo com sua formação, afinidade e efetivo interesse<sup>256</sup>.

Acerca da exigência de transdisciplinariedade na gestão dos riscos em virtude da complexidade dos casos ambientais, Leite e Ayala referem que:

Essa característica acentua com intensidade a necessidade de se estabelecer, em todos os processos de tomada de decisão, um *sentido integral* da definição dos objetivos do Direito Ambiental, para a realização, na composição dos interesses, de ponderações tão completas quanto possíveis, levando em consideração todos os aspectos relevantes e pertinentes à solução da temática decisória, imposição que só é possível mediante processos bem informados, que garantam participação pública e democrática no momento da seleção das escolhas adequadas. E a responsabilidade pela produção do conhecimento e da informação necessária à decisão é, dessa forma, compartilhada entre todos os atores desse processo público, enfatizando a dependência da capacidade regulatória do Direito Ambiental nas

---

<sup>253</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 52.

<sup>254</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 46/48.

<sup>255</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 49/50.

<sup>256</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 50.

sociedades de risco, ao desenvolvimento de condições concretas de solidariedade, e sobretudo, de pluralidade participativa, revelando-se fundamental, portanto, a proteção da *qualidade transdisciplinar* desse processo<sup>257</sup>. (grifos no original)

Outrossim, a participação é o ponto de partida para a proteção efetiva do meio ambiente, sendo necessário o engajamento de todos na gestão dos recursos naturais, inclusive nas ações judiciais que tratam de matéria ambiental<sup>258</sup>.

A participação popular na defesa do meio ambiente pode ocorrer nos processos de criação do direito ambiental (iniciativa popular nos procedimentos legislativos, referendos e atuação de representantes da sociedade civil em órgãos dotados de poderes normativos ou regulamentares, como o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente). Além disso, a participação popular é relevante na formulação e execução de políticas públicas (atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados incumbidos da formulação de diretrizes e do acompanhamento da execução de políticas públicas, plebiscitos e audiências públicas). Por fim, há participação popular também por intermédio do Poder Judiciário (ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ação civil pública)<sup>259</sup>.

Cappelli expõe, de forma minuciosa, os seguintes instrumentos dispostos na legislação ambiental brasileira para o exercício da democracia participativa: participação popular no licenciamento e no estudo de impacto ambiental, audiências públicas, participação em conselhos, participação

---

<sup>257</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Transdisciplinariedade e a Proteção Jurídico-ambiental em Sociedade de Risco: Direito, Ciência e Participação. *In*: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 121.

<sup>258</sup> Luhmann destaca a importância da participação no procedimento, pois não basta que os juízes anunciem os princípios de sua opção e decisões, uma vez que o que tem valor especial é a “cooperação daqueles que possivelmente ficam para trás, valor esse que apóia a confirmação das normas para sua fixação como premissas obrigatórias de comportamento e de compromisso pessoal”. *In*: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 96/97.

<sup>259</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. *In*: MILARÉ, Edis (Org.). **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39/41.

no processo legislativo e, dentro do acesso à justiça, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação civil pública. Destaca a importância do papel do Ministério Público na solução extrajudicial dos conflitos ambientais, na participação em conselhos, participação e acompanhamento na elaboração da legislação ambiental e na execução de políticas públicas ambientais<sup>260</sup>.

A participação dos cidadãos nos procedimentos é fundamental para que tenham convicção de que o processo é desenvolvido com seriedade e buscando justiça, a fim de que tenham certeza de que as instituições, especialmente o Poder Judiciário, estão atuando positivamente na proteção dos direitos. Nesse ponto, denota-se a importância da publicidade para permitir maior participação dos cidadãos no procedimento<sup>261</sup>.

Nesse contexto, é indispensável que o cidadão tenha oportunidade de participar das decisões ambientais<sup>262</sup>, por intermédio de audiências públicas, sendo esta a melhor forma de legitimar democraticamente<sup>263</sup> a intervenção do Poder Judiciário nos temas sensíveis, como ocorre na gestão de

---

<sup>260</sup> CAPPELLI, Sílvia. Acesso à Justiça, à Informação e Participação Popular em Temas Ambientais no Brasil. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, 276/309.

<sup>261</sup> Segundo Luhmann, a publicidade “é essencial para permitir uma participação desinteressada do público no procedimento. O decurso do processo tem de poder ser presenciado pelos não-participantes”. O acesso fortalece a confiança ou impede a criação de desconfiança que se liga às tentativas de guardar segredo. *In*: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 105.

<sup>262</sup> Ayala enfatiza a importância da participação dos cidadãos nas decisões ambientais. Propõe a revisão do atual modelo de consideração dos resultados das audiências públicas estabelecido na Lei nº 11.105/05, a fim de que tenha não apenas função consultiva, mas interferência decisória, permitindo que os atores sociais tenham condições de contribuir para a formação do resultado decisório sobre os riscos no domínio da biossegurança. AYALA, Patrick de Araújo. Participação pública e a regulação dos riscos de alimentos geneticamente modificados: um caminho de déficits e excessos na Política Nacional de Biossegurança. *In*: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Aspectos Destacados da Lei de Biossegurança na Sociedade de Risco**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 164.

<sup>263</sup> Wolkmer menciona a importância da utilização de critérios que proporcionem a informalização, descentralização e democratização dos procedimentos, como meio mais adequado para operacionalizar as demandas comunitárias por acesso à justiça e para equacionar os conflitos coletivos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200.

riscos e no controle da implementação das políticas públicas ambientais. Ademais, serve como mecanismo de conscientização e educação ambiental.

A convocação de audiências públicas deverá ocorrer em todos os processos com alto grau de litigiosidade e com vários direitos fundamentais em conflito, como nos casos de ocupações irregulares em áreas de preservação permanente, parques e outros.

Além disso, o magistrado precisa ter um compromisso ético de construir um mundo melhor, com sustentabilidade, assumindo uma postura ativa e corajosa e levando em consideração as conseqüências sociais das suas decisões.

O movimento de acesso à Justiça procura romper a rigidez de formalismo interpretativo e decisório, reconhecendo a realidade social e que o juiz não pode se recusar ao exercício de sua responsabilidade política e ética<sup>264</sup>.

Ademais, a jurisdição ambiental apresenta um caráter pedagógico, servindo como forma de educação, além das experiências de educação ambiental praticadas nas escolas<sup>265</sup>, inclusive para o desenvolvimento de uma noção de cidadania ambiental.

Outrossim, o Estado constitucional ecológico, segundo Canotilho, necessita de um sistema de responsabilidade por danos ao meio ambiente suficientemente operatório, sendo indispensável a previsão de responsabilidade objetiva pelos danos causados por atividades intrinsecamente perigosas. Além disso, é preciso definir como sujeitos responsáveis os operadores que exercitam controle efetivo sobre as atividades que possam causar danos ao meio ambiente. O Estado deve dinamizar as ações de responsabilidade para garantir a reparação dos danos à biodiversidade e descontaminação das áreas poluídas, utilizando verbas indenizatórias pagas pelos agentes lesivos e

---

<sup>264</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 98.

<sup>265</sup> Acerca da relevância da educação ambiental em todos os níveis de ensino, incluindo a educação da comunidade, consultar: LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121/191.

abrir a possibilidade às associações não-governamentais de defesa do meio ambiente de agirem subsidiariamente quando o Estado não intervenha ou não atue de forma adequada<sup>266</sup>.

A dificuldade de aplicar o instituto da responsabilidade civil à reparação ambiental é evidenciada especialmente pelos inconvenientes relativos à titularidade dos bens ambientais afetados, comportando problemas de legitimação, bem como pela enorme dificuldade de estabelecer taxativamente o nexos causal, mormente quando se trata de contaminação difusa, pela difícil quantificação e a magnitude dos custos de reparação dos danos ambientais. Essas dificuldades, segundo Ferrer, acarretaram importantes modificações na responsabilidade civil clássica para adaptá-la ao ramo ambiental, considerando-a objetiva e buscando novos mecanismos, como os fundos. Todavia, a reconstrução do instituto não está concluída. A tendência atual, tanto no Direito Administrativo como no Direito Penal Ambiental, é de reorientação da indenização como mecanismo compensador idôneo para chegar à reparação dos danos como objetivo principal. Porém, considerando que a responsabilização está sendo alargada para casos em que para acomodá-la é preciso desnaturalizá-la, melhor seria falar de solidariedade juridicamente formalizada, consoante enfatiza Ferrer<sup>267</sup>.

O artigo 225 da CRFB/88 consagrou a ética da solidariedade entre as gerações, pois, segundo Machado, as presentes gerações não podem utilizar o meio ambiente de forma a acarretar a escassez e a debilidade para as gerações vindouras. Assim, criou um novo tipo de responsabilidade jurídica: a responsabilidade entre gerações<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 14/16.

<sup>267</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 12/13. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>268</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123.

Portanto, haverá responsabilidade civil quando o agente descumprir o dever fundamental de proteção ambiental, ao deixar de adotar as precauções necessárias para a prevenção de danos, causando lesão ou ameaça ao bem jurídico ambiental ou produzindo riscos intoleráveis ao meio ambiente.

Tratando-se de matéria ambiental, a concepção civilista de responsabilidade, fundada no dever de reparação de danos, deve ser afastada diante da insuficiência, porquanto o Direito Ambiental está pautado mais na prevenção que na funcionalidade reativa e mitigatória dos danos. O responsável possui o dever de restauração do meio ambiente degradado para restabelecer o equilíbrio e reparar, na integralidade, todos os prejuízos sofridos pela coletividade.

A tendência moderna da responsabilidade civil é de adoção da regra da reponsabilização pelo risco da atividade, independentemente de culpa, pois nenhum dano poderá deixar de ser reparado quando alguém se beneficia da atividade que gerou tal dano. Os riscos da atividade devem ser suportados por quem dela se beneficia, adotando-se a regra máxima da equidade de que aquele que retira os proveitos deve arcar com os riscos.

Na doutrina estrangeira, conforme Miguel, já se aplica a presunção de responsabilidade ou de nexo de causalidade quando a atividade é apta a causar determinado dano. Assim, alguns tribunais têm reconhecido a responsabilidade do produtor pelo risco do desenvolvimento, em virtude da fraqueza dos argumentos econômicos a favor da exoneração da responsabilidade, bem como pela força expansiva da equidade<sup>269</sup>.

As teorias acerca da responsabilidade civil objetiva estão fundadas na idéia central de risco, considerando que quem se beneficia da atividade deve responder pelos riscos gerados pelo empreendimento. Assim, é fundamental que a responsabilidade em matéria ambiental seja objetiva, alicerçada na valorização do risco, adote a teoria do risco integral e contemple algumas hipóteses de presunção do nexo de causalidade.

---

<sup>269</sup> MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. *In: Revista dos Tribunais*, n. 809, ano 92, mar. 2003, p. 12/13.

A imputação de responsabilidade por danos ao meio ambiente deve conter, além das funções punitiva e reparadora, também uma mensagem pedagógica para o aprimoramento das relações entre o homem e a natureza e consolidação de uma ética de preservação dos bens ambientais.

O alcance da justiça ambiental, por meio da imputação de responsabilidade civil, dependerá da adequação e suficiência das medidas mitigatórias, bem como da correta valoração<sup>270</sup> jurídica dos danos<sup>271</sup> causados ao meio ambiente, atendendo aos objetivos preventivo, reparatório, punitivo e pedagógico.

Na avaliação justa do dano ambiental devem ser consideradas as seguintes variáveis: a) gravidade objetiva dos danos; b) possibilidade de recuperação *in natura*; c) licitude da atividade; d) existência ou não de licenciamento; e) tempo em que o ambiente permaneceu ou permanecerá em situação de desequilíbrio; f) conseqüência futura dos danos e eficácia provável das medidas mitigatórias; g) presença ou intensidade do dolo ou culpa no comportamento lesivo, que, embora irrelevante na definição da responsabilidade civil ambiental objetiva, influencia no *quantum* de indenização, a fim de atingir as funções sancionatórias e pedagógicas; h) sentimento de afetividade e apreço social coletivo em relação ao bem lesado; i) condições econômicas e natureza do ofensor (quando se trata de responsabilidade de pessoas jurídicas de Direito Público a finalidade punitiva não deve ser muito

---

<sup>270</sup> Leite trata dos parâmetros para compensação ecológica e métodos para a avaliação do dano ambiental, sustentando que o termo de ajustamento de conduta constitui um mecanismo preventivo, precaucional e célere do sistema da ação civil pública, funcionando de forma efetiva para evitar a ameaça e o dano ambiental. LEITE, José Rubens Morato. Termo de Ajustamento de Conduta e Compensação Ecológica. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 104/123.

<sup>271</sup> Steigleder diferencia claramente impacto e dano ambiental, enfatizando a relevância da distinção quanto à tutela reparatória do dano propriamente dito, porquanto o impacto, objeto de atividade licenciada ou autorizada, somente será considerado dano se, em avaliação posterior, for considerado desproporcional, evidenciando um desequilíbrio ambiental intolerável. Os impactos negativos, quando não reconhecidos como danos reparáveis, mas como intervenção justificada no meio ambiente, em virtude dos benefícios econômicos e sociais, serão compensados na esfera administrativa. *In*: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil e a Lei da Biossegurança. *In*: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 136/137.

valorizada, principalmente se a atividade foi desenvolvida em benefício da coletividade); j) lucro ou proveito econômico obtido com a atividade ou obra lesiva ao ambiente; l) natureza e relevância social da atividade lesiva desenvolvida; m) influência de cultura tradicional na atividade ou comportamento lesivo; n) existência de lesão a direitos ou interesses individuais, dentre outros fatores para a avaliação justa dos danos ambientais<sup>272</sup>.

Na avaliação dos danos ambientais, para a consecução da Justiça ambiental, o magistrado não pode permanecer restrito às informações técnicas, porquanto a avaliação é, antes de tudo, jurídica.

A atividade de cognição do juiz precisa focalizar não apenas os danos, mas principalmente o comportamento lesivo. A análise deve ser numa perspectiva de melhora contínua do comportamento humano em relação à natureza voltada para o futuro e não apenas para a história do fracasso do passado, os danos consumados e, por vezes, irreversíveis, que indicam a falta ou insuficiência de educação, conduta ética, medidas preventivas e políticas públicas que poderiam ter evitado a lesão ao meio ambiente.

A adequada gestão do risco, bem como a imputação de responsabilidade sem dano (dano futuro, provável), somente são viáveis com a atuação voltada para o comportamento. Assim, aumenta-se a efetividade da tutela preventiva e permite-se a responsabilização ambiental quando o mero comportamento já enseja riscos ao meio ambiente. A decisão fundada na análise da conduta lesiva também não está sujeita à erosão da efetividade acarretada pela dificuldade e complexidade de demonstração, no campo probatório, do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Por outro lado, em que pese a aplicação do Direito tradicional seja inadequada diante da novidade ou complexidade do tema ambiental, a dificuldade é mais profunda e menos evidente, segundo Ferrer,

---

<sup>272</sup> Tais variáveis foram expostas por Zenildo Bodnar na monografia elaborada para participar do Concurso Internacional promovido pela UICN (União Internacional de Conservação da Natureza), em outubro de 2008.

tratando-se da transformação dos valores sociais que a defesa do meio ambiente exige e a limitada perspectiva que oferecem os direitos nacionais<sup>273</sup>.

A seguir, destacam-se os princípios estruturantes do Direito Ambiental na CRFB/88 e aborda-se a função destes no controle jurisdicional em matéria ambiental.

---

<sup>273</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 12. Acesso em: 06.11.2008.

## CAPÍTULO 3

### A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO CONTROLE JURISDICIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

#### 3.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os princípios são amplamente estabelecidos nas Constituições modernas, em todos os campos, e a doutrina qualifica-os como blocos estruturais dorsais na composição do ordenamento<sup>274</sup>. Com efeito, os princípios são indispensáveis para auxiliar na compreensão e consolidação dos institutos<sup>275</sup>, inclusive de direito ambiental.

Os princípios ambientais<sup>276</sup> podem estar expressos nos Tratados e na Constituição, bem como podem ser deduzidos da norma constitucional. A Constituição de 1988 estabelece um leque de princípios ambientais expressos e implícitos, gerais e especiais, substantivos e procedimentais. Segundo Benjamin, dentre os princípios implícitos, destacam-se o da primariedade do meio ambiente, o da explorabilidade limitada, o da precaução, o da integração e o do uso sustentável dos recursos naturais. Dentre os expressos e genéricos estão o do poluidor-pagador, o da função ecológica da propriedade e o da defesa do meio ambiente, previstos no artigo 170, VI, da

---

<sup>274</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 392.

<sup>275</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 134.

<sup>276</sup> Para os objetivos deste trabalho, a expressão “princípios ambientais ou do Direito Ambiental” é considerada em sentido amplo e não para designar apenas os princípios específicos deste ramo do conhecimento jurídico. A rigor, praticamente todos os princípios do direito ambiental são também aplicáveis a outros ramos e foram adaptados.

CRFB, concretizadores do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas atividades econômicas<sup>277</sup>.

Fiorillo distingue os princípios da Política Global do Meio Ambiente, inicialmente formulados na Conferência de Estocolmo de 1972 e ampliados na ECO-92, e os de Política Nacional de Meio Ambiente, que são a implementação dos princípios globais, adequados à realidade cultural e social de cada país<sup>278</sup>.

Na Constituição de 1988, Fiorillo destaca, como princípios da Política Global do Meio Ambiente, o desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção, participação (informação e educação ambiental) e equidade<sup>279</sup>.

Sampaio, após análise dos princípios constantes em diversos textos constitucionais vigentes, sintetiza em: equidade intergeracional<sup>280</sup>, precaução, prevenção, responsabilidade, informação e participação<sup>281</sup>.

Leite e Ayala enfatizam a função dos princípios na abertura dos sistemas clássicos de responsabilização, destacando a importância da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção nos processos que tenham por conteúdo a gestão dos riscos. Relacionam a máxima da prevenção com o

---

<sup>277</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 392/393.

<sup>278</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

<sup>279</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24/43.

<sup>280</sup> Acerca do princípio da equidade intergeracional, refere que “as presentes gerações não podem deixar uma herança de déficits ambientais ou do estoque de recursos e benefícios inferiores aos que receberam das gerações passadas. Esse é um princípio de justiça ou equidade que nos obriga a simular um diálogo com nossos filhos e netos na hora de tomar uma decisão que lhes possa prejudicar seriamente. Há, na verdade, diversas orientações desse princípio que variam de acordo com a visão de mundo e com os argumentos éticos assumidos pelos defensores”. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 53.

<sup>281</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, e NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 53.

poluidor-pagador. Destacam, ainda, a equidade intergeracional e os direitos das futuras gerações, referindo a necessidade de se atribuir juridicidade ao valor ético da alteridade<sup>282</sup>, visando à proteção de uma pretensão universal de solidariedade social, convergindo no sentido de se reconhecer um princípio de solidariedade. Este rompe com o paradigma de individuação dos atores sociais e possibilita o estabelecimento de vínculos de coletivização das relações<sup>283</sup>.

O princípio da solidariedade deve ser empregado como princípio de justiça ambiental, no sentido de “consciência conjunta de direitos e obrigações, que surgiriam da existência de necessidades comuns, de similitudes (de reconhecimento de identidade), que precedem as diferenças sem pretender sua invasão”<sup>284</sup>. Ferrer aponta duas espécies: a solidariedade egoísta e a altruísta. A primeira indica o estímulo dos indivíduos de atuar em favor do grupo, pois a melhora do grupo acarreta benefícios pessoais aos indivíduos que o integram. Cita como exemplo a solidariedade política, que mantém a coesão do grupo em favor do Estado. A solidariedade altruísta, por seu turno, é praticada sem visar a benefícios diretos ou indiretos<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> Steigleder leciona que o princípio da responsabilidade é informado por duas noções fundamentais: a solidariedade social e o valor ético da alteridade, projetando-se em dimensão espaço-temporal na medida em que a matéria ambiental é voltada, em escala global, para a proteção das gerações futuras. Isso amplia a função da responsabilidade civil, que deve responder satisfatoriamente à necessidade de reparação dos danos ambientais para que as gerações futuras possam usufruir, pelo menos, da qualidade de vida que se dispõe atualmente. *In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 183.*

<sup>283</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 66/122.

<sup>284</sup> DE LUCAS, Javier. *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*. *In: **Revista de Derecho Ambiental Murcia: Asociación de Derecho Ambiental Español – ADAME***, Aranzadi, 1994, nº 12, p. 55. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006, p. 172.

<sup>285</sup> FERRER, Gabriel Real. *La solidaridad em el Derecho Administrativo*. *In: **Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales***, 2003, p. 138/140. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006, p. 172.

Acerca da incorporação ao Direito<sup>286</sup> da noção de Solidariedade, Ferrer sustenta que uma das mais importantes transformações que alteraram as estruturas tradicionais, mas que é irreversível, consiste na generalização da solidariedade como princípio formalizado, gerador de obrigações nas relações sociais, inclusive nas situações em que há deficiência relativa aos critérios operados<sup>287</sup>. Afirma que o princípio da solidariedade transporia o estado das considerações éticas para se instalar no campo jurídico<sup>288</sup>. Ferrer afirma que o conhecido conceito de desenvolvimento sustentável integra uma dupla dimensão da solidariedade: a horizontal, referente ao resto de habitantes atuais do Planeta, e a vertical, relacionada às gerações futuras. Convertida a solidariedade em princípio jurídico, é fácil transformá-la em obrigação coletiva<sup>289</sup>.

Segundo Ferrer, a singularidade do Direito Ambiental exigirá uma nova e ampliada concepção de solidariedade, não somente quanto à transformação em princípio jurídico que gere obrigações a indivíduos e Estados, mas também em relação à natureza e extensão da afeição que produz entre os indivíduos. Ferrer, concordando com Beck, refere que a percepção de riscos comuns e sua defesa constituirão um dos mecanismos que irão impulsionar a sensação de pertencer a uma comunidade global<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> Ferrer afirma que todo debate sobre os fundamentos do Direito Ambiental remete ao seu substrato ético e conclui pela proeminência da solidariedade sobre qualquer outro valor. In: FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 23. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>287</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 25. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>288</sup> FERRER, Gabriel Real. *El principio de solidaridad em La Declaración de Rio*. In: PRIEUR, Michel (Coord.) **Droit de l'Environnement et Développement Durable**. Limoges, 1994. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006, p. 173.

<sup>289</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 25. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>290</sup> FERRER, Gabriel Real. *La construcción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em:

A solidariedade configura-se como fundamento do direito ao meio ambiente<sup>291</sup>, devendo integrar o rol dos princípios estruturantes. Para Mateo, configura um dos megaprincípios do Direito Ambiental<sup>292</sup>. Com efeito, o princípio da solidariedade está implícito no *caput* do artigo 225 da CRFB/88, bem como está previsto no artigo 3º da CRFB/88, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Assim, a solidariedade deve nortear a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, segundo Ferrer, como “princípio inspirador das relações entre a coletividade e seus membros”<sup>293</sup>.

Desborda dos limites deste trabalho a análise detalhada dos princípios referidos, mormente considerando que o conteúdo destes foi abordado ao longo dos capítulos, razão por que não serão tratados minuciosamente neste momento.

Importa, por ora, asseverar que os princípios do Direito Ambiental previstos na Constituição de 1988, bem como nos tratados, mormente na Conferência de Estocolmo de 1972 e na ECO-92, servem de balizadores para a resolução de conflitos em matéria ambiental.

Diante de uma situação envolvendo direitos fundamentais e colisão de princípios, não deve o juiz abster-se de julgar a omissão do Estado,

---

<[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 23. Acesso em: 06.11.2008.

<sup>291</sup> DE LUCAS, Javier. *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, p. 51/70. In: **Revista de Derecho Ambiental Murcia: Asociación de Derecho Ambiental Español – ADAME**, Aranzadi, 1994, nº 12, p. 55. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006, p. 173.

<sup>292</sup> MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. p. 48. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006, p. 173.

<sup>293</sup> FERRER, Gabriel Real. *La solidaridad em el Derecho Administrativo*. In: **Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**, 2003, p. 154. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006, p. 175.

invocando a separação dos poderes e justificando sua abstenção em virtude da impossibilidade de interferência do Judiciário na omissão da Administração<sup>294</sup>.

Da mesma forma, em caso de ação do Executivo em prejuízo do meio ambiente sadio e equilibrado, o juiz deve proceder à ponderação dos bens constitucionalmente protegidos, no caso concreto, escolhendo a opção mais adequada para a efetivação da proteção ambiental, sem prejuízo do núcleo essencial de outros direitos igualmente garantidos constitucionalmente.

Nesse ponto, impõe-se a análise da diferença entre princípios e regras, bem como da resolução de conflitos ambientais, por intermédio da ponderação dos princípios, a fim de conferir a máxima efetividade ao Direito Ambiental e possibilitar o controle jurisdicional das políticas públicas, a partir de parâmetros extraídos do estudo mais aprofundado da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

### 3.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Dentre as teorias de paradigma constitucionalista, destacam-se as de Robert Alexy e Ronald Dworkin, as quais divergem em aspectos formais e substanciais. Ainda que o conceito de princípio jurídico tenha seu papel em ambas as teorias, seu manejo varia. Na concepção de Alexy, os princípios têm o caráter de mandados de otimização e os bens coletivos também podem ser objeto de regulação dos princípios. Na análise da existência ou não de lesão a um direito fundamental, desempenha um papel central o princípio da proporcionalidade e com ele a ponderação, diversamente da teoria de Dworkin dos direitos como triunfos<sup>295</sup>.

Alexy sustenta que, no caso de colisão entre direitos fundamentais, há várias respostas, principalmente em casos difíceis, assim como

---

<sup>294</sup> GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 283/284.

<sup>295</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In: Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

Hart, enquanto Dworkin afirma que sempre há uma resposta correta e que isso não é um mito<sup>296</sup>.

Também há diferenças na determinação das relações entre liberdade e igualdade, pois Alexy considera-as como princípios da mesma classificação que podem entrar em colisão, enquanto Dworkin considera a igualdade como virtude suprema da comunidade política. Para Alexy, a harmonia a que se aspira não é de igualdade, mas de correção e tanto a liberdade como a igualdade estão subordinadas a esta idéia regulativa<sup>297</sup>.

Na teoria dos direitos fundamentais, Alexy procura resolver o problema das necessárias demarcações dos direitos fundamentais com uma teoria dos princípios, cuja base é tese de que os direitos fundamentais, enquanto normas, têm a estrutura de mandados de otimização. Isso leva a situar o princípio da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais, com a consequência prática de que, em muitos casos, a decisão sobre o conteúdo definitivo desses direitos decorre da ponderação. Diversamente, Habermas sustenta que a idéia de otimização destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais e acaba com a separação entre Direito e Moral, carecendo a ponderação de um critério de racionalidade<sup>298</sup>.

Alexy afirma que se podem distinguir diversos tipos de princípios e a distinção que têm como objeto direitos individuais e princípios cujo objeto são bens coletivos é importante. Efetivamente, os princípios entram em colisão com frequência e a solução para as colisões não é possível sem a ponderação<sup>299</sup>. Os direitos individuais podem colidir tanto com outros direitos

---

<sup>296</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Trad. Marta Gustavino. Espanha: Ariel, 2002, p. 411/413.

<sup>297</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In: Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

<sup>298</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In: Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

<sup>299</sup> Barcellos sustenta que um dos parâmetros para a ponderação constitucional consiste na preferência das normas que tutelam a dignidade humana e dos direitos fundamentais sobre as demais normas. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a

individuais como, por exemplo, colisão entre a liberdade de expressão e o direito à proteção da personalidade, como com bens coletivos, sendo exemplo a colisão entre o direito à propriedade e à proteção do meio ambiente. Em ambos os casos, o princípio da proporcionalidade promove tanto uma otimização relativa às possibilidades fáticas como uma otimização relativa às possibilidades jurídicas. A otimização relativa às possibilidades jurídicas corresponde à terceira das máximas do princípio da proporcionalidade, que é a proporcionalidade em sentido estrito<sup>300</sup>.

Alexy salienta que o fundamento jurídico para uma intromissão tem que ser tanto mais forte quanto mais intensa seja esta. Para uma débil intromissão na propriedade basta que por meio dela se produza uma melhora do meio ambiente pouco importante. Uma intromissão muito grave na propriedade somente é lícita se é de uma grande importância para a proteção do meio ambiente. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito resulta danificado se não existe ao menos uma paridade entre a gravidade da intromissão e o peso dos fundamentos para esta. Esse critério pode ser chamado de postulado da paridade<sup>301</sup>.

Segundo Alexy, o Estado constitucional democrático supõe a melhor forma de conectar a argumentação com a decisão desde a perspectiva dos ideais de liberdade e igualdade fundamentados discursivamente, conforme demonstra na sua teoria dos direitos fundamentais. Desempenha papel essencial a ponderação, enquanto forma de aplicação dos direitos fundamentais, cabendo chamar institucionalização da razão a esse sistema completo em formação<sup>302</sup>.

---

Ponderação Constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108/118.

<sup>300</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In*: **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

<sup>301</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In*: **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

<sup>302</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In*: **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, conforme menciona Silva, é impedir que qualquer restrição a direitos fundamentais tenha dimensões desproporcionais, constituindo uma “restrição às restrições”<sup>303</sup>.

No que tange à terminologia “princípio da proporcionalidade”, a questão é controversa<sup>304</sup>. Ávila utiliza a expressão “postulado”<sup>305</sup>, enquanto Silva entende que o termo mais apropriado é regra da proporcionalidade<sup>306</sup>. Alexy o denomina de princípio da proporcionalidade, porém não com o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios.

Os princípios distinguem-se das regras, segundo Alexy, por serem normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, constituindo mandamentos de otimização<sup>307</sup>, que podem ser satisfeitos em graus variados e “a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes”<sup>308</sup>.

As regras, por seu turno, são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Se uma regra vale, deve ser feito exatamente o que ela exige. Portanto, as regras “contêm determinações no âmbito daquilo que é

---

<sup>303</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 24.

<sup>304</sup> Adota-se, na esteira de Alexy, a denominação de princípio da proporcionalidade.

<sup>305</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112.

<sup>306</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 26.

<sup>307</sup> Diversamente do termo utilizado por Silva, Valdés, ao traduzir a obra *Theorie der Grundrechte*, de Robert Alexy, definiu os princípios como “mandatos de optimización”. *In: ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid/ES: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

<sup>308</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

fática e juridicamente possível”. Para Alexy, a distinção entre regras e princípios<sup>309</sup> consiste em “uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”<sup>310</sup>.

A distinção é mostrada com mais clareza, segundo Alexy, nas hipóteses de colisões entre princípios e colisões entre regras. O conflito de regras somente pode ser solucionado mediante a introdução de uma cláusula de exceção ou declaração de invalidade de uma delas. Podem ser utilizadas regras tais como “lei posterior derroga a anterior” e “lei especial derroga lei geral” ou proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito<sup>311</sup>.

Diversamente, conforme Alexy, na colisão entre princípios, um deles terá que ceder, sem que seja necessário declará-lo inválido ou introduzir cláusula de exceção, pois um tem precedência sobre o outro em determinadas condições, ou seja, princípios com maior peso têm precedência. Portanto, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto conflitos entre princípios ocorrem na dimensão de peso, resolvendo-se mediante ponderação<sup>312</sup>.

Dworkin, apresentando uma crítica ao positivismo, expõe um modelo normativo em que reconhece não somente as regras, mas também os princípios. A diferença lógica entre regras e princípios reside na aplicabilidade do tudo ou nada das regras e na dimensão de peso dos princípios<sup>313</sup>.

---

<sup>309</sup> Acerca da distinção entre regras e princípios, consultar: DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona/ES: Ariel, 2002, p. 72 e ss.; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86 e ss.; FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 228/230; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26/72; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 1159/1190, dentre outros.

<sup>310</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>311</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91/93.

<sup>312</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93/94.

<sup>313</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona/ES: Ariel, 2002, p. 72/80.

Segundo Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira de disjuntivas, ou seja, a regra é válida e deve ser aceita a resposta dada ou não é válida, o que não contribui em nada para a decisão. Cita como exemplo de regra: “A velocidade máxima permitida pela lei na autopista é de 100 km/h.” Isso significa que ao utilizar a autopista está proibido ultrapassar os 100 km/h. Todavia, uma regra pode ter exceções e, se tiver, elas devem ser enumeradas, pelo menos na teoria. No exemplo citado, se outras disposições legais permitem ultrapassar a velocidade definida em caso de emergência ou tráfego de ambulância, a regra completa seria “Ao circular na autopista, sem estar em uma situação de emergência e se o veículo não for uma ambulância, é proibido ultrapassar 100 km/h”<sup>314</sup>.

Os princípios possuem uma dimensão que falta nas regras: a dimensão de peso ou importância. No caso de conflito entre regras, uma delas não é válida. De forma diversa, para resolver o conflito entre princípios, é preciso considerar o peso relativo de cada um<sup>315</sup>.

Portanto, Alexy e Dworkin consideram a dimensão de peso na resolução dos conflitos entre princípios, devendo-se verificar, no caso concreto, qual deles possui maior peso.

Segundo Alexy, os princípios, ao ordenar que algo deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas, não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Carecem de conteúdo de determinação em relação aos princípios contrapostos e às possibilidades jurídicas, diversamente do caráter *prima facie* das regras<sup>316</sup>.

Steinmetz refere que a distinção das normas jurídicas em regras e princípios possui ampla aceitação na teoria geral do direito e na dogmática jurídica, porém enfatiza que há questões que ainda são discutidas.

---

<sup>314</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona/ES: Ariel, 2002, p. 74/75.

<sup>315</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona/ES: Ariel, 2002, p. 77/78.

<sup>316</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid/ES: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 98/101.

Uma delas é se existe diferença forte ou fraca, atribuindo a Dworkin e Alexy, e, mais recentemente, a Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, a tese da distinção forte entre princípios e regras. Outra questão é a da exaustividade, ou seja, se qualquer norma vigente em um determinado ordenamento jurídico pode ser caracterizada como regra ou princípio, sustentando que a diferença surge exclusivamente no momento da interpretação-aplicação<sup>317</sup>.

Quanto ao termo “princípio da proporcionalidade”, convém referir que Ávila utiliza a expressão “postulado da proporcionalidade”, sustentando que se trata de “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”<sup>318</sup>.

Guerra Filho trata do princípio da proporcionalidade como “norma concretizadora fundamental”, em contraste com a “norma hipotética fundamental” da Teoria Pura do Direito. Considera o princípio da proporcionalidade como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s)<sup>319</sup>.

Silva opta pela utilização do termo “regra da proporcionalidade”, diante da plurivocidade do termo princípio, porém afirma que qualquer tentativa de uniformização terminológica está fadada ao insucesso<sup>320</sup>. Bonavides<sup>321</sup> e Freitas<sup>322</sup> denominam princípio da proporcionalidade.

---

<sup>317</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 205.

<sup>318</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 113.

<sup>319</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *In: Revista dos Tribunais*, n. 719, set. 1995, p. 58/59.

<sup>320</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 26.

<sup>321</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392.

<sup>322</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 251 e 281.

Assim, fixadas tais premissas e afastada a discussão acerca da terminologia, passa-se à análise especificamente do “princípio da proporcionalidade”, ressaltando que, na referida expressão, a palavra “princípio” não possui o mesmo significado que na distinção entre regras e princípios na acepção da teoria de Alexy<sup>323</sup>.

Ainda acerca da questão terminológica, Silva alerta que muitos autores utilizam a proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso, o que deve ser abandonado, conforme leciona:

Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por *proibição de insuficiência*<sup>324</sup>.

Nesta esteira, Leivas menciona que o preceito da proporcionalidade, no sentido da proibição do excesso, resulta da essência dos direitos fundamentais de defesa e, no sentido da proibição da não-suficiência, pode ser compreendido como resultante da essência dos direitos fundamentais prestacionais<sup>325</sup>.

Da mesma forma, Sarlet afirma que a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria de proibição de excesso, pois vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de particulares<sup>326</sup>, sendo incompatível também com a ausência de uma proteção ou com uma

<sup>323</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 26.

<sup>324</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 27.

<sup>325</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

<sup>326</sup> Ubillos também enfatiza a evidente vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, a qual tem sido assumida abertamente por alguns, enquanto outros têm aceitado de forma discreta as manifestações concretas dessa eficácia. *In: UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 336.

proteção insuficiente dos direitos fundamentais<sup>327</sup>, razão pela qual a doutrina, com alguma repercussão na jurisprudência, passou a adotar a tese da dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, operando como proibição de excesso e proibição de insuficiência<sup>328</sup>.

Na função de proibição de excesso, o princípio da proporcionalidade desdobra-se, com elevado grau de consenso na doutrina, nos três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em relação à proibição de insuficiência, Sarlet refere que não há uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida. Menciona que há uma substancial congruência, pelo menos no que tange aos resultados, entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, principalmente pelo fato de esta ser abrangida por aquela, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência<sup>329</sup>.

Nesse sentido, Streck sustenta que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva (garantismo negativo ou proteção contra os excessos do estado) e de proteção de omissões estatais (garantismo positivo ou proibição de proteção deficiente, na doutrina alemã (*Untermassverbot*), quando o Estado não protege suficientemente determinado direito fundamental). Destarte, a inconstitucionalidade pode decorrer de excesso do Estado, sendo desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios, ou pode decorrer de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como, por exemplo, quando o Estado abstém-se de aplicar sanções penais ou

---

<sup>327</sup> Acerca da proteção deficiente dos direitos fundamentais na aplicação e interpretação de normas de Direito Privado, consultar: CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 241.

<sup>328</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 140.

<sup>329</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 152/154.

administrativas para proteção de determinados bens jurídicos. Esse duplo viés da proporcionalidade “decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”<sup>330</sup>.

No mesmo sentido, Feldens sustenta que a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela manifesta-se na dedução de deveres de proteção, dos quais decorre a necessidade de intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais. Considerando que um dever de proteção deve ser realizado de forma suficiente, sua análise exige a aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente<sup>331</sup>.

Além disso, com fundamento no princípio da proporcionalidade, o legislador infraconstitucional, ao regular determinado direito fundamental, deve situar-se no âmbito normativo entre a proibição de insuficiência e a proibição de excesso, porquanto a atividade legislativa encontra limites de conformação no núcleo essencial dos direitos fundamentais. Na medida em que o legislador infraconstitucional desguarnece a proteção ambiental garantida pela Constituição viola o núcleo essencial do direito ao meio ambiente, incorrendo em inconstitucionalidade passível de controle judicial. Nesse ponto, ressalta-se a importância do princípio da proibição de retrocesso<sup>332</sup> ambiental, a fim de

---

<sup>330</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In: Revista da AJURIS*, v. 32, n. 97, mar. 2005, p. 179/180.

<sup>331</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal e jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 73/98.

<sup>332</sup> Conto trata do princípio da proibição de retrocesso social, ressaltando a necessidade de uma intervenção substancialista por parte do Poder Judiciário. *In: CONTO, Mario de. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 95/107.

estabelecer um piso mínimo para que as normas posteriores ampliem sempre a proteção ambiental, inclusive para as futuras gerações<sup>333</sup>.

Da mesma forma, aplica-se o princípio da proibição de retrocesso ambiental no que tange às políticas públicas. Caso haja previsão destas sem a devida implementação pelo Executivo ou, iniciada a implementação, seja suspensa a sua execução, em detrimento da proteção mínima do meio ambiente já garantida, incorre o Executivo em desrespeito à Constituição, o que pode ser controlado judicialmente com fundamento no princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Acerca da proibição de retrocesso social, convém referir que acordos internacionais subscritos pelo Brasil impedem o retrocesso dos direitos sociais. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991, foi assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992.

Esse pacto foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com o objetivo de tornar juridicamente vinculantes os dispositivos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, determinando a responsabilização internacional dos Estados partícipes do pacto pela violação dos direitos enumerados.

Prevê a norma jurídica internacional com alcance no direito brasileiro:

**Art. 2º - 1.** Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno

---

<sup>333</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 263.

exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

**Art. 4º** - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática<sup>334</sup>.

Igualmente, o Protocolo de São Salvador, ratificado pelo Brasil em 1999, prevê que os direitos fundamentais, uma vez implementados, não admitem retrocesso e devem, obrigatoriamente, ser reconhecidos progressivamente pelos países signatários:

**Artigo 1.** Obrigação de adotar Medidas. Os estados-partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo<sup>335</sup>.

Independentemente da existência desses tratados internacionais, não poderia haver retrocesso por intermédio de limitação de direitos sociais já conquistados pela sociedade, mediante a aplicação do princípio do não-retrocesso dos direitos sociais e econômicos, bem como não poderia haver abolição de tais direitos (retrocesso vedado), conforme vedação prevista no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Para Canotilho, os direitos sociais, principalmente aqueles contidos nas Cartas Políticas, não podem sofrer retrocesso, pois, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à

---

<sup>334</sup> BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 20.11.2008.

<sup>335</sup> BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm). Acesso em: 20.11.2008.

educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>336</sup>.

Ressalta-se que as conquistas sociais protegidas pelo princípio do não-retrocesso não são somente aquelas garantidas pela Constituição Federal. O núcleo de alguns direitos sociais conquistados pela sociedade e garantidos por normas infraconstitucionais também não pode ser objeto de retrocesso. É vedada, portanto, nas palavras de Canotilho, a “contra-revolução social” ou a “evolução reacionária”<sup>337</sup>.

Jorge Miranda, por sua vez, argumenta:

[...] os direitos económicos, sociais e culturais (ou os direitos que neles se compreendam) podem e devem ser crescentemente dilatados ou acrescentados para além dos que se encontrem declarados em certo momento histórico – à medida que a solidariedade, a promoção das pessoas, a consciência da necessidade de correcção de desigualdades (como se queira) vão crescendo e penetrando na vida jurídica<sup>338</sup>.

Desta forma, à medida que são conquistados novos direitos fundamentais de segunda dimensão, a sociedade deve buscar outras garantias de paz social, mediante a implementação de mais direitos. O sentido inverso, porém, não pode ser seguido, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, Sarlet refere que há uma posição amistosa da doutrina e da jurisprudência europeia continental no sentido do reconhecimento

---

<sup>336</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339/340.

<sup>337</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339.

<sup>338</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 154/155.

de uma proibição de retrocesso social, em que pese não exista consenso quanto ao alcance da proteção das conquistas sociais<sup>339</sup>.

No âmbito do direito constitucional brasileiro, conforme Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso, na sua dimensão mais estrita, decorre de modo implícito do sistema constitucional, principalmente do princípio do estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, §1º, da Constituição e que abrange a maximização da proteção dos direitos fundamentais; das manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, dentre as quais a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito e do princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito<sup>340</sup>.

No âmbito da aplicação do princípio da proibição do retrocesso devem ser levadas em consideração a segurança jurídica e a proteção da confiança, porquanto a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, embora sejam relevantes, não são os únicos critérios a serem sopesados. A segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual. Exige-se, portanto, a ponderação entre o princípio da proteção da confiança e o princípio do mínimo existencial e eventual intervenção restritiva dos direitos fundamentais, remetendo novamente ao princípio da proporcionalidade<sup>341</sup>.

O mínimo existencial ecológico ou socioambiental consiste na garantia constitucional e direito fundamental a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável das presentes e

---

<sup>339</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 443.

<sup>340</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 450/453.

<sup>341</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 460/461.

futuras gerações. O fundamento do conceito de mínimo existencial reside no princípio da dignidade da pessoa humana e, no âmbito social, confere ao cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais, sem o qual a sua dignidade restaria comprometida ou sacrificada. Também há um núcleo mínimo de direitos de liberdade<sup>342</sup>.

Fensterseifer afirma que é possível identificar uma dimensão ecológica incorporada ao conteúdo do princípio da dignidade humana. Refere que o reconhecimento da jusfundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depende da conformação do conteúdo do mínimo existencial social, possibilitando extrair a garantia constitucional do mínimo existencial ecológico no Estado Ambiental ou Ecológico. Com o intuito de fundamentar este último, adota uma compreensão ampliada do conceito do mínimo existencial – liberal, social e ecológico –, abarcando a idéia de uma vida com qualidade ambiental e com dignidade, mormente considerando que a sobrevivência humana está ameaçada pela degradação ambiental<sup>343</sup>.

Além dos deveres de proteção do Estado, ressalta-se a eficácia normativa do mínimo existencial ecológico também nas relações entre particulares (eficácia horizontal). Portanto, existe vinculação dos particulares em relação ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Nesse ponto, convém enfatizar a distinção entre a vinculação do legislador privado e dos órgãos judiciais encarregados da solução de litígios entre particulares e, também, entre dois sujeitos privados em situação de manifesta desigualdade (exercício do poder econômico social) – eficácia

---

<sup>342</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 264/265.

<sup>343</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 270/273.

vertical – e a vinculação dos particulares nas suas relações entre si – eficácia horizontal, privada ou em relação a terceiros, consoante explana Sarlet<sup>344</sup>.

Acerca dos motivos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Steinmetz leciona que se trata de um feixe ou constelação de fundamentos constitucionais, havendo fundamentos principais, tais como o princípio da supremacia da Constituição, o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio constitucional da dignidade da pessoa. Além disso, o princípio constitucional da solidariedade e o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, já referido, atuam como alicerces adicionais para corroborar a tese de que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais decorre impositivamente da Constituição Federal<sup>345</sup>.

A forma dessa vinculação, o “como”, é objeto de várias teorias: eficácia direta ou indireta, na linguagem de Sarlet<sup>346</sup>, ou teoria da eficácia imediata ou mediata, teoria dos deveres de proteção, teoria da convergência estatista e teoria da *state action*.

Para a teoria da eficácia indireta, os direitos, liberdades e garantias vinculariam *prima facie* o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados. Diferentemente, consoante explana Canotilho<sup>347</sup>, para a teoria da eficácia direta, os direitos, liberdades e garantias aplicam-se obrigatória e diretamente no

---

<sup>344</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155.

<sup>345</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102.

<sup>346</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

<sup>347</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1286/1287.

comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou coletivas), tendo uma eficácia absoluta.

A teoria da eficácia mediata, também designada de indireta, formulada por Günther Dürig, foi adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth, em 1950<sup>348</sup>.

Conforme descreve Mendes<sup>349</sup>, em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Enrich Lüth, defendeu um boicote contra o filme *Unsterbliche Geliebte*, de Veit Harlan, diretor do filme *Jud Süss*, produzido durante o 3º Reich, tendo o Tribunal estadual de Hamburgo determinado que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote com fundamento no §826 do Código Civil Alemão (BGB). Dessa decisão, Lüth interpôs recurso constitucional, o qual restou provido sob o fundamento de que houve lesão ao direito de livre manifestação de opinião, consagrado na Lei Fundamental, e que os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais, mediante um juízo de ponderação.

Acerca do caso, salienta Sarlet<sup>350</sup> que a Corte Constitucional, embora não tenha aderido expressamente às teorias mediata ou imediata, reconheceu que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana, influenciando todos os âmbitos do Direito, inclusive o Civil. Para a concretização dessa influência, oferecem-se principalmente as cláusulas gerais do direito privado, que atuam como pontos de ingresso dos direitos fundamentais no Direito Civil.

---

<sup>348</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 224.

<sup>349</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 224/225.

<sup>350</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124/125.

Nesse sentido, leciona Mendes<sup>351</sup> que um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas são as cláusulas gerais – porta de entrada dos direitos fundamentais no âmbito privado. Critica a teoria, pregando que a ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta ou impossibilita uma decisão clara sobre os valores prevalentes nas situações de conflitos.

Os adeptos desta teoria sustentam que incumbe ao legislador e, de forma supletiva, ao Juiz, a função de “intermediar” a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações particulares. Sarlet<sup>352</sup> rechaça este entendimento pelo fato de confundir o problema da vinculação dos sujeitos particulares com a vinculação do poder público. Por fim, menciona as críticas acerca da tendência de limitar o efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado aos conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

Por seu turno, a teoria da eficácia imediata ou direta, elaborada por Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, adotada por Walter Leisner, prega que a vinculação é direta, uma vez que os direitos fundamentais são aplicáveis para toda a ordem jurídica, em decorrência do princípio da unidade, bem como do postulado da força normativa da Constituição. Destarte, não poderia o Direito Privado formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, conforme relata Sarlet<sup>353</sup>.

Nesse ponto, Canotilho<sup>354</sup> faz duas observações prévias: a) o problema não se põe para os direitos fundamentais que só podem ter como sujeito passivo o Estado; b) o problema está resolvido quando a própria

---

<sup>351</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 224/228.

<sup>352</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 142.

<sup>353</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 121.

<sup>354</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1288.

Constituição reconhecer expressamente aos direitos fundamentais efeitos em relação a terceiros. Assim, refere que o problema somente adquire autonomia quando se admite terem os direitos fundamentais eficácia imediata em relação a terceiros.

Contudo, relata Sarlet<sup>355</sup>, a concepção de vinculação direta em decorrência natural da expressa previsão de vinculação do poder público foi, posteriormente, abandonada pelos próprios defensores da vinculação imediata, que reconheceram a existência de uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, os quais são, em regra, igualmente titulares de direitos fundamentais.

Por fim, prevaleceu o entendimento de que os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, acarretando a proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares<sup>356</sup>.

Nesse diapasão, Sarmiento<sup>357</sup>, após apontar diversas objeções lançadas contra a teoria direta ou imediata, sustenta que nenhuma das citadas objeções encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação à restrição à autonomia privada, refere que esta não traduz um valor absoluto, dependendo de ponderação, no caso concreto, promovendo a autonomia privada no sentido mais pleno. Além disso, refuta os argumentos do caráter antidemocrático, da insegurança jurídica e da perda da autonomia do Direito Privado.

---

<sup>355</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 121.

<sup>356</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 122.

<sup>357</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 281/287.

Para a teoria dos deveres de proteção, defendida por Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando oriundas de outros particulares. Nesta senda, continua sendo o Estado o destinatário precípua dos direitos fundamentais, cuidando-se de uma proteção de forma mediata, levada a efeito pelo legislador e, subsidiariamente, pelos órgãos do Poder Judiciário, consoante anota Sarlet<sup>358</sup>.

De outra banda, a teoria da convergência estatista, desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, além de negar a relevância da discussão em torno de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustenta que as ofensas aos direitos fundamentais são sempre oriundas do Estado, incumbido do dever de proteger os direitos fundamentais em geral<sup>359</sup>.

Tal teoria, partiu da mesma concepção que sustenta a doutrina norte-americana da *state action*, na qual prevalece a tese liberal de que os direitos fundamentais apenas vinculam o Estado e que as condutas eminentemente privadas estão imunes a esse tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição. Porém, o Poder Judiciário norte-americano, relativizando tal concepção, passou a ampliar excepcionalmente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, dilatando os conceitos de poder público e ação estatal. Assim, tanto a teoria da convergência estatista quanto esta última acabam por equiparar as agressões aos direitos fundamentais à ação ou omissão

---

<sup>358</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000**, p. 126.

<sup>359</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000**, p. 126.

estatal ou imputam ao Estado este comportamento que, efetivamente, provém da esfera privada, razão por que constituem alvo de críticas doutrinárias<sup>360</sup>.

Outrossim, calha mencionar a teoria integradora, criada por Alexy, que propõe um modelo que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe. Segundo essa tese, exposta por Steinmetz<sup>361</sup>, na relação entre particulares ambas as partes são titulares de direitos fundamentais e a eficácia deve ser matizada, definida em última instância, pela ponderação. Alexy propõe um modelo de três níveis – deveres do Estado, direitos ante o estado e relações jurídicas entre particulares –, que, ao cabo, resultam em uma eficácia imediata.

Convém trazer à baila, por oportuna, a menção de Steinmetz<sup>362</sup> acerca da “perspectiva civil-constitucional” e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Segundo esse movimento do direito civil constitucional, as disposições infraconstitucionais de direito civil devem ser interpretadas conforme a Constituição, sendo dever do juiz, nas relações entre particulares, aplicar diretamente a cláusula constitucional da tutela da personalidade (artigo 1º, inc. III: princípio da dignidade da pessoa humana), os direitos da personalidade (artigo 5º, inc. X) e os princípios constitucionais relevantes para o direito privado e para as relações interprivadas, tais como os princípios da solidariedade, da igualdade substancial e da função social da propriedade. Destarte, se houvesse posição expressa sobre o tema, os teóricos brasileiros da “perspectiva civil-constitucional” defenderiam a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

<sup>360</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 134/135.

<sup>361</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 181.

<sup>362</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184/185.

Tepedino<sup>363</sup>, um dos precursores da Constitucionalização do Direito Civil, sustenta que a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo, pretendendo o constituinte definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas.

Destarte, procedendo a um exame acurado das teorias esposadas, constata-se que nem sempre é possível estabelecer com precisão como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mormente quando se trata de averiguar se a eficácia é direta ou indireta, consoante assevera Sarlet<sup>364</sup>.

Analisando as teorias da eficácia direta e indireta, verifica-se que ambas retratam a superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado e partem do pressuposto de que estes expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico (eficácia irradiante). Além disso, ambas reconhecem uma vinculação direta no caso de entidades particulares dotadas de poder social – relação caracterizada por um desnível de poder significativo, afetando a paridade entre os pólos da relação jurídico-privada<sup>365</sup>.

Adota-se a teoria da eficácia direta, na esteira de Sarlet<sup>366</sup>, sustentando que, em princípio, os direitos fundamentais, exceto aqueles

---

<sup>363</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas*. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 74.

<sup>364</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 139.

<sup>365</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 140.

<sup>366</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 147.

que vinculam exclusivamente o poder público, vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares. Isso em prol de um constitucionalismo da igualdade, visando à efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no Estado Social de Direito, enquanto a corrente defensora da eficácia indireta está atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.

Nessa esteira, assevera Sarmiento<sup>367</sup> que, no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, ou seja, não depende de atuação do legislador ordinário, tampouco se exaure na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado. Tal conclusão decorre da moldura axiológica e do sistema de direitos fundamentais albergado pela Constituição de 1988 – intervencionista e social – com vasto rol de direitos sociais e econômicos (artigos 6º e 7º, CF), cujo primeiro objetivo é “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, CF).

A Constituição de 1988 consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva. Assim, mostra-se incompatível com a tese radical, adotada pelos Estados Unidos, de exclusão da aplicação dos direitos individuais no âmbito das relações privadas, bem como inconciliável com a tese alemã, ainda predominante, da eficácia horizontal indireta e mediata, em que a incidência depende da atuação do legislador ordinário ou se trata de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais de Direito Privado. Ademais, o artigo 5º, que prevê a maioria das liberdades fundamentais, traduz a idéia de uma vinculação passiva universal, não somente do Estado, mas também dos particulares<sup>368</sup>.

Outrossim, Sarmiento<sup>369</sup> frisa que a tal eficácia é direta e imediata, não somente por uma questão de direito, mas também de ética e

---

<sup>367</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279.

<sup>368</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279.

<sup>369</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 281.

justiça, tendo em vista as características da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade social, em que reinam a opressão e a violência.

No mesmo sentido, Sarlet<sup>370</sup> leciona que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados constituem concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que se refere ao conteúdo da dignidade da pessoa humana, vinculam diretamente Estado e particulares.

Nessa esteira, Sarmento<sup>371</sup> apregoa que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impondo a adoção da tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Salienta que, sendo tais direitos concretizações ou exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, incidem em todas as esferas da vida humana, havendo sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas.

A tendência atual em relação à eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas, consoante preconiza Canotilho<sup>372</sup>, é a superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas. A problemática da eficácia horizontal se insere no âmbito da função de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordenação objetiva, especialmente deveres de garantia e proteção do Estado, que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia deve considerar a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos

---

<sup>370</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 150/153.

<sup>371</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 288/289.

<sup>372</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1289.

direitos fundamentais, possibilitando soluções diferenciadas e adequadas, conforme o direito fundamental posto em causa, no caso concreto. Nesta senda, a procura de soluções diferenciadas deve observar a especificidade do direito privado e, por outro lado, o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global.

Por fim, anota Canotilho<sup>373</sup> que a eficácia horizontal dos direitos não se limita, atualmente, à ordem estatal, referindo que o tema vem sendo debatido nas convenções internacionais de direitos do homem e que a *Drittwirkung* da Convenção Europeia dos Direitos do Homem aponta para a necessidade de proteção destes direitos diante da sua violação por entidades particulares<sup>374</sup>.

Com efeito, no contexto constitucional contemporâneo, é inegável a vinculação dos particulares na tutela dos direitos fundamentais, sem retirar do Estado o dever constitucional de proteção de tais direitos. Nesse ponto, Fensterseifer refere que:

[...] o mínimo existencial ecológico, na condição de direito fundamental ou garantia constitucional, além de condicionar a atuação, em termos prestacionais, do Estado (dever de proteção), estabelece uma blindagem protetiva do seu núcleo protetivo, vinculando, inclusive, os particulares à concretização do núcleo essencial, com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>375</sup>.

Assim, segundo Fensterseifer, a força normativa da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico, em que pese recaia com maior intensidade no Estado (deveres de proteção), também incide no âmbito das relações entre particulares, em virtude da natureza de direito-dever do direito

---

<sup>373</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1290.

<sup>374</sup> Neuner também sustenta a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre os particulares: NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. v. I, t. II. Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado, 2006, p. 164. No mesmo sentido: SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico español y como fuente de todos los derechos. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. v. I, t. II. Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado, 2006, p. 128.

<sup>375</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 282.

fundamental ao ambiente sadio e equilibrado, caracterizado por uma dimensão objetiva reforçada, além da subjetiva<sup>376</sup>.

O princípio da solidariedade, que vigora no Estado Socioambiental de Direito ou Estado Constitucional Ecológico, como prefere Canotilho, também conduz à vinculação dos particulares ao mínimo existencial ecológico, principalmente no contexto social em que a maior parte das violações ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado e ao mínimo existencial ecológico provém de condutas perpetradas por particulares detentores de grande poder econômico, técnico, político e social<sup>377</sup>.

Nesse sentido, Fensterseifer sustenta a vinculação dos particulares ao mínimo existencial ecológico, ainda que seja com menor intensidade em relação àquela atribuída ao Estado na forma de dever de proteção:

[...] é possível sustentar a vinculação dos particulares, em termos negativos e mesmo prestacionais, ao mínimo existencial ecológico, a ressaltar o marco constitucional da solidariedade, bem como os deveres fundamentais de tutela ambiental conferidos pelo texto constitucional (art. 225, *caput*) aos entes privados<sup>378</sup>.

Portanto, constitui dever do Estado (dever de proteção) e de cada um dos cidadãos (eficácia horizontal do direito fundamental ao meio ambiente) adotar uma postura ecologicamente responsável, atendendo à garantia do mínimo existencial ecológico.

---

<sup>376</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 282.

<sup>377</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 282.

<sup>378</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 282/283.

Da mesma forma, tanto as relações entre particulares e o Estado, bem como as dos particulares entre si, estão submetidas ao princípio da proibição de retrocesso ambiental ou retrogradação socioambiental<sup>379</sup>.

Todavia, a tutela ambiental não deve se restringir ao mínimo existencial ecológico, mas garantir a proteção ambiental de forma mais abrangente, a fim de tornar efetiva a Justiça Ambiental.

Assim, tendo em vista a proteção do mínimo existencial ecológico e o princípio da proibição de retrocesso ambiental ou retrogradação ambiental<sup>380</sup>, considerando a sua dimensão objetiva, atribuindo deveres de proteção ao Estado e vinculando também os particulares, em caso de conflitos entre direitos fundamentais, há necessidade de ponderação, utilizando-se o princípio da proporcionalidade como parâmetro para solução do caso concreto, nos termos anteriormente explanados.

Nessa esteira, Sarlet<sup>381</sup> entende ser inviável sustentar a adoção de soluções uniformes, pois o adequado manejo da eficácia direta e a intensidade da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares devem ser pautados de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A inviabilidade de uma eficácia direta absoluta e a necessidade de soluções diferenciadas decorre, também, da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Tratando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, haverá, conforme Alexy, conflitos ou situações de tensão, que

---

<sup>379</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115.

<sup>380</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115.

<sup>381</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 157.

reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e os direitos fundamentais em conflito ou tensão, mediante a ponderação<sup>382</sup>.

Nesse diapasão, diante do conflito entre a autonomia privada (liberdade contratual) e outros direitos fundamentais, impõe-se uma análise tópico-sistemática<sup>383</sup> calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto<sup>384</sup>. Conforme Bobbio, as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sim dentro de um contexto de normas (ordenamento) com relações particulares entre si<sup>385</sup>. Essas relações entre as normas podem originar conflitos de direitos fundamentais, os quais exigem a ponderação para resolução do caso concreto.

De outra banda, não se pode olvidar a vinculação dos particulares ao princípio constitucional da igualdade, mormente nos casos de colisão entre o princípio da autonomia privada, concretizada na liberdade negativa de contratar, e o direito fundamental ao tratamento isonômico.

O Supremo Tribunal Federal<sup>386</sup> aceita a aplicação direta dos direitos fundamentais para dirimir conflitos nas relações privadas, independente da mediação do legislador, e, em que pese não tenha examinado as diversas

---

<sup>382</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 157.

<sup>383</sup> Acerca das diretrizes da interpretação tópico-sistemática, consultar: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176 e ss.

<sup>384</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 157.

<sup>385</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 2006, p. 19.

<sup>386</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 158.215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996; RE nº 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997; RE nº 201.819/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20.11.2008.

teorias, constata-se a sua adesão à tese da eficácia direta e imediata, consoante conclui Sarmento<sup>387</sup>.

Em suma, conforme Sarlet<sup>388</sup>, busca-se uma solução fundada na ponderação dos valores em pauta, norteadas pela busca do equilíbrio e da concordância prática (Hesse), caracterizada pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em questão, assim como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.

Acerca das estruturas de ponderação – princípio da proporcionalidade e seus elementos – Steinmetz<sup>389</sup> leciona que, ante uma colisão de princípios, a relação de precedência condicionada (lei de colisão), formalizável ou estruturável em uma regra de precedência à qual se subsume ao caso concreto, é o resultado de uma ponderação. Refere que:

Segundo Alexy, entre a teoria dos princípios – para a qual os princípios são mandamentos de otimização e a colisão de princípios se resolve mediante ponderação – e a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais existe uma conexão. Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas, pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito – esta última é o mandamento de ponderação propriamente dito. Há uma co-implicação entre princípios e máxima da proporcionalidade – de modo especial a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação) – para que se solucione as colisões de princípios in concreto e a máxima da proporcionalidade determina as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios, isto é, determina o grau de otimização (realizabilidade ou satisfação) dos princípios in concreto<sup>390</sup>.

---

<sup>387</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 294.

<sup>388</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 159.

<sup>389</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 209.

<sup>390</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

Segundo Ávila<sup>391</sup>, o postulado da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável, não se identifica com o postulado da ponderação de bens, o qual requer a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo de ponderação, enquanto o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada.

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, ou seja, o meio deve levar à realização do fim, enquanto o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais<sup>392</sup>.

Assim, Ávila conclui que um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. Por último, o meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais<sup>393</sup>.

Por seu turno, Canotilho menciona que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por proibição do excesso, foi erigido a princípio constitucional. Refere que este é assumido atualmente como princípio de controle “exercido pelos tribunais sobre a

---

<sup>391</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.

<sup>392</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116/125.

<sup>393</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito. Explicita os subprincípios constitutivos: conformidade ou adequação de meios, exigibilidade ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>394</sup>. Trata do princípio da proibição de excesso como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, cujo significado, no âmbito das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, é que qualquer limitação, por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). Assim, Canotilho entende que o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo também configura um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador<sup>395</sup>.

Bonavides refere que os termos mais usuais na linguagem jurídica alemã são proporcionalidade e proibição de excesso, empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que compõem o princípio. Relata que a locução vedação de excesso foi utilizada por importantes juristas, desde Jellinek até Peter Lerche, porém a expressão ultimamente mais em voga, tantos nos trabalhos de autores alemães como suíços, austríacos, franceses e espanhóis, é simplesmente proporcionalidade<sup>396</sup>.

De outra banda, em que pese a tendência de confundir razoabilidade e proporcionalidade tanto na doutrina como na jurisprudência do STF, Silva enfatiza que não deve ser utilizado o termo razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, pois diferem em razão da origem e da estrutura. A tese sobre a irrazoabilidade surgiu em uma decisão judicial na Inglaterra em 1948, enquanto o princípio da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu no Tribunal Constitucional Alemão, tendo uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes (adequação,

---

<sup>394</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 267/270.

<sup>395</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 457 e 1165.

<sup>396</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 402/403.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), aplicados em ordem pré-definida, diferenciando claramente a proporcionalidade da mera exigência de razoabilidade<sup>397</sup>.

No que tange à jurisprudência do STF, Silva afirma que o recurso à proporcionalidade “pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos”. Refere que a invocação da proporcionalidade pela Corte com freqüência possui caráter meramente retórico e não sistemático, aplicada de forma não estruturada e simplesmente citada. Nem sempre o recurso ao princípio é justificado nas decisões. Em inúmeros casos, para afastar uma conduta considerada abusiva, o STF recorre à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”<sup>398</sup>.

Por fim, ainda acerca da distinção entre o princípio da proporcionalidade e outros princípios hermenêuticos, Ávila leciona que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *justa proporção*: enquanto esse exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo, o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *ponderação de bens*: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação. O postulado da proporcionalidade não é igual ao da *concordância prática*: esse último exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação. O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *razoabilidade*:

<sup>397</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29/30.

<sup>398</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31/32.

esse exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins<sup>399</sup>.

Assim, estabelecidas mais essas premissas, adentra-se no estudo do princípio da proporcionalidade, o qual, segundo relata Silva, foi aprofundado na Alemanha por Robert Alexy e Martin Borowski, dentre outros, sendo precursores, em língua portuguesa, J.J. Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade, em Portugal, e Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides, no Brasil<sup>400</sup>.

Alexy refere que existe uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, pois esta, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre da natureza dos princípios<sup>401</sup>.

Segundo Alexy, os princípios constituem mandamentos de otimização<sup>402</sup> diante das possibilidades fáticas e jurídicas. As máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização<sup>403</sup> em face das possibilidades fáticas. Diversamente, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (exigência de sopesamento)

---

<sup>399</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.115/116.

<sup>400</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23.

<sup>401</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116/117; na tradução espanhola: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid/ES: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 111/112.

<sup>402</sup> Ávila afirma que os princípios, eles próprios, não são mandados de otimização e que o mandado de otimização refere-se ao uso de um princípio, ou seja, o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação. *In: ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55.

<sup>403</sup> Silva não recomenda a utilização do termo “mandato de otimização”, por influência da tradução espanhola de Robert Alexy, pois não se trata de um mandato. Refere que como alternativa ao termo “mandamento de otimização” pode ser utilizado “dever de otimização”, como faz Humberto Ávila. *In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 25.

decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas<sup>404</sup>. A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial, a proporcionalidade em sentido estrito, e significa que quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro<sup>405</sup>.

A aplicação da proporcionalidade no caso de colisão de princípios obedece a uma ordem pré-definida em que as máximas se relacionam. Conforme Silva, a análise da adequação precede a da necessidade, a qual precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta que nem sempre é necessária a análise dos três elementos, os quais atuam de forma subsidiária entre si. A subsidiariedade significa que a análise da necessidade somente é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação. Por fim, a averiguação da proporcionalidade em sentido estrito somente é feita se o conflito não tiver sido solucionado mediante análise da adequação e da necessidade. Portanto, nos casos mais complexos é que será feita a análise da proporcionalidade em sentido estrito<sup>406</sup>.

No que tange à adequação, Silva enfatiza que adequado não é somente o meio cuja utilização alcança o objetivo, mas também quando fomenta o objetivo, promove, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Significa que a medida é adequada quando seu emprego faz com que o objetivo seja alcançado ou pelo menos fomentado<sup>407</sup>.

Quanto à necessidade, afirma que um ato estatal que limita um direito fundamental somente é necessário quando “a realização do objetivo

---

<sup>404</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117/118.

<sup>405</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

<sup>406</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 34/35.

<sup>407</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 36/37.

perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido<sup>408</sup>.

Por fim, acerca da proporcionalidade em sentido estrito, Silva menciona que:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva<sup>409</sup>.

Quanto ao fundamento do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, boa parte da doutrina entende que está calcado no princípio do Estado de Direito, enquanto alguns autores encontram fundamento em diversos dispositivos constitucionais, porém Silva sustenta que a busca do fundamento do princípio é infrutífera, pois “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*”<sup>410</sup>.

Tendo em vista que a maioria dos direitos fundamentais são princípios, conforme sustenta Robert Alexy, no sentido de que são mandamentos de otimização, ou seja, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades *fáticas e jurídicas*”, a análise da proporcionalidade é efetivamente o modo de aplicação do dever de otimização ao caso concreto. Nesse sentido, Silva enfatiza que “a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação”<sup>411</sup>.

---

<sup>408</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 38.

<sup>409</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 40.

<sup>410</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 43.

<sup>411</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 43/44.

Assim, a garantia do mínimo existencial ecológico, como regra jurídico-constitucional extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser cotejada com os demais princípios, tais como a autonomia privada e a livre iniciativa, num processo de ponderação, a fim de verificar, no modelo de Alexy, qual dos princípios possui maior peso<sup>412</sup>.

Nesse sentido, leciona Leivas:

Em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade da pessoa humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes<sup>413</sup>.

Com efeito, o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado é essencial à existência da vida e sua garantia a ultrapassa para assegurar a vida vindoura. A vedação de degradação ambiental como princípio informador, inclusive de uma ecocidadania responsável, pode ser entendida como uma razão que justifica a existência de um mínimo ecológico, sendo dever do Estado e da sociedade adotar uma postura ecologicamente responsável. Ademais, o Estado ecológico, na proteção do mínimo existencial, deve atentar para o princípio da precaução, que acolhe a máxima *in dubio pro ambiente*<sup>414</sup>.

Portanto, o mínimo existencial ecológico, caracterizado como direito fundamental, pode ser postulado perante o Poder Judiciário, no caso concreto, independentemente de intermediação legislativa e de viabilidade orçamentária, confirmando a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais<sup>415</sup>.

---

<sup>412</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 283.

<sup>413</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 133.

<sup>414</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97/105.

<sup>415</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 283.

Após a abordagem do princípio da proporcionalidade, é possível afirmar que a utilização deste na resolução de conflitos obedece a critérios pré-definidos, os quais devem ser respeitados no momento da ponderação.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade, desde que obedecidos os parâmetros expostos anteriormente, pode ser utilizado, como critério de legitimação, no controle jurisdicional das políticas públicas, o qual será analisado no próximo capítulo.

## CAPÍTULO 4

### POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E O SEU CONTROLE JUDICIAL

O controle judicial de políticas públicas ambientais, em que pese seja tema debatido na doutrina há alguns anos, ainda é incipiente na prática jurisprudencial, mas deve ser incentivado e reforçado diante da crise ambiental que se enfrenta na sociedade de risco. Conforme questiona Krell<sup>416</sup>, está o Poder Judiciário preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas?

Após a exposição das políticas públicas ambientais no Brasil, adentra-se na questão da judicialização da política no Brasil e as condições e possibilidades do controle pelo Poder Judiciário.

#### 4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL

A implementação de medidas concretas de conservação da natureza depende, também, da atuação do Estado, sendo necessário que disponha de capacidade de intervenção, consiga estabelecer políticas públicas, estratégias de urbanização e pactos políticos diversos, mantendo sempre interação com a sociedade e os problemas sociais vivenciados. A questão ambiental reclama um Estado atuante<sup>417</sup>.

Até meados da década de 1980, o Estado ditou, de forma centralizada, a política ambiental seguida no Brasil. Posteriormente, o processo de formulação e implementação da política ambiental, passou a decorrer, cada

---

<sup>416</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 26.

<sup>417</sup> WALDMAN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 556.

vez mais, da interação entre idéias, valores e estratégias de ação de atores sociais diversos, num campo marcado por contradições, alianças e conflitos que emergem da multiplicidade de interesses envolvidos na questão ambiental. Todavia, a esfera estatal continua figurando como instância em que se negociam decisões e em que conceitos são instrumentalizados em políticas públicas para o setor<sup>418</sup>.

Desde 1930, o processo de formulação e implementação de políticas ambientais no Brasil pode ser dividido em três momentos distintos. Até 1971 foi marcado pela ação de um Estado centralizador na definição de códigos regulatórios do uso dos recursos naturais e de um incipiente aparato institucional para tratar das questões relacionadas com a proteção ambiental. A partir de 1972, as políticas ambientais sofreram influência, de um lado, da consciência global de uma crescente crise ecológica e, de outro, de políticas estruturadoras, modernizantes e integradoras articuladas numa estratégia, no mais das vezes contraditória, de desenvolvimento econômico<sup>419</sup>.

Essa evolução mostra-se refletida na legislação vigente. A Lei nº 6.938, em 1981, dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Em seguida, a Lei 7.347, de 1985, criou a ação civil pública como instrumento para garantia dos direitos ambientais, dentre outros. Posteriormente, em 1988, a CRFB reservou um capítulo destinado à proteção do meio ambiente, incumbindo ao Estado e à sociedade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, ressaltando o dever do Estado de implementar políticas públicas de preservação ambiental. Após dez anos, em 1998, foi editada a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, estabelecendo crimes e penalidades, inclusive para as pessoas jurídicas responsáveis por infrações ambientais. Recentemente, editou-se o Decreto nº 6.514/08, que revogou o Decreto nº 3.179/99, regulamentando a Lei nº 9.605/98, o qual já está sendo discutido e sofrerá modificações em breve.

---

<sup>418</sup> CUNHA, Luís Henrique; COELHO, Maria Célia Nunes. Política e gestão ambiental. *In*: CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (org.). **A questão ambiental: diferentes abordagens**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 43.

<sup>419</sup> CUNHA, Luís Henrique; COELHO, Maria Célia Nunes. Política e gestão ambiental. *In*: CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (org.). **A questão ambiental: diferentes abordagens**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 75.

A Constituição de 1988 indicou alguns dos principais fundamentos do terceiro momento das políticas ambientais no país, que perduram atualmente, dentre eles os conceitos de desenvolvimento sustentável, manejo de recursos naturais e democratização e descentralização das decisões, com função cada vez mais influente. A elaboração e a implementação de políticas públicas passam a receber influência também de organismos internacionais, ONGs e corporações. Políticas importantes no período refletem essa nova situação, como é o caso do Programa Piloto de Proteção das Florestas Tropicais (PPG7), financiado pela Comunidade Européia, e o do Zoneamento Econômico e Ecológico do Estado de Rondônia, financiado com recursos do Banco Mundial<sup>420</sup>.

Cunha e Coelho relatam que:

A análise de duas políticas ambientais recentes, uma de natureza predominantemente regulatória, como é a política nacional de recursos hídricos, e outra de caráter fundamentalmente estruturador, como é o processo de criação de reservas extrativistas, revelou como um novo conjunto de idéias e valores tem influenciado o processo de formulação de políticas ambientais no país. Noções de co-manejo ou de gestão participativa, baseadas numa estratégia conservacionista de proteção da natureza e numa visão instrumental/reformista dos mecanismos regulatórios do uso dos recursos naturais, passam a ser dominantes no setor<sup>421</sup>.

No que tange às políticas públicas, no Brasil, referentes às mudanças climáticas<sup>422</sup>, antes de concluir o Plano Nacional de Mudança Climática<sup>423</sup>, o governo federal efetuou a montagem de outro documento, que foi tachado de frouxo por ambientalistas em virtude de não apresentar metas de

<sup>420</sup> CUNHA, Luís Henrique; COELHO, Maria Célia Nunes. Política e gestão ambiental. *In*: CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (org.). A questão ambiental: diferentes abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 75.

<sup>421</sup> CUNHA, Luís Henrique; COELHO, Maria Célia Nunes. Política e gestão ambiental. *In*: CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (org.). A questão ambiental: diferentes abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 75.

<sup>422</sup> A mudança climática é um dos quatro âmbitos de atuação prioritários do Sexto Programa de Ação em matéria de meio ambiente, criado pela União Européia, intitulado “Meio Ambiente 2010: nosso futuro, nossa eleição”. Os outros âmbitos de atuação são a biodiversidade, o meio ambiente e a saúde e a gestão sustentável dos recursos e dos resíduos. *In*: Exposição Internacional de Zaragoza sobre água e desenvolvimento sustentável (14 de junho a 14 de setembro de 2008), na Espanha.

<sup>423</sup> Ministério do Meio Ambiente. Plano Nacional de Mudança Climática. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/169/arquivos/169\\_29092008073244.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/169/arquivos/169_29092008073244.pdf)>. Acesso em: 29.10.2008.

redução de emissão de gases-estufa ou, em alguns casos, não determinar o prazo em que deverá ser cumprido o objetivo. O novo inventário de emissão de gases-estufa terá data-base de 2005, pois estavam sendo utilizados os dados de 1994<sup>424</sup>. O documento foi apresentado, em dezembro de 2008, na Conferência do Clima de Poznan, na Polônia, em que em que estavam presentes Ministros de 189 países, ocasião em que iniciaram as negociações oficiais do acordo climático pós-Kyoto<sup>425</sup>.

Ainda dentro das políticas públicas em matéria ambiental, destaca-se a Agenda 21 Brasileira, que constitui um processo e instrumento de planejamento participativo para o desenvolvimento sustentável, compatibilizando a conservação ambiental, a justiça social e o crescimento econômico<sup>426</sup>. Cita-se, também, a Agenda Ambiental na Administração Pública (A<sub>3</sub>P), que consiste em um programa que visa a implementar a gestão socioambiental sustentável das atividades administrativas e operacionais do Governo<sup>427</sup>, e o Plano Nacional de Recursos Hídricos<sup>428</sup>.

Dentre os programas em execução referentes à Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) apontam-se o programa Proágua de integração de bacias do São Francisco ao Nordeste Setentrional, o Projeto São Francisco Sustentável e o Programa Nacional de Florestas<sup>429</sup>. Além disso, foram implementadas políticas públicas para garantir o acesso à água potável

---

<sup>424</sup> BALAZINA, Afra. Governo já fala em novo plano do clima. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 out. 2008.

<sup>425</sup> Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas na Polônia. Disponível em: <[http://unfccc.int/meetings/cop\\_14/items/4481.php](http://unfccc.int/meetings/cop_14/items/4481.php)>. Acesso em: 10.01.2008.

<sup>426</sup> Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=908>>. Acesso em: 29.10.2008.

<sup>427</sup> Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=36>>. Acesso em: 29.10.2008.

<sup>428</sup> Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=73&idConteudo=3922t>>. Acesso em: 29.10.2008.

<sup>429</sup> Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/principais\\_programas/desenvolvimento/](http://www.presidencia.gov.br/principais_programas/desenvolvimento/)>. Acesso em: 29.10.2008.

pelas populações de baixa renda, no Programa Água Doce, bem como ações de cooperação internacional como o Projeto Aquífero Guarani<sup>430</sup>. Todavia, abstém-se de abordar os programas neste trabalho devido à extensão.

No que pertine ao Estado de Santa Catarina, Rosa, Rosseto e Beck realizaram um estudo de caso acerca da gestão de resíduos industriais no Distrito Industrial Fazenda Santo Antônio, em São José/SC, visando a apresentar subsídios para o aprimoramento dos modelos de gestão, observando princípios de preservação ambiental, justiça social e sustentabilidade econômica<sup>431</sup>.

O resultado do referido estudo demonstrou a despreocupação das indústrias do Distrito Industrial Fazenda Santo Antônio com o resíduo que produzem, o que indica o desperdício de recursos naturais em forma de matéria-prima. Além disso, enfatizam Rosa, Rosseto e Beck, ignorar o resíduo significa “ignorar a otimização da produção, desconhecer parte de seu lucro e compreender o ambiente natural como fonte inesgotável de recursos”. Concluiu, ainda, que a prefeitura de São José é ineficiente em relação à gestão dos resíduos industriais, não havendo orientação, fiscalização e nenhum controle acerca desses resíduos. Assim, o poder público infringe a lei por se abster de fiscalizar, de orientar e de controlar a gestão do resíduo, bem como não assume a responsabilidade de garantir a qualidade ambiental para os cidadãos<sup>432</sup>.

Assim, em que pese a adoção de algumas estratégias de políticas públicas em matéria ambiental, no Brasil, conforme demonstrado, verifica-se que ainda são incipientes e dependem de uma atuação mais incisiva do Estado, mormente no que diz respeito às mudanças climáticas, bem como o

---

<sup>430</sup> Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/srhu>>. Acesso em: 29.10.2008.

<sup>431</sup> ROSA, Thaís Andriani; ROSSETO, Adriana Marques e BECK, Liciano Carim. Gestão de resíduos industriais: um estudo de caso do Distrito Industrial Fazenda Santo Antônio – São José(SC). In: JOHNSON, Guillermo A. e AMARAL, Raquel Maria Fontes do (org.). **Dimensões locais das Políticas Públicas**. 1. ed. Itajaí/SC: Universidade do Vale do Itajaí, 2008, p. 160.

<sup>432</sup> ROSA, Thaís Andriani; ROSSETO, Adriana Marques e BECK, Liciano Carim. Gestão de resíduos industriais: um estudo de caso do Distrito Industrial Fazenda Santo Antônio – São José(SC). In: JOHNSON, Guillermo A. e AMARAL, Raquel Maria Fontes do (org.). **Dimensões locais das Políticas Públicas**. 1. ed. Itajaí/SC: Universidade do Vale do Itajaí, 2008, p. 179/180.

desmatamento florestal, com sérios efeitos já visíveis<sup>433</sup> sobre o planeta, exigindo o estabelecimento de balizas firmes que assegurem a sobrevivência da humanidade.

Diante da insuficiência das políticas públicas em matéria ambiental, bem como visando ao cumprimento de políticas públicas já existentes, exsurge a necessidade de atuação efetiva do Poder Judiciário na preservação do meio ambiente, consoante será abordado a seguir.

#### **4.2 O ESTADO SOCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL**

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social. O Poder Judiciário, enquanto poder político, desempenha um papel importante na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais.

A democratização social, fruto do *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou após a derrota do nazifacismo e, posteriormente, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), deram origem às Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, num processo de redefinição das relações entre os três poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* facultou ao Poder Judiciário o acesso à administração do futuro e o constitucionalismo moderno lhe confiou a guarda da vontade geral, por intermédio dos princípios fundamentais positivados. Tais fatores acarretam um redimensionamento na clássica divisão entre os poderes, surgindo o Judiciário como uma alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e

---

<sup>433</sup> No Brasil, destaca-se atualmente a tragédia ocorrida nos Estados de Santa Catarina, o mais atingido, Rio de Janeiro e Espírito Santo, em decorrência das chuvas, com mais de 85 mil desabrigados e mais de cem mortes. *In: Desalojados pela chuva já são 85 mil em 3 Estados. Folha de São Paulo*, São Paulo, 01. dez. 2008.

adjudicação da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça<sup>434</sup>.

Em razão de um conjunto de fatores, tais como a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça e a ascensão institucional do Judiciário, verificou-se, no Brasil, uma notável judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter no Judiciário a decisão final<sup>435</sup>.

Segundo Barroso, a judicialização e o ativismo aparecem de forma marcante no cenário jurídico brasileiro dos últimos anos, porém são fenômenos distintos, embora semelhantes. Refere que a judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, permitindo que discussões de largo alcance político e moral sejam objeto de ações judiciais. Assim, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte<sup>436</sup>.

Por seu turno, o ativismo judicial<sup>437</sup> diz respeito à postura do intérprete, a um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, tratando-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando for inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso<sup>438</sup>.

---

<sup>434</sup> VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

<sup>435</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

<sup>436</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>437</sup> Segundo Barroso, “a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”. *In: BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>438</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

Barroso menciona que os riscos da judicialização e, principalmente, do ativismo, são referentes à legitimidade democrática, à politização da justiça e à ausência de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis, pois não atuam por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. Salaria que:

[...] É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas — como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental —, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular<sup>439</sup>.

Quanto aos riscos da politização da Justiça, Barroso admite que não podem ser totalmente eliminados:

[...] A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico<sup>440</sup>.

No que tange à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, impõe-se ao Judiciário a análise, de acordo com a matéria a ser julgada, acerca da possibilidade de outro Poder, órgão ou entidade possuir melhor qualificação para decidir, principalmente nas questões que envolvem

---

<sup>439</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>440</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

conhecimento específico e discricionariedade técnica, casos em que, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência quanto às valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. É evidente que no caso de vulneração de um direito fundamental ou afronta à norma constitucional, deverá o Judiciário atuar, porquanto deferência não significa abdicação de competência<sup>441</sup>.

Portanto, o Judiciário, como guardião da Constituição, deve zelar pelo seu respeito e fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes<sup>442</sup>. Barroso refere que:

[...] Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade<sup>443</sup>, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes<sup>444</sup>.

Com efeito, segundo Barroso, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um papel ativo na vida institucional brasileira e as decisões sobre algumas das grandes questões nacionais têm gerado aplauso e crítica, porém o fenômeno não é peculiaridade brasileira:

---

<sup>441</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>442</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>443</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad, Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305/308.

<sup>444</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

[...] Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. De fato, desde o final da 2ª Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da Justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular<sup>445</sup>.

Assim, resta evidenciada a fluidez da fronteira entre política e justiça na era contemporânea, pois, em virtude da judicialização da vida, algumas questões de larga repercussão política ou social vem sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, consoante Barroso. Relata que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988:

[...] Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira<sup>446</sup>.

A constitucionalização abrangente, conforme Barroso, constitui a segunda causa da judicialização, pois inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária passaram a ser tratadas pela Constituição, tendo sido uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada no Brasil com a Constituição de 1988:

---

<sup>445</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>446</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

[...] A Carta brasileira é analítica, ambiciosa[2], desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas<sup>447</sup>.

A terceira causa da judicialização, para Barroso, consiste no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, denominado de híbrido ou eclético, pois combina aspectos dos sistemas americano e europeu. Desde o início da República Brasileira, adota-se o sistema americano de controle incidental e difuso, em que qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, se considerá-la inconstitucional. Além disso, vigora o modelo europeu de controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, havendo, no Brasil, o direito de propositura amplo<sup>448</sup> (artigo 103 da CRFB/88), pois inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Segundo Barroso, “nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”<sup>449</sup>.

Portanto, a judicialização não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do STF, que se limitou a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Além disso, o Judiciário tem exibido, em determinadas situações, uma

---

<sup>447</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>448</sup> Mendes afirma que a CRFB/88 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso quando ampliou, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, possibilitando que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam julgadas pelo STF, mediante controle abstrato de normas. *In: MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 305.

<sup>449</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

postura claramente ativista, como na imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, principalmente em matéria de políticas públicas, cujo exemplo é a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. Para Barroso, o modelo tem servido de forma positiva<sup>450</sup>.

A essência de qualquer política pública, segundo Krell, consiste em distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Nos casos em que o Legislativo ou o Executivo falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, deve o Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais<sup>451</sup>.

Streck refere que a partir do redimensionamento da divisão dos poderes, o Judiciário surge como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, assumindo o acesso à Justiça um papel de fundamental importância, por meio do deslocamento da esfera de tensão, antes calcadas nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais<sup>452</sup>.

Quanto ao papel invasivo do Poder Judiciário nas instituições e na sociabilidade do mundo contemporâneo, são divergentes as avaliações quanto às repercussões desse processo sobre o tema da liberdade, as quais Vianna *et al* divide denominando de dois eixos: os procedimentalistas e os substancialistas<sup>453</sup>.

Os procedimentalistas, representados por J. Habermas e A. Garapon, entendem que a igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, com o contínuo aperfeiçoamento dos

---

<sup>450</sup> BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 22.12.2008.

<sup>451</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 101.

<sup>452</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007, p. 39/40.

<sup>453</sup> VIANNA, Luiz Werneck [*et al.*]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 23.

procedimentos democráticos, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária. A invasão da política pelo direito, mesmo em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, ao gozo passivo de direitos, à privatização da cidadania, ao paternalismo estatal (Habermas) e à clericalização da burocracia (Garapon). No outro pólo, para o eixo substancialista<sup>454</sup>, associado à Cappelletti e Dworkin, as novas relações entre política e direito, além de inevitáveis, são favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Valoriza-se o juiz como responsável por declarar como direito princípios já admitidos socialmente e como intérprete do justo na prática social<sup>455</sup>.

Em ambos os eixos, verifica-se o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito e impondo-se entre os demais poderes para um efetivo *checks and balances* e garantia da autonomia individual e cidadã<sup>456</sup>.

A corrente substancialista sustenta como atribuição do Judiciário, além de equilibrar e harmonizar os demais poderes, assumir o papel de intérprete que evidencia a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nas Constituições, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sociedade. Streck, subscrevendo em parte o modelo substancialista, refere que é inexorável que, com a positivação dos direitos fundamentais-sociais, o Poder Judiciário passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional. Aduz que é possível afirmar que o garantismo proposto por Ferrajoli se aproxima desse

---

<sup>454</sup> No eixo substancialista destacam-se, no Brasil, Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso, dentre outros.

<sup>455</sup> VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

<sup>456</sup> VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

contexto, em virtude do valor que atribui à Constituição, entendida em seu todo principiológico<sup>457</sup>.

Nessa esteira, Lopes enfatiza que o Judiciário, quando provocado adequadamente, pode tornar-se um poderoso instrumento de formação de políticas públicas e, para a compreensão destas, é indispensável compreender-se o regime das finanças públicas<sup>458</sup>.

Com efeito, a realização das políticas ambientais depende prioritariamente de recursos financeiros, tanto nas tarefas típicas do Estado (fiscalização), quanto nas tarefas realizadas em conjunto pelo Estado e sociedade (educação ambiental, informação, preservação, conservação, etc.). No caso de o Poder Público argüir que não possui recursos financeiros para desenvolver uma atividade em prol do meio ambiente ou se a proteção entendida como fundamental pela sociedade não está entre as prioridades ou, ainda, na ponderação de várias necessidades, o Estado escolheu outra destinação para os recursos, Soares afirma que a possibilidade de exigir o cumprimento de políticas ambientais sem previsão orçamentária encontra respaldo na Constituição. Assevera que é possível ordem judicial determinando a inclusão de verba no orçamento do próximo exercício financeiro e que a esfera decisória de aplicação de dotação orçamentária deve ser fiscalizada pela sociedade e controlada pelo Poder Judiciário<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007, p. 45/47.

<sup>458</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132/136.

<sup>459</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. Meio Ambiente e Orçamento Público. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 553/577.

Yoshida menciona que a judicialização das políticas públicas é uma realidade crescente, principalmente na área social, e, reversamente, a politização do Judiciário, no bom sentido<sup>460</sup>.

Barroso afirma que, em virtude da constitucionalização, do aumento da demanda por justiça e da ascensão institucional do Judiciário, verifica-se, no Brasil, uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passam a ter nos tribunais a decisão final. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são jurídicos, mas a natureza de sua função é política. Embora desempenhe um poder político, as características do Judiciário são diversas dos outros poderes, pois seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. Todavia, o poder dos juízes, como todo poder no Estado democrático, é representativo, exercido em nome do povo e com prestação de contas à sociedade<sup>461</sup>.

Feldens, ao tratar da substancialização da justiça constitucional e dos limites, menciona que compete ao juiz a análise, em última instância, da legitimidade constitucional do produto legislativo, ou seja, a conformação formal e material da lei à Constituição. O juiz não pode ser visto como um órgão cego da lei (escravo da lei), tampouco se tornou um senhor do Direito, encontrando o limite na Constituição<sup>462</sup>.

A questão da legitimidade democrática da função judicial e seus limites vem sendo objeto de discussão na doutrina brasileira, mormente em razão do controle de constitucionalidade (possibilidade de invalidação de leis e atos normativos emanados do Legislativo) e o controle de políticas públicas (exame da adequação e suficiência de determinadas ações administrativas e o

---

<sup>460</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do Judiciário. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 434.

<sup>461</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383/384.

<sup>462</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21.

suprimento de omissões). O papel do Judiciário deve resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes. Busca-se o ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário<sup>463</sup>.

Como forma de resguardar o processo democrático, segundo Häberle, a Corte Constitucional deve controlar a participação dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, considerando, nas suas decisões, os interesses daqueles que não participam do processo, principalmente nos casos relacionados com a defesa do consumidor ou do meio ambiente<sup>464</sup>.

O agravamento da crise econômica na década de 90 também obrigou a magistratura a refletir um pouco mais sobre suas funções sociais, segundo Faria. Afinal, uma Justiça incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais torna-se, na prática, conivente com sua sistemática violação. Portanto:

[...] a ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimidade do Judiciário, decorrente tanto de fatores internos, como o anacronismo de sua estrutura organizacional, quanto de fatores externos, em face da insegurança da sociedade em relação à impunidade, à discriminação e à aplicação seletiva das leis<sup>465</sup>.

Cappelletti aborda os efeitos da grande transformação da função judiciária em razão da crise dos Poderes Executivo e Legislativo e afirma a necessidade de um complexo e gigantesco “Terceiro Poder” como contrapeso aos “Poderes Políticos”. Impôs-se um novo e grande desafio aos juizes, aumentando suas funções e responsabilidades, uma vez que Poder Judiciário não pode ignorar as profundas transformações do mundo real. Um aspecto dessas novas responsabilidades é a jurisdição constitucional, mormente na forma de controle

<sup>463</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 384/391.

<sup>464</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 46.

<sup>465</sup> FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94/101.

judiciário da legitimidade constitucional das leis, pois, no estado moderno, o legislador-gigante não poderia mais, sem graves perigos, estar imune a controle. Outro aspecto dessas responsabilidades, talvez mais incisivo e anterior, foi o crescimento da justiça administrativa, ou seja, o controle judiciário da atividade do executivo e seus derivados<sup>466</sup>.

Em que pese os tribunais tenham relutado em assumir tais responsabilidades, a realidade da história moderna mostrou que estes, confrontados pelas duas formas de gigantismo estatal – legislativo e administrativo –, não podem deixar de escolher uma das alternativas, segundo Cappelletti: a) permanecer fiéis à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional, tipicamente do século XIX; ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se o “terceiro gigante”, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador<sup>467</sup>.

Mais cedo ou mais tarde, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, contribuindo para fornecer concreto conteúdo às finalidades e princípios constitucionais, bem como controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social<sup>468</sup>.

Cappelletti ressalta o manifesto “caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais”. Toda interpretação é criativa, sendo inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Refere que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo é o espaço aberto à

---

<sup>466</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 43/46.

<sup>467</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 46/47.

<sup>468</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 42.

discricionariedade nas decisões judiciais, sendo essa a causa de acentuação, nos últimos tempos, do ativismo, do dinamismo e da criatividade dos juízes<sup>469</sup>.

Faria relata que os segmentos mais jovens da magistratura, situados na primeira instância dos tribunais, estão provocando algumas mudanças no funcionamento da Justiça: a) conscientes de que em toda interpretação há algum grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, alguns magistrados convenceram-se de que dispõem atualmente de um poder normativo superior ao do passado, em virtude das “zonas cinzentas” representadas pelas antinomias, lacunas e cadeias normativas de um ordenamento jurídico composto por conceitos polissêmicos e normas que, em cruzamento, adquirem significados inéditos; b) o enfoque processualístico tradicional vem sendo mesclado por abordagens fundadas em critérios de racionalidade material, na busca da justiça e da equidade; c) a abstração normativa, valorizada pelos métodos exegéticos até o final da década de 80, passa a dar lugar à tópica e à teoria da argumentação, como estratégias de superação do dedutivismo lógico-formal; à teoria da concreção, como critério de decidibilidade; à hermenêutica crítica, que não concentra sua atenção nas respostas, mas sim nas indagações que deram origem aos conflitos<sup>470</sup>; d) o formalismo tem sido temperado por atitudes pragmáticas, que permitem decidir acerca de direitos humanos e sociais garantidos na Constituição, mas não regulamentados; e) a interpretação técnica substituída pela interpretação emancipada, a partir de um processo comunicativo espontâneo, fluído entre as partes e os operadores do direito; f) o contraditório, antes bilateral, vem sendo

---

<sup>469</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 42.

<sup>470</sup> Considerando os limites da abordagem desse trabalho, abstém-se de tratar dos novos paradigmas da hermenêutica, bem como das teorias da argumentação jurídica, porém recomenda-se o estudo aprofundado do tema, em virtude da relevância. Sugerem-se as obras: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006; CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Org.). **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Além disso, há vários artigos sobre o assunto, dentre eles destaca-se: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos*. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 227/250.

mais difuso, não só no processo judicial, mas no próprio conflito substantivo; g) o processo visto como uma reivindicação ou reclamação sobre ações e omissões políticas do Executivo; h) os juízes, ao invés de apenas dizer o direito aplicável ao caso, passam a estimular o encontro de soluções viáveis e factíveis; i) os juízes agem prospectivamente, participando da concretização de suas decisões; j) enfatizam resultados negociados, mediante conciliação, substituindo a obediência à norma por soluções inovadoras, fundadas no equilíbrio, na ponderação e na equidade, fazendo das atividades judiciais uma espécie de “jogo jurídico de solidariedades”<sup>471</sup>.

Se toda a corporação judicial não renovar sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão liberal-clássica, alerta Faria, corre o risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva, que não confia no Judiciário e procura resolver seus conflitos por vias extrajudiciais. Portanto, se não despertar para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a tratar de conflitos grupais, comunitários e classistas, passará a ser uma instituição irrelevante ou até descartável pela sociedade<sup>472</sup>.

Nesse sentido, devem os magistrados atuar como agentes de mudanças sociais, na qualidade de co-responsáveis pela atividade providencial do Estado, impondo-se ao Poder Judiciário o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas. Quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso revela-se o controle judicial, como ocorre nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais, dentre eles o direito ao meio ambiente<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102/104.

<sup>472</sup> FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111/112.

<sup>473</sup> MORAES, Guilherme Peña. Controle judicial das omissões da Administração Pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332/333.

Assim, deve o Judiciário contribuir para a consolidação de uma cultura de direitos humanos e, principalmente, para uma cultura de preservação do meio ambiente, visando à proteção dos direitos fundamentais e dos interesses públicos. Nesse ponto, Sarmento refere a possibilidade de convergência entre interesses públicos e direitos fundamentais, pois a garantia destes últimos, na maior parte dos casos, favorece o bem-estar geral, ou seja, a coletividade beneficia-se com a efetiva proteção dos interesses de seus membros<sup>474</sup>.

Zagrebelsky refere que, na atualidade, já não é válida como anteriormente a distinção entre a posição dos particulares e a da Administração frente à lei, sendo problemático propor a dupla regra que constituía o princípio da legalidade: liberdade do particular e poder limitado do Estado, em linha de princípio. Essa regra já está corrompida em ambas as direções, em relação aos particulares e à Administração<sup>475</sup>.

Conforme Zagrebelsky, é próprio da administração, e não da lei, individualizar a área sobre a qual deve produzir seus efeitos no momento em que se aplica, compreendendo também à Administração estabelecer a linha de separação entre a sua autoridade e a liberdade dos sujeitos. Isso ocorre, principalmente, nos casos em que se conferem às administrações as funções de planificação (metade do caminho entre a ação e a regulação)<sup>476</sup>.

Por outro lado, modificou-se também a posição dos particulares frente à lei em numerosos setores do direito, que já não se inspiram na premissa liberal da autonomia como regra e do limite legislativo como exceção. Zagrebelsky enfatiza que não se trata somente da hipótese em que a lei intervenha para conduzir a liberdade individual a fins coletivos (como no caso da propriedade e da iniciativa econômica), autorizando a Administração a impor

---

<sup>474</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. v. I, t. II. Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado, 2006, p. 50/52.

<sup>475</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid/ES: Trotta, 2003, p. 34.

<sup>476</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid/ES: Trotta, 2003, p. 35.

medidas conformadoras da autonomia privada. Além disso, em determinados setores, particularmente relevantes pela conotação social do Estado contemporâneo, nega-se o princípio da liberdade geral salvo disposição legislativa em contrário. É o caso das atividades relacionadas com a utilização de bens escassos de interesse coletivo e, por isso, particularmente preciosos (o solo, os bens ambientais em geral). A tendência é de considerá-las proibidas em geral, salvo autorização quando forem compatíveis com o interesse público, cuja situação será valorada pela Administração no caso concreto e mediante pagamento pelo particular de valores pecuniários equivalentes à incidência sobre a coletividade da utilização privada do bem<sup>477</sup>.

Assim, incumbe ao Poder Judiciário a apreciação de excessos cometidos pela Administração por ocasião da autorização de utilização do bem no caso concreto, tais como as licenças ambientais concedidas em prejuízo evidente do meio ambiente, em favor dos particulares e em detrimento de toda a coletividade e da previsão constitucional de proteção do meio ambiente.

Da mesma forma, no caso de omissões administrativas, o controle judicial deve ser ainda mais contundente.

Ainda acerca da convergência entre interesses públicos e direitos fundamentais, especificamente no que tange à proteção do meio ambiente, Sarmento leciona que:

[...] com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), esta convergência se acentua, pois nestes casos o interesse da coletividade já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos<sup>478</sup>.

Portanto, incumbe ao Judiciário o controle judicial das políticas públicas ambientais conciliando os interesses públicos e privados com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

---

<sup>477</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid/ES: Trotta, 2003, p. 35/36.

<sup>478</sup> <sup>478</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. v. I, t. II. Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado, 2006, p. 52.

Afinal, como enfatiza Enterría, a possibilidade de controle judicial está sempre aberta, a fim de verificar se a apreciação administrativa pode ou não manter-se, exercendo-se um controle dos limites ou dos excessos da Administração<sup>479</sup>.

Ademais, como ensina Hesse, em que pese a Constituição não possa, por si só, realizar nada, pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se essas tarefas forem realizadas e se estiver presente, na consciência geral e, especialmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não somente a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição<sup>480</sup>.

Desta forma, tendo a interpretação significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição e estando submetida ao princípio da ótima concretização da norma, segundo Hesse<sup>481</sup>, impõe-se a interpretação, em todos os casos, em favor dos direitos fundamentais garantidos na CRFB/88, inclusive da proteção do meio ambiente.

Barroso enfatiza a necessidade de adoção de uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo, sendo indispensável a transposição da fronteira da reflexão filosófica para ingressar na prática jurisprudencial, produzindo efeitos positivos sobre a realidade<sup>482</sup>. Aduz que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário

<sup>479</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5. ed. Espanha: Thompson Civitas, Aranzadi, 2005, p. 150.

<sup>480</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

<sup>481</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

<sup>482</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 376.

difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética<sup>483</sup>.

Sarlet enfatiza a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado. Menciona que, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito, a função dos direitos fundamentais não está limitada à condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”<sup>484</sup>.

Como desdobramento de uma força jurídico-objetiva autônoma dos direitos fundamentais, na esteira da doutrina alemã, opera-se a eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais e, por evidente, do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, os quais, na condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação da Constituição (interpretação conforme os direitos fundamentais)<sup>485</sup>.

A técnica da interpretação conforme não exclui outras manifestações da eficácia irradiante, reclamando uma verdadeira filtragem constitucional, que encontra expressão na permanente necessidade de uma

---

<sup>483</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336.

<sup>484</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 142/143.

<sup>485</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 144/145.

interpretação<sup>486</sup> prospectiva<sup>487</sup> e emancipatória da ordem jurídica à luz da Constituição<sup>488</sup>.

Sarlet ressalta que, associado a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, verifica-se o fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito, com todas as seqüelas, a começar pela superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado<sup>489</sup> e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico. Além disso, exsurge a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>490</sup>.

Nesse ponto, calha mencionar que o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado na Carta Fundamental e constitui premissa do Estado Democrático de Direito. Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado, verifica-se a necessidade de preservar e tornar eficazes os direitos fundamentais, sob pena de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil como fundamento da República brasileira, bem como no artigo 5º constituindo direito fundamental.

---

<sup>486</sup> Barroso menciona a interpretação constitucional evolutiva como processo informal de reforma do texto da Constituição, consistindo na “atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes”. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137. Nessa esteira, Reale leciona que “as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”. *In*: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 597.

<sup>487</sup> Miranda afirma que todas as normas constitucionais devem ser consideradas como norma da Constituição atual (conquanto com caráter prospectivo), e não como normas de uma Constituição futura, cuja execução não vincule os órgãos de poder e o legislador ordinário. *In*: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 453.

<sup>488</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 144/145.

<sup>489</sup> Para um estudo aprofundado do referente “A idéia do público e do privado” e entendimento da superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado, consultar: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 31/88.

<sup>490</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: **Revista da AJURIS**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 145.

Assim, o Estado possui o dever de assegurar a todos, sem distinção de raça, cor ou credo, uma vida digna, cabendo-lhe editar as leis, promover políticas públicas de inclusão social e campanhas de conscientização sobre a importância do respeito a esse princípio. Nessa esteira há várias leis e projetos de lei que buscam diminuir várias desigualdades, como a penalização de práticas discriminatórias.

Além disso, não se pode olvidar o princípio da segurança jurídica, impedindo que seja aviltada a dignidade da pessoa humana em razão da instabilidade jurídica. Nesse ponto, Sarlet relata que:

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas<sup>491</sup>.

Os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados constituem concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que se refere ao conteúdo da dignidade, vinculam diretamente Estado e particulares<sup>492</sup>.

Acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana, colaciona-se o conceito de Sarlet:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável

---

<sup>491</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85/135.

<sup>492</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 150.

nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>493</sup>.

Nesse diapasão, salienta Sarlet que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir relevância autônoma quando não se tratar de vinculação expressamente prevista na Constituição. Acrescenta que existe um dever geral de respeito pelo Estado e pelos particulares<sup>494</sup>.

Nessa esteira, Sarmento apregoa que tal princípio representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impondo a adoção da tese da eficácia direta. Salienta que, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, incidem em todas as esferas da vida humana, havendo sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas<sup>495</sup>.

Ademais, a proteção da dignidade da pessoa humana projeta-se para o campo jurídico político de realização, assumindo o seu papel de política *lato sensu* numa proposta de justiça na defesa do homem. Neste caso, faz a conexão entre a dignidade do homem e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, a proteção da dignidade pode ser utilizada como critério de legitimação do controle judicial das políticas públicas ambientais.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana é a rocha sobre a qual deve ser edificado todo o ordenamento jurídico. Trata-se de garantia constitucional, constituindo direito de todos a melhora contínua da qualidade de vida, inclusive com higidez ambiental. Todavia, no atual contexto social, verifica-

---

<sup>493</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

<sup>494</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 110/118.

<sup>495</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 288/289.

se que ainda são desrespeitados diversos direitos fundamentais, em clara afronta a esse princípio.

Para tanto, impõe-se a conscientização das pessoas para que seus direitos sejam efetivamente garantidos, preservando-se os valores constitucionais da dignidade humana e da solidariedade, em prol do meio ambiente, o que se faz por meio da educação e do acesso à Justiça garantido constitucionalmente.

Além disso, impõe-se a intervenção ativa do Estado na defesa do meio ambiente. Bobbio afirma que a proteção dos direitos sociais requer uma intervenção ativa do Estado, diversamente da proteção dos direitos de liberdade, produzindo a organização de serviços públicos de onde nasceu o Estado social, referindo que:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder – os direitos sociais exigem, para a sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado<sup>496</sup>.

Velloso, sustentando a atuação política, afirma que o Judiciário do século XXI “irá influir nos diversos segmentos da sociedade e nos negócios políticos”, devendo ser um “árbitro da política, assim cada vez mais poder político”<sup>497</sup>.

Dallari relata que:

[...] a consagração do Judiciário como verdadeiro Poder, capaz de interferir eficientemente na vida política do estado, tornou-se definitiva com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803. Nessa oportunidade, um voto magistral do então presidente da Corte, John Marshall, afirmou a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre atos do executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas constitucionais, podendo até declarar nulos os atos dos demais Poderes julgados inconstitucionais. Essa doutrina deu

---

<sup>496</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86-87.

<sup>497</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, p. 34-35, 2000.

fundamento a uma ampla atuação política de todos os juízes e teve, desde então, enorme influência na vida dos Estados Unidos<sup>498</sup>.

Tocqueville já havia abordado a questão da importância do Poder Judiciário e sua ação sobre a sociedade política em sua obra clássica “A democracia na América”, referindo que:

O mais difícil para um estrangeiro compreender nos Estados Unidos é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas<sup>499</sup>.

Neste ponto, Ferrajoli enfatiza que a jurisdição também se apresenta como um limite à democracia política, esta entendida, pelo modelo jacobino, no sentido de onipotência da maioria<sup>500</sup>, dos poderes políticos representativos. O controle judicial exerce um limite de cunho jurídico-legal-constitucional e não democrático<sup>501</sup>.

A democracia não consiste, portanto, somente na dimensão política que lhe confere a forma representativa e majoritária da produção legislativa, mas também na dimensão substancial imposta pelos princípios constitucionais que vinculam o conteúdo das leis e condicionam sua validade substancial à garantia dos direitos fundamentais de todos.

---

<sup>498</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

<sup>499</sup> TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. v. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 111.

<sup>500</sup> Recomenda-se o aprofundamento do estudo acerca do que Tocqueville chama de tirania das maiorias, na obra: TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. v. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, bem como do seguinte artigo: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A tirania das maiorias: Alexis de Tocqueville. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis/SC: Conceito Editorial, 2008, p. 127/142.

<sup>501</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, 2005, p. 92/95. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

Os juízes, nesse cenário, têm a responsabilidade de interpretar as normas jurídicas com fundamento nas normas constitucionais e com respeito aos direitos fundamentais estabelecidos, para extrair delas a máxima efetividade e assim contribuir para a construção de um Estado comprometido com uma pauta axiológica voltada à proteção do meio ambiente.

Ademais, como enfatiza Regla, um bom juiz não é simplesmente alguém que conhece as leis e as utiliza para resolver os casos e a concepção do Direito como prática, e não somente como regras e procedimentos, reclama o desenvolvimento de uma cultura das virtudes profissionais dos juristas<sup>502</sup>.

No Estado de direito, a atividade jurisdicional é cognitiva, além de prática e prescritiva. A motivação é de cunho cognitivo. As sentenças necessitam de motivação fundamentada sobre o conhecimento dos fatos e reconhecimento do direito, onde o “verdadeiro” depende tanto da validade (legitimação jurídica formal) como de justiça (legitimação política ou substancial). A natureza cognitiva da jurisdição lhe dá a configuração de “aplicação” ou “afirmação” da lei<sup>503</sup>.

Ferrajoli fala do juiz como um “contrapoder”, pois encarregado do controle de legalidade sobre atos inválidos e sobre atos ilícitos e, também, sobre os danos aos direitos dos cidadãos, seja por quem tiverem sido provocados. Deve ser independente tanto de poderes externos como de poderes internos, pela ordem judicial<sup>504</sup>.

---

<sup>502</sup> REGLA, Josep Aguiló. Del “imperio de la ley” al “Estado Constitucional”. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

<sup>503</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: UNAM, 2005, p. 97/98. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

<sup>504</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: UNAM, 2005, p. 100. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

Assim, o garantismo configura a resposta estratégica à crise da justiça e da política. Ferrajoli faz distinção entre jurisdição e administração, definindo a primeira como sendo a aplicação da lei, atividade vinculada ao cumprimento de obrigações legais, e a segunda, como o respeito à lei, atividade discricionária na observação dos limites e proibições impostas pela própria lei. Ressalta o caráter cognitivo da jurisdição e decisivo da administração<sup>505</sup>.

O papel da jurisdição, na proposta garantista, atua como um limite à democracia política, sendo um limite de cunho legal e caráter democrático. O juiz, nesse contexto, também assume um novo papel. Suas decisões devem ser fundamentadas não apenas na lei por ser lei, mas no “verdadeiro”, que depende tanto da legitimação jurídica formal (validade) quanto da política ou substancial (justiça). O juiz necessita de independência, pois o controle sobre as ilegalidades não pode estar sujeito a qualquer relação de dependência<sup>506</sup>. Isso não significa que, em virtude da independência, haja imunidade do juiz, devendo existir equilíbrio entre a independência, externa e interna, e o dever democrático de prestação de contas, conforme lembra Cappelletti, ressaltando tanto quanto possível participativo e, nesse sentido, democrático, da função jurisdicional<sup>507</sup>.

Lopes Júnior também destaca a importância do papel do juiz no garantismo:

No garantismo, o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos

---

<sup>505</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: UNAM, 2005, p. 101. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

<sup>506</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: UNAM, 2005, p. 101/103. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

<sup>507</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 33/34.

fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria<sup>508</sup>.

Ainda acerca do papel atribuído ao juiz na aplicação do direito efetivo, Perelman enfatiza que:

[...] o crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo, cada vez mais, como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica<sup>509</sup>.

Portanto, ainda que sob o enfoque do Estado se verifique um descompasso, verdadeiro distanciamento do texto normativo em relação à realidade social, do ponto de vista da jurisdição ocorre também uma modificação: dela se exige mais, uma vez que no modelo constitucional garantista a validade da norma não se restringe ao seu aspecto formal, mas também à coerência, os aspectos substanciais necessários para que uma norma seja existente, válida. Para Ferrajoli, esse duplo aspecto a ser considerado é que traz a garantia dos direitos fundamentais proclamados pelos Estados<sup>510</sup>.

Por seu turno, Velloso enfatiza o poder político do Judiciário:

A associação da jurisdição constitucional com o controle judicial dos atos da administração pública, sob o ponto de vista da legalidade e da constitucionalidade, reforça o conceito de poder político do Judiciário. No Brasil, o Judiciário exerce, com amplitude, a jurisdição constitucional, nos seus dois campos: o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade<sup>511</sup>.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário tende a ser ampliado, tornando-se o juiz partícipe da atividade política. Nesse

<sup>508</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamento da Existência do Processo Penal: Instrumentalidade Constitucional. In: **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 12.

<sup>509</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 392.

<sup>510</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. México: UNAM, 2005, p. 103. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

<sup>511</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, p. 27, 2000.

sentido, há posições doutrinárias que inovam no tema do controle da administração pública pelo Poder Judiciário, como a de Eduardo Garcia de Enterría, na Espanha, de Afonso Queiroz, em Portugal, de Guido Falzone, na Itália, de Augustin Gordillo, na Argentina, de Sérgio Ferraz e de Celso Antônio Bandeira de Mello, no Brasil, conforme destaca Velloso<sup>512</sup>.

Acerca da juridicalização das políticas públicas, Lugon ressalta que:

Há que se exigir dos agentes políticos uma conduta positiva, uma postura que signifique contribuição efetiva para melhorar a sociedade. O eterno medo dos conservadores repudia um *ativismo judicial*, como se fosse possível abstrair completamente o jurídico do político. Não se deseja, obviamente, uma valorização exacerbada da ideologia, que leve o juiz a improvisar argumentos para uma solução adrede prevista, ao sabor daquilo que pretenda ele socialmente desejável. O que se tem, hoje, é uma dose ponderada de juridicização do político, decorrente da certeza de que não se alcança o justo sem o exercício pelo juiz de um papel de igualizador dentro de um quadro perverso de desnível social<sup>513</sup>.

Segundo Bobbio, a democracia é, predominantemente, um conjunto de regras de procedimento e, para manter os cidadãos ativos, são necessários os seguintes ideais: ideal da tolerância, ideal da não-violência, ideal da renovação gradual da sociedade (debate de idéias, mudança de mentalidade e modo de viver) e ideal da irmandade (fraternidade)<sup>514</sup>.

Com efeito, verifica-se a renovação gradual da sociedade no sentido do debate de idéias e mudança de mentalidade em prol do meio ambiente ocorrida nas últimas décadas.

Constatada no início do século passado a degradação ambiental, principalmente pelo consumo desenfreado e predatório dos recursos naturais, Mirra relata que se tornou imperativa a adoção de medidas de ordem política e a criação de instrumentos legais. A resposta legislativa ocorreu de forma

<sup>512</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, p. 31, 2000.

<sup>513</sup> LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. In: SCHÄFER, Jairo. **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 323.

<sup>514</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 51/52.

progressiva, originando normas inicialmente destinadas à proteção de elementos isolados da natureza, como o Código Florestal (Lei nº 4.771/65), a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67), o Código de Águas (Decreto Federal nº 24.643/34) e o Código de Pesca (Decreto-lei nº 221/67). Em uma visão mais ampla e moderna, foram editadas as legislações de controle e combate à poluição da água, do ar e do solo (Decreto Federal nº 50.877/61, Lei nº 5.357/67 e Lei nº 6.803/80) e as relativas a parques e a áreas naturais protegidas (Lei nº 4.771/65, Decreto Federal nº 84.017/79, Lei nº 6.902/81 e atualmente Lei nº 9.985/00), mais preocupadas com a preservação de ecossistemas. No último estágio dessa evolução, vieram os diplomas preocupados com o meio ambiente globalmente considerado, não somente como mero agrupamento de elementos da natureza, mas como conjunto de relações, interações e interdependências que se estabelecem entre todos os seres vivos – incluindo o homem – e entre eles e o meio físico em que vivem, abrangente, também, dos bens e valores culturais (Lei nº 6.938/81 e Constituição Federal de 1988 (arts. 216 e 225), conforme lembra Mirra<sup>515</sup>.

Entretanto, não bastando a proteção legislativa do meio ambiente, era necessária a criação de instrumentos processuais adequados para a sua tutela, tendo sido editada a Lei nº 7.347/85, que criou a ação civil pública, para tornar efetivo esse direito de titularidade coletiva, pois o sistema processual tradicional era insuficiente para a tutela de direitos coletivos e difusos, tais como a proteção do meio ambiente.

Todavia, a edição de normas e instrumentos protetivos do ambiente não é suficiente para a efetividade da proteção garantida constitucionalmente. Ademais, a CRFB/88 atribuiu ao Estado o dever de estabelecer políticas públicas em defesa do meio ambiente, o qual, muitas vezes, tem se omitido na criação ou execução dessas políticas públicas. Assim, incumbe ao Judiciário o dever de atuar de forma positiva, a fim de assegurar a garantia constitucional de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

---

<sup>515</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 123.

### 4.3 CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

No Estado Democrático de Direito, conforme enfatiza Streck, há - ou deveria haver - um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. No Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo, enquanto no Estado Social a primazia é do Executivo, por intermédio de políticas públicas e intervenção do Estado na economia. Por fim, no Estado Democrático de Direito, o foco está direcionado para o Judiciário. As inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a ser supridas pelo Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos dispostos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Todavia, há necessidade de controle das decisões judiciais, pois não pode haver uma “república de juízes”, sob pena de comprometer a democracia<sup>516</sup>.

Considerando que a Constituição optou por um Estado intervencionista, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, o Poder Executivo e o Legislativo deveriam cumprir tais exigências, porém não é o que se verifica, na medida em que tais objetivos fundamentais não estão sendo implementados. Diante da falta de políticas públicas que atendam a tais objetivos, “surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados<sup>517</sup>”.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais. Além disso, por meio da principiologia constitucional (explícita ou implícita) é possível combater

---

<sup>516</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007, p. 54/55.

<sup>517</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

alterações feitas por maiorias políticas eventuais que retiram ou tentam retirar conquistas da sociedade<sup>518</sup>.

A Constituição de 1988 indica, no artigo 225, §1º, um rol de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, em prol do meio ambiente, ao estabelecer de forma detalhada os principais instrumentos a serem utilizados.

A possibilidade de controle do Poder Judiciário na execução e avaliação das políticas públicas decorre do texto constitucional, que prevê o meio ambiente equilibrado como direito fundamental. Ademais, a Constituição conferiu densidade normativa suficiente para a concretização efetiva da tutela do meio ambiente independentemente da necessidade de normas legislativas supervenientes.

As tarefas atribuídas ao Estado pela Constituição, há vinte anos, ainda não foram atendidas minimamente, sendo inúmeras as omissões do Estado em diversas políticas públicas que deveriam ser implementadas para a garantia da qualidade do meio ambiente. Destacam-se a falta de saneamento básico, educação ambiental, estrutura para órgãos de fiscalização e licenciamento, dentre outras carências. Isso contribui para a crise ecológica generalizada e exige uma intervenção mais ativa e eficaz por parte do Poder Judiciário.

Todavia, considerando a amplitude dos deveres ecológicos previstos na Constituição, os quais devem ser cumpridos juntamente com enorme quantidade de outras prestações sociais, não é viável, em virtude de limitações fáticas e econômicas, impor ao Estado a execução ideal e simultânea de todas essas políticas públicas: saneamento básico, educação ambiental, criação e gestão de áreas protegidas, implementação dos tratados internacionais, exercício efetivo do poder de polícia ambiental, dentre outras.

Por isso, no controle jurisdicional das políticas ambientais, apresenta-se como fundamental uma visão holística e sistemática da ordem

---

<sup>518</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

jurídica e do contexto fático da demanda, para que sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto, no intuito de fazer a melhor escolha/opção possível para a sociedade.

Outro obstáculo imposto à eficácia dos direitos fundamentais e ao controle jurisdicional é a reserva do possível, na medida em que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo e a restrição dos recursos poderia constituir, segundo alguns, um limite fático à efetivação desses direitos<sup>519</sup>.

Canotilho, ao abordar os argumentos utilizados para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica, menciona, em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais, referindo que:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos, sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social<sup>520</sup>.

Os direitos fundamentais sociais são caracterizados pela relevância econômica, diversamente dos direitos de defesa, em que há neutralidade econômico-financeira quando se cuida da possibilidade de implementação jurisdicional. Em relação aos direitos sociais a prestações, o custo assume importância no âmbito de sua eficácia e efetivação. Diretamente vinculada à característica da relevância econômica encontra-se a problemática da efetiva disponibilidade do objeto, que abrange a disponibilidade efetiva dos recursos e a possibilidade jurídica de disposição do Estado. Em virtude disso, passou-se a colocar os direitos fundamentais sociais sob uma “reserva do

---

<sup>519</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27/29.

<sup>520</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 481.

possível”, que, em sentido amplo, abrange a possibilidade e o poder de disposição do destinatário da norma<sup>521</sup>.

Nesse ponto, Sarlet menciona a decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, no sentido de que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável<sup>522</sup>.

Ainda, reconhecendo as limitações impostas pelo postulado da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais a prestações, Sarlet refere que há que se questionar até que ponto podem efetivamente impedir a plena eficácia e a realização desses direitos<sup>523</sup>.

Por outro lado, apesar de a reserva do possível constituir uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, também poderá atuar, em certos casos, como garantia destes direitos, como nas hipóteses de conflitos, quando se invoca a indisponibilidade de recursos para salvaguarda do núcleo essencial de outro direito, desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial<sup>524</sup>.

Por seu turno, Lugon adverte que a exigência de razoabilidade não pode ser entendida no sentido de que a concretização dos

---

<sup>521</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 304/318.

<sup>522</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 306.

<sup>523</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 308.

<sup>524</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

direitos fundamentais prestacionais depende da existência de verbas orçamentárias específicas<sup>525</sup>.

Em que pese a existência de limitações fáticas e econômicas, tais limitações não podem ser apresentadas como justificativa geral para eximir o Estado da implementação das políticas públicas ambientais necessárias para a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado, conforme preconizado pela Constituição.

Com efeito, constitui obrigação dos órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível, a qual não pode ser utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais<sup>526</sup>.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 45, que, embora não esteja incluída ordinariamente no âmbito de suas funções a atribuição de formular e implementar políticas públicas, tal incumbência poderá ser atribuída ao Judiciário quando a atuação ou omissão dos órgãos estatais competentes comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos. Reconheceu que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além da característica da gradualidade do processo de concretização, depende das possibilidades orçamentárias, porém não é lícito ao Poder Público criar obstáculo que revele o propósito de frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Advertiu que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando essa conduta puder resultar na nulificação

---

<sup>525</sup> LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. *In*: SCHÄFER, Jairo. **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 337.

<sup>526</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

ou aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>527</sup>.

Ainda nesta decisão, foi referido que, não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas daqueles que receberam investidura em mandato eletivo, por delegação popular, não se revela absoluta a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. Assim, se a atuação do Legislativo e do Executivo comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à sobrevivência do indivíduo, estará justificada, até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário<sup>528</sup>.

Nessa esteira, sustentando a possibilidade de intervenção do Judiciário, leciona Krell:

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação”. [...] Em princípio o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-los em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. [...] Em geral está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais<sup>529</sup>.

A legitimidade da sindicabilidade dos atos e das omissões do Estado exige a compreensão e justificação adequada da norma fundamental

<sup>527</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20.12.2008.

<sup>528</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20.12.2008.

<sup>529</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22/23.

no caso concreto, de acordo com o contexto fático da demanda, da realidade atualizada dos programas estatais e do grau de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública objeto de ação judicial.

Com efeito, a motivação das decisões judiciais é corolário do Estado de direito, assumindo importância maior nas ponderações de interesses, pois fornecem transparência e permitem o controle das decisões judiciais, desde que tais motivações revelem, com fidelidade, as razões determinantes da decisão<sup>530</sup>.

Assim, é necessário que sejam analisados de forma criteriosa os dados do caso concreto para a fundamentação das decisões que determinam a implementação de direitos fundamentais prestacionais. Com efeito, a intervenção jurisdicional na condução política das ações estatais em benefício do meio ambiente apenas estarão legitimadas quando bem fundamentadas nos detalhes do caso concreto, sendo insuficiente o esforço retórico no plano normativo abstrato.

Sarmiento enfatiza que é necessário agir com prudência na ponderação de interesses:

A discricionariedade judicial, pressuposta no método de ponderação, convola-se em pura arbitrariedade quando o julgador, sob o pretexto de ponderar, aniquila direitos e interesses que a sua ideologia pessoal não favoreça. Afinal, é preciso não esquecer que, no vernáculo, ponderação é sinônimo de prudência e de bom senso. Entre a anarquia da criatividade judicial sem limites e o imobilismo monolítico do formalismo jurídico, a virtude, como sói acontecer, está no meio<sup>531</sup>.

Acerca do controle da administração, Canotilho refere que:

Através de *standarts* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a

---

<sup>530</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: 2000, p. 197/198.

<sup>531</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: 2000, p. 203.

administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão<sup>532</sup>.

Desta forma, impõe-se o controle pelo Judiciário dos atos administrativos e legislativos que materializam políticas públicas, em matéria ambiental, mediante ponderação, devidamente fundamentada em critérios específicos, utilizando-se o princípio da proporcionalidade e suas máximas como parâmetro, bem como outros princípios, cotejando com outros direitos fundamentais igualmente garantidos, sem incorrer em arbitrariedades judiciais.

No que tange aos direitos fundamentais liberais, sociais e ecológicos integrantes do mínimo existencial, o óbice da reserva do possível não pode ser apresentado como justificativa para que o Estado se abstenha de garantir o patamar existencial mínimo, que constitui núcleo irredutível da dignidade humana<sup>533</sup>.

Portanto, no âmbito do mínimo existencial ecológico, a previsão orçamentária não pode servir de barreira para impedir prestações ou medidas de defesa, de natureza ambiental, quando incluídas no conteúdo da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico, possibilitando a sua justiciabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário<sup>534</sup>.

Com efeito, cabe aos juízes um papel de máxima relevância na preservação do meio ambiente. Conferir especial atenção aos fatos que envolvam matéria de Direito Ambiental, voltando-se para o desenvolvimento sustentável, constitui uma ação não apenas legal, como ética e de lealdade com as futuras gerações, o que beneficiará, além dos filhos, a própria geração quando atingir mais idade (equidade intergeracional).

---

<sup>532</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003, p. 268.

<sup>533</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 285.

<sup>534</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 285.

Assim, é necessário interrogar-se acerca da durabilidade da herança transmitida às gerações futuras, ou seja, uma herança sem testamento, nas palavras de Ost, para designar todo o tempo e a responsabilidade, ressaltando a importância da prevenção na sociedade de risco<sup>535</sup>.

Impõe-se a atuação dos juizes como agentes de um dinâmico Direito Ambiental da Sustentabilidade, apto a garantir, para as atuais e futuras gerações, a integridade do patrimônio ambiental, contribuindo para a implementação efetiva de uma sociedade justa, solidária e ambientalmente sustentável.

A importância do Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado e comprometido com uma governança ambiental, revela-se por intermédio de decisões responsáveis, conciliando o desenvolvimento com a manutenção do equilíbrio ecológico, em respeito à Constituição.

Em suma, o Poder Judiciário deve estar capacitado para enfrentar os grandes desafios ambientais do século XXI. Precisa atuar ativamente na proteção ambiental quando for acionado, não somente por intermédio de ações civis públicas, mas em qualquer tipo de ação, criando oportunidades de decisões favoráveis ao meio ambiente, inclusive nos casos em que o Legislativo ou o Executivo outorgarem proteção deficiente aos bens ambientais, realizando um efetivo controle jurisdicional de políticas públicas.

---

<sup>535</sup> OST, François. **O tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 344 e 435.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel do Estado na tutela jurídica do meio ambiente foi incrementado nos últimos anos também em função da crise ecológica que assola o planeta. O surgimento da sociedade de risco, na modernidade, decorre das ameaças e destruições causadas pela sociedade industrial.

Tendo em vista a conscientização da sociedade da necessidade de proteção ambiental, principalmente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972 (Estocolmo), operou-se a constitucionalização do Meio Ambiente em um número expressivo de países, visando a estabelecer limites ao crescimento.

Posteriormente, na Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92, Rio de Janeiro), além do enfoque demográfico, foram incluídos o desenvolvimento e a pobreza e adotado, como meta, o desenvolvimento sustentável, estabelecendo que a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento.

Além disso, emerge a solidariedade como princípio inspirador das relações entre os povos, a qual deverá ser transformada em princípio jurídico formalizado, e não apenas princípio ético. O próximo passo está na governabilidade ambiental, a fim de que as decisões ambientais importantes sejam atribuídas a entes supra-estatais.

Efetivamente, impõe-se a mudança das relações com a natureza, a alteração de vínculo, bem como maior colaboração entre os povos, culturas e religiões, a fim de estabelecer uma revolução global, inclusive uma ética universal, em busca de uma utopia de cooperação global em prol do meio ambiente.

O grande desafio do século reside na criação de comunidades sustentáveis, que internalizem condições ecológicas de produção e assegurem o meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras

gerações.

Trata-se de uma mudança de paradigmas no âmbito social, buscando uma visão ecológica ou protetiva do meio ambiente como um todo, uma visão globalizada e integrada, compatibilizando com o desenvolvimento econômico, como forma de enfrentar a crise e construir um Estado Ambiental ou Ecológico.

O Estado Constitucional Ecológico, segundo Canotilho, significa Estado de direito democrático, social e regido por princípios ecológicos, que contempla a participação popular nas decisões que envolvem matéria ambiental e pressupõe uma concepção integrada do meio ambiente.

O artigo 225 da CRFB/88 exige a atuação positiva do Estado, como sujeito controlador da degradação, atribuindo deveres de proteção ao Poder Público, em que pese não se olvide que este também pode ser sujeito degradador, ensejando a devida responsabilização.

Ademais, a tarefa de proteção do meio ambiente foi atribuída pelo artigo 23 da CRFB/88, de forma compartilhada, à União, aos Estados e aos Municípios, revelando a opção clara do Constituinte pela institucionalização do Estado Ecológico e refletindo a conscientização da sociedade da crise ambiental.

Além disso, verifica-se a necessidade de mudança dos valores, fundada na estética das relações humanas, propondo-se uma ética para a convivência humana, calcada na alteridade, no respeito e na solidariedade, consagrando-se uma ética ambiental.

Outrossim, a CRFB/88 erigiu à condição de direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, mas também estabeleceu deveres de proteção ao Estado e à Sociedade.

A dimensão subjetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado gera direitos subjetivos para os titulares, exigíveis mediante acesso ao Judiciário, enquanto a dimensão objetiva implica na eficácia irradiante

dos direitos fundamentais, dentre eles o meio ambiente protegido, a todas as relações trabalhistas, comerciais, administrativas e outras, exigindo interpretação conforme a Constituição, bem como na eficácia horizontal, incidindo nas relações entre particulares.

O artigo 225 da CRFB/88 obriga ao exercício de uma cidadania participativa (pluralismo jurídico) e com responsabilidade social ambiental, fundada na solidariedade e equidade intergeracional para as presentes e futuras gerações, com o fito de realizar a Justiça Social Ambiental.

A importância da Justiça Ambiental revela-se, cada vez mais, na sociedade de risco, com o advento da crise ambiental, devendo a facilitação do acesso à Justiça Ambiental e a garantia da sua efetividade tornarem-se objeto central de preocupação dos Estados.

Nessa esteira, a necessidade de respostas mais adequadas e eficazes impõe uma revisão crítica dos principais institutos processuais para adaptar às peculiaridades da tutela jurídica do meio ambiente, bem como uma revolução interna do modo de pensar do juiz.

Com efeito, o acesso pleno e efetivo à Justiça Ambiental enfrenta obstáculos com múltiplas dimensões, o que acarreta uma crise geral e profunda na efetividade da jurisdição ambiental, motivada pela falta de uma racionalidade jurídica, ausência de uma cultura e hermenêutica própria, voltada para a proteção integral do meio ambiente.

A plena garantia de acesso à Justiça Ambiental abrange dois aspectos: o procedimental, como conjunto de garantias e medidas para a facilitação do ingresso em Juízo, e o material, referente ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais para a realização da Justiça social e ecológica. Para tanto, impõe-se a revitalização dos institutos da dogmática tradicional, possibilitando uma imersão ecológica profunda e dotada de sensibilidade.

A consolidação da cultura de sustentabilidade global, baseada na aproximação entre povos e culturas e na participação do cidadão de

forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social (comunidade com responsabilidade ambiental), depende também da atuação do Poder Judiciário.

Desta forma, a distribuição equitativa dos benefícios, dos riscos e malefícios gerados pelo desenvolvimento configura meta a ser atingida, inclusive, por intermédio do Poder Judiciário, principalmente no controle das políticas públicas.

Portanto, os juízes devem fazer valer a previsão constitucional, adotando uma postura ativa, mediante interpretação compatível com as normas de proteção do meio ambiente e adoção de meios processuais adequados.

A tutela jurídica do meio ambiente precisa ser norteada pela solidariedade, dignidade da pessoa humana, justiça social, participação, equidade intergeracional e institucionalização dos deveres fundamentais. Ademais, impõe-se o desenvolvimento de uma teoria processual que contemple estratégias de gestão do risco numa perspectiva transdisciplinar.

Além disso, o controle judicial dos atos administrativos precisa ser mais rígido no que pertine às questões ambientais, a partir das ações civis públicas, ações populares, audiências públicas e outros instrumentos, tendo em vista que o Estado possui deveres de proteção do meio ambiente.

Outrossim, há necessidade de uma revitalização hermenêutica, pois os direitos difusos exigem uma interpretação mais flexível acerca dos institutos da legitimidade, verdade real, contraditório, coisa julgada, adstrição ou congruência, inércia, dentre outros, inclusive quanto à responsabilidade civil.

O magistrado precisa ter um compromisso ético de preservação do meio ambiente – ética de solidariedade entre as gerações consagrada na CRFB/88 -, com sustentabilidade, assumindo uma postura ativa e corajosa, considerando também as consequências sociais das decisões.

O princípio da solidariedade constitui um dos princípios estruturantes do Direito Ambiental previstos na CRFB/88, juntamente com o desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção, precaução, participação (informação e educação ambiental), responsabilidade e equidade intergeracional.

A resolução de conflitos ambientais necessita da ponderação, distinguindo-se os princípios e as regras, conforme as teorias de Dworkin e Alexy, e aplicando-se o princípio da proporcionalidade como parâmetro de decisão, a fim de conferir a máxima efetividade ao Direito Ambiental e possibilitar o controle jurisdicional das políticas públicas.

O princípio da proporcionalidade deve ser empregado tendo em vista a sua dupla face: proibição de excesso (proteção positiva) e de proteção deficiente ou insuficiência (proteção de omissões estatais).

Ademais, não se pode olvidar a necessidade de aplicação do princípio da proibição de retrocesso ambiental, bem como do mínimo existencial ecológico, que reside no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo um patamar mínimo de qualidade ambiental.

Além dos deveres de proteção do Estado, ressalta-se a eficácia normativa do mínimo existencial ecológico e da proibição de retrocesso ambiental também nas relações entre particulares (eficácia horizontal), inclusive em virtude do princípio da solidariedade. Portanto, existe vinculação também dos particulares em relação ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Todavia, a tutela ambiental não pode se restringir ao mínimo existencial ecológico, mas garantir a proteção ambiental de forma mais abrangente, a fim de tornar efetiva a Justiça Ambiental.

A aplicação da proporcionalidade, cujas máximas são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, no caso de ponderação de princípios, obedece a uma ordem pré-definida. A análise da

necessidade é exigível se o caso já não tiver sido resolvido com o exame da adequação e, finalmente, a averiguação da proporcionalidade em sentido estrito é feita se o conflito não tiver sido solucionado mediante análise da adequação e da necessidade. Assim, o princípio da proporcionalidade, desde que obedecidos os parâmetros expostos, pode ser utilizado, como critério de legitimação, no controle jurisdicional das políticas públicas.

Diante da insuficiência, bem como visando ao cumprimento de políticas públicas em matéria ambiental já existentes, exsurge a necessidade de atuação efetiva do Poder Judiciário na preservação do meio ambiente.

Em virtude da redemocratização, da constitucionalização abrangente, do aumento da demanda por justiça, da ascensão institucional do Judiciário e do sistema de controle de constitucionalidade, verificou-se, no Brasil, uma notável judicialização de questões políticas e sociais, levando o Poder Judiciário a dar a última palavra sobre casos de larga repercussão no país.

Nesse sentido, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário tende a ser ampliado, tornando-se o juiz partícipe da atividade política, tratando-se do fenômeno da judicialização das políticas públicas.

As inércias do Executivo e do Legislativo passam a ser supridas pelo Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição, que optou por um Estado intervencionista, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Com efeito, a possibilidade de controle do Poder Judiciário na execução e avaliação das políticas públicas decorre do texto constitucional, que prevê o meio ambiente equilibrado como direito fundamental, com densidade normativa suficiente para a concretização efetiva da tutela, independente de normas legislativas supervenientes.

Por outro lado, as tarefas atribuídas ao Estado pela Constituição, há vinte anos, ainda não foram atendidas minimamente, sendo

inúmeras as omissões estatais em diversas políticas públicas que deveriam ser implementadas para a garantia da qualidade do meio ambiente. Destacam-se a falta de saneamento básico, educação ambiental, estrutura para órgãos de fiscalização e licenciamento, dentre outras carências.

A ausência de políticas públicas ambientais, bem como a sua não-implementação, contribui para a crise ecológica generalizada e exige uma intervenção mais ativa e eficaz por parte do Poder Judiciário.

Em que pese a existência de limitações fáticas e econômicas, estas não podem ser apresentadas como justificativa geral (reserva do possível) para eximir o Estado da implementação das políticas públicas ambientais necessárias para a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado.

Além disso, enfatiza-se a importância da motivação das decisões. A legitimidade da sindicabilidade dos atos e das omissões do Estado exige a compreensão e justificação adequada da norma fundamental no caso concreto.

Portanto, a possibilidade do controle judicial das políticas públicas em matéria ambiental restou demonstrada de forma ampla, a partir dos princípios estruturantes do Direito Ambiental, utilizando-se o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a resolução de conflitos entre o direito fundamental ao meio ambiente e outros direitos fundamentais.

Assim, as hipóteses aventadas para a pesquisa restaram confirmadas. Com efeito, no atual contexto de grave crise dos bens ambientais, o Estado é o principal responsável pelo dever fundamental de proteção e defesa do meio ambiente, sem que a sociedade esteja eximida de tal dever.

O Poder Judiciário, na condição de guardião das promessas democráticas e dos valores fundamentais, precisa adotar uma postura ativa e original sempre que as ações praticadas pelo Poder Executivo sejam ineficazes para a proteção e defesa adequada dos bens ambientais.

Considerando o princípio da separação dos poderes e o da necessidade de legitimação democrática das opções políticas do Estado, o Poder Judiciário não pode substituir o Executivo para criar as políticas públicas, mas pode e deve exercer o controle judicial sobre as existentes.

Diante do exposto, verifica-se que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário constitui um dever, o qual precisa ser exercido na perspectiva intervencionista e transformadora para o desenvolvimento sustentável, a preservação do meio ambiente e a consolidação da justiça social e ambiental.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bossi. Rev. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid/ES: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *In: Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Alicante/ES: Espagrafic.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: UNAM, 2005, p. 94. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acesso em: 24.04.07.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: Direito Ambiental em questão**. Trad. Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BALAZINA, Afra. Governo já fala em novo plano do clima. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. *In: Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1>>. Acesso em: 06.11.2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI, 2006.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **Direito, Água e Vida. Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 2006.

BODNAR, Zenildo. Monografia. **Concurso Internacional de Meio Ambiente da UICN**, Barcelona, out. 2008.

BODNAR, Zenildo. O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente. *In: Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, nº 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>. Acesso em: 24.08.2008.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.08.2008.

BRASIL. Desalojados pela chuva já são 85 mil em 3 Estados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 01. dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 6.938/81. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 23.08.2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21 Global. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=575>>. Acesso em: 23.08.2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=908>>. Acesso em: 29.10.2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=36>>. Acesso em: 29.10.2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/\\_arquivos/decpol.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/ai/_arquivos/decpol.doc)>. Acesso em: 06.11.2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/srhu>>. Acesso em: 29.10.2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Plano Nacional de Mudança Climática. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/169/\\_arquivos/169\\_29092008073244.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/169/_arquivos/169_29092008073244.pdf)>. Acesso em: 29.10.2008.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/principais\\_programas/desenvolvimento/](http://www.presidencia.gov.br/principais_programas/desenvolvimento/)>. Acesso em: 29.10.2008.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 20.11.2008.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm). Acesso em: 20.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 26.507/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 18.09.2008, DJ 20/10/2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=26507&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 22.12.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: RESP n.º 876936; CC n.º 90722; RESP n.º 1057292; CC n.º 89811; CC n.º 90106; CC n.º 88013; CC n.º 39099. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=meio+e+ambiente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=meio+e+ambiente&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10)>. Acesso em: 22.12.08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n.º 153.531/SC. Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 03.06.1997. DJ 13.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153531&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 329/SC. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.04.2004, DJ 28.05.2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=329&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>; ADInMC nº 861/AP. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 01.07.1993, DJ 18.03.1994. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=861&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>; ADInMC nº 330/DF. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 02.08.1990, DJ 30.04.1993. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=330&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> e ADInMC nº 2396/MS. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.09.2001, DJ 14.12.2001. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2396&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 1.823/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 30.04.1998, DJ 16.10.1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1823&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 1.952/DF. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves, j. 12.08.1999, DJ 12.05.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1952&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> e ADInMC nº 1.516/UF. Rel. Sydney Sanches, j. 06.03.1997, DJ. 13.08.1999. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1516&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.164/SP. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22164&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADInMC nº 1.856/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.09.1998. DJ 22.09.2000. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1856&classe=ADI-MC&>

codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19.11.08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS nº 22.164/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.10.1995, DJ 17.11.1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22164&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 158.215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996; RE nº 161.243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997; RE nº 201.819/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 306938/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ. 11.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=306938&base=baseAcordados>>. Acesso em: 22.12.2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito**: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Tese de Doutorado** apresentada na UNIVALI, 2006.

**Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas na Polônia.** Disponível em: < [http://unfccc.int/meetings/cop\\_14/items/4481.php](http://unfccc.int/meetings/cop_14/items/4481.php)>. Acesso em: 10.01.2008.

CONTO, Mario de. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social:** uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Org.). **Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (org.). **A questão ambiental:** diferentes abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE LUCAS, Javier. *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, p. 51/70. In: **Revista de Derecho Ambiental Murcia:** Asociación de Derecho Ambiental Español – ADAME, Aranzadi, 1994, nº 12, p. 55. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006.

Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992). Disponível em:< [http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030625102846/20030625104533/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030625102846/20030625104533/)>. Acesso em: 23.08.2008.

Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 23.08.2008.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social.** Florianópolis/SC: Momento Atual, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio.** Trad. Marta Gustavino. Espanha: Ariel, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad, Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administración.** 5. ed. Espanha: Thompson Civitas, Aranzadi, 2005.

ESPAÑA. Zaragoza. **Exposição Internacional de Zaragoza sobre água e desenvolvimento sustentável** (14 jun. a 14 set. 2008).

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal e jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Heline Sivini e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Estado de direito ambiental**: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERRER, Gabriel Real. *La contrucción del Derecho Ambiental*. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**. Pamplona: Espanha, n.1, 2002, p. 73/93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>. Acesso em: 06.11.2008.

FERRER, Gabriel Real. *La solidaridad em el Derecho Administrativo*. In: **Revista de Administración Pública**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 154. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do processo ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. O futuro da política radical. Trad. Alvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa**: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. In: **Revista dos Tribunais**, n. 719, set. 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. Jorge Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. Loyola: São Paulo, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JOHNSON, Guillermo A. e AMARAL, Raquel Maria Fontes do (org.). **Dimensões locais das Políticas Públicas.** Itajaí/SC: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI:** estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental:** o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental:** busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis/RJ: Vozes, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato e BELLO FILHO, Ney de Barros (org.). **Direito Ambiental Contemporâneo.** Barueri, SP: Manole, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Aspectos Destacados da Lei de Biossegurança na Sociedade de Risco**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamento da Existência do Processo Penal: Instrumentalidade Constitucional. *In: Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *In: Revista dos Tribunais*, v. 510, ano 75, ago. 1986.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Ética e Direito. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7324>>. Acesso em: 06.07.08.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações. *In: Revista dos Tribunais*, n. 809, ano 92, mar. 2003, p. 12/13.

MILARÉ, Edis (Org.). **Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após 10 anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MILARÉ, Edis (Org.). **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo IV.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Org.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Trad. Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- NALINI, Renato. **Ética Ambiental**. 2. ed. Campinas/SP: Millennium, 2003.
- OST, François. **A natureza à margem da lei: a Ecologia à prova do Direito**. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- OST, François. **O tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.
- PRIEUR, Michel (Coord.) **Droit de l'Environnement et Développement Durable**. Limoges, 1994. *Apud* CAVEDON, Fernanda de Salles. Tese de Doutorado apresentada na UNIVALI, 2006.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Relatório Planeta Vivo 2008 da Rede WWF. Disponível em: <[http://assets.wwf.org.br/downloads/sumario\\_imprensa\\_relatorio\\_planeta\\_vivo\\_2008\\_28\\_10\\_08.pdf](http://assets.wwf.org.br/downloads/sumario_imprensa_relatorio_planeta_vivo_2008_28_10_08.pdf)>. Acesso em: 29.10.2008.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado, 2006. v. I, t. II.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In: Revista da AJURIS*, v. 35, n. 109, mar. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHÄFFER, Jairo. **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCHÄFFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão**. Curitiba: Juruá, 2006.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In: Revista da AJURIS*, v. 32, n. 97, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *In: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. v. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Senac São Paulo, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista do Tribunal Regional Federal**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. 5. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid/ES: Trotta, 2003.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)