

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

**FERNANDA CARRAVETTA VILANDE**

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: parâmetros decisórios à  
concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente  
equilibrado e sustentável**

**Porto Alegre**

**2014**

**FERNANDA CARRAVETTA VILANDE**

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: parâmetros decisórios à  
concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente  
equilibrado e sustentável**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de especialista no  
Curso de Especialização em Direito Ambiental  
pela Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul em convênio com a Ajuris.

**Orientadora:** Prof. Patrícia Antunes Laydner

**Porto Alegre**

**2014**

## DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho às árvores. A estas “damas”, que nos fornecem sombra, que purificam o ar, e que, caladas, nada podem obstar à ação contínua das motosserras.

Dedico, em especial, àquelas que vi cair, com pesar, em um pequeno bosque que existia defronte à minha residência e que sucumbiu à especulação imobiliária, e com as quais chorei, ao compreender que também representam a vida terrestre, na qual partilhamos o espaço.

Dedico ao abacateiro que tivemos no pátio de casa na minha infância, e que viu sua morte decretada para a construção da piscina.

Dedico àquelas que abracei durante caminhadas, àquelas embaixo das quais lanchei ou deitei, aproveitando-me de sua sombra e frescor em dias quentes. Dedico àquelas que foram desaparecendo dos trajetos e vias, para dar espaço à mobilidade urbana, para dar lugar a empreendimentos, para dar maior visibilidade ao comércio, em nome do desenvolvimento econômico. E também àquelas que ainda integram as florestas, cujo desmatamento não tarda a alcançar.

Dedico a todos estes seres arbóreos, que, sem voz, não tem condições de defesa, desejando que a voz daqueles que amam a natureza possa se converter na sua voz.

E que estas sejam ouvidas aos quatro cantos do planeta.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos aqueles que contribuíram para que a conclusão deste trabalho fosse possível.

À Professora Orientadora, Patrícia Antunes Laydner, pelo incentivo e observações pontuais.

Aqueles que muito me auxiliaram na reunião do material bibliográfico: à colega e amiga Eliziana da Silveira Perez, e aos meus pais, Luiza Maria Carravetta e Roque Vieira Vilande, aos quais também devo a vida.

À mãe Terra e aos quatros elementos: o ar que respiramos, a água que bebemos e que nos banha, o fogo que aquece e a terra sobre a qual pisamos e edificamos nossos lares.

A Deus, sempre, por nos permitir tudo isso.

Amém.

## EPÍGRAFE

*“se soubesse que o mundo se desintegraria amanhã, ainda assim plantaria a minha macieira. O que me assusta não é a violência de poucos, mas a omissão de muitos.*

*Temos aprendido a voar como os pássaros, a nadar como os peixes, mas não aprendemos a sensível arte de viver como irmãos.”*

(Martin Luther King)

## RESUMO

No contexto de uma sociedade pós-moderna em crise de múltiplas dimensões, a proteção ambiental foi alçada ao *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade pelo constituinte brasileiro, que a consagrou como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito, que, muitas vezes, entra em colisão com outros direitos fundamentais, envolvendo os princípios, as regras e valores que os representam. Na solução desta colisão, a atividade criativa (concretizadora) judicial, à vista dos direitos fundamentais e do seu papel no sistema jurídico, passa pela ponderação, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que, na seara ambiental, servem como parâmetros decisórios os princípios estruturantes, dentre os quais, a precaução e a sustentabilidade.

**Palavras-Chave:** Direitos fundamentais – meio ambiente – princípios – precaução – sustentabilidade – colisão – ponderação – proporcionalidade - parâmetros decisórios.

## ABSTRACT

In the context of a postmodern society in a multiple dimensions crisis, environmental protection was raised to the status of a fundamental right of the individual and the community by the Brazilian constituent, which came to recognize as one of the fundamental objectives and tasks of the State of Law, which often collides with other fundamental rights, involving the principles, rules and values that represent them. In the solution of this collision, the judicial creative activity (prolific), in view of the fundamental rights and their role in the legal system, shall be weighted by applying the principle of proportionality in that the environmental harvest, serve as the decision parameters structuring principles, among which, precaution and sustainability.

**Key words:** Fundamental rights – environment – principles – precaution – sustainability – collision – weighing – proportionality – decision parameters.

## SUMÁRIO

<b>DEDICATÓRIA .....</b>	<b>3</b>
<b>AGRADECIMENTOS .....</b>	<b>4</b>
<b>EPIGRAFE .....</b>	<b>5</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>6</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>7</b>
<b>SUMÁRIO .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>I – O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>11</b>
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES .....</b>	<b>11</b>
<b>2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA FUNÇÃO NA SOCIEDADE DO RISCO PÓS-MODERNA.....</b>	<b>22</b>
<b>3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 O objeto de tutela: o meio ambiente ecologicamente equilibrado. ....</b>	<b>37</b>
<b>II – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PARÂMETROS DECISÓRIOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SUSTENTÁVEL.....</b>	<b>42</b>
<b>1 CRIAÇÃO JUDICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMA JURÍDICO .....</b>	<b>42</b>
<b>2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PARÂMETROS DECISÓRIOS ...</b>	<b>49</b>
<b>2.1 A solução da colisão: uma questão de ponderação .....</b>	<b>53</b>
<b>2.2 A solução da colisão: uma questão de proporcionalidade .....</b>	<b>57</b>
<b>2.3 Os Direitos Fundamentais e os Princípios Estruturantes do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado .....</b>	<b>63</b>
<b>2.3.1 Princípios da Precaução e Prevenção .....</b>	<b>64</b>
<b>2.3.2 Princípio da Responsabilização .....</b>	<b>69</b>
<b>2.3.3 A sustentabilidade como princípio e valor .....</b>	<b>71</b>
<b>2.4 A necessária alteração paradigmática .....</b>	<b>74</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>



## INTRODUÇÃO

A questão ambiental apresenta grande relevância na atualidade, em razão da constatação de que a ação humana produziu conseqüências nefastas ao planeta, exteriorizadas por meio de profundas alterações climáticas, desertificação, degradação da camada de ozônio, redução da biodiversidade, dentre outros, resultando em um sério comprometimento dos ecossistemas terrestres.

Dada a relação de interdependência e correlação que ligam o Homem ao meio ambiente, passa-se a temer a condição da própria existência humana nesse contexto, em que a sociedade contemporânea pós-moderna tem no neoliberalismo e no individualismo seus traços distintivos, permeados por um consumismo exacerbado e desnecessário, de caráter globalizado, a desafiar qualquer política de desenvolvimento sustentável, à vista da finitude dos recursos naturais.

Nesse contexto, seguindo uma tendência mundial, a proteção ambiental foi alçada ao *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade pelo constituinte brasileiro, que a consagrou como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito, que, agora, passa a ser também Ambiental, sem olvidar os deveres fundamentais nessa matéria.

Em tal perspectiva, e com o escopo de dotar da maior efetividade possível esse direito fundamental da grandíssima ordem, uma vez que ligado à nossa própria condição de existência, é que releva o estudo de sua caracterização, e, em especial, da problemática de sua colisão com outros direitos fundamentais, pois as restrições ocorrem no embate entre os diversos direitos, e, por conseqüência, envolvem os princípios, as regras e valores que os representam.

Nessa linha, na primeira parte do trabalho, cuidou-se de caracterizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, fazendo, primeiramente, a distinção entre os direitos fundamentais, os princípios, as regras e os valores, para, em um segundo momento, analisar o seu papel na sociedade contemporânea pós-moderna (de “risco”), destacando os seus

pontos característicos e focalizando no objeto da tutela jurídica, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, com qualidade satisfatória.

Na segunda parte, tratou-se mais especificamente da colisão de direitos fundamentais, buscando traçar os parâmetros decisórios para a atividade concretizadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável, papel afeto à atividade judicial criativa e (que se quer) transformadora da realidade, mediante o exercício de interpretação concretizadora, com o objetivo de harmonizar os direitos em choque, resultado de uma tarefa de hierarquização, ponderação justa do conjunto, conferindo-lhes a máxima proteção e satisfação possível, em um sistema jurídico do tipo aberto, cuja unidade é conferida pela Constituição, centro do sistema, tradutora da ordem social de crenças e valores que lhe dão legitimidade.

Assim, inicialmente, analisou-se a atividade criativa (concretizadora) judicial, à vista dos direitos fundamentais e do seu papel no sistema jurídico, para, em um segundo momento, estudar o fenômeno da colisão, suas peculiaridades, e inserção no sistema, em especial, o modo como é construída a decisão, que passa, necessariamente, pela ponderação, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na seara ambiental, verificou-se que os princípios estruturantes, dentre eles, o da precaução e da sustentabilidade, figuram como importantes nortes no delineamento dos necessários parâmetros decisórios, constantes de um sistema jurídico de tipo aberto, composto de regras e de princípios, e que não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade.

O horizonte que desponta é amplo. É preciso, como nos diz Gadamer, “aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos”.<sup>1</sup> O problema jurídico-ambiental não se cinge, desse modo, a um problema legal, da mesma forma que o Direito não pode ser compreendido

---

<sup>1</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 403.

meramente como a lei, direito positivo vigente. Antes de tudo, o Direito é vida, é humano, desenvolvendo-se em uma perspectiva histórica, sociológica, política, ecológica, econômica, psicológica, comunicativa, e em tantas outras esferas do conhecimento humano que se possa pensar.

Nesse passo, e dentro de um novo paradigma, de ordem ambiental, em que o antropocentrismo clássico dá lugar ao ecocentrismo, sua concretização há de ser norteada por parâmetros, possibilitando uma justa e sustentável ponderação do conjunto, sendo a meta que tencionamos alcançar.

O caminho, contudo, só se faz caminhando. Vamos, então, começar!

## I – O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

### 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES

No plano constitucional, os direitos fundamentais aparecem positivados através de dois sistemas: das cláusulas gerais (*lex generalis*), em que os direitos fundamentais são consagrados na forma de valores ou princípios, e casuístico (*leges speciales*), em que são positivados como normas específicas, nas quais é pormenorizado seu alcance, métodos que comumente são combinados em um sistema misto; daí se dizer que os direitos fundamentais são formulados como valores, princípios e normas específicas (regras).<sup>2</sup>

Entender o alcance de cada uma destas categorias é relevante à interpretação dos direitos fundamentais, bem como à resolução das situações de colisão entre eles, cuja tarefa, quando não delineada pelo legislador, é atinente ao Judiciário, constituindo relevante papel da hermenêutica constitucional na atualidade.

A conceituação dos direitos fundamentais de Alexy é amparada na definição de “norma de direito fundamental”, em que assevera haver íntimo liame entre ambos; segundo o autor, sempre que alguém possui um direito fundamental, há uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito, sendo o segundo conceito (de norma de direito fundamental) mais amplo; partindo da definição semântica de norma, como o significado de um enunciado normativo, e deixando assente que uma mesma norma pode ser expressa através de diferentes enunciados normativos, Alexy define as normas de direito fundamental como “aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion, Estado de Derecho y Constitucion. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995. 550 p.,p. 286.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p., p. 47-53; 62.

Dois problemas decorrentes da conceituação apresentada são apontados por ele, a saber: um, há necessidade de um critério distintivo entre os enunciados da Lei Fundamental que expressam normas de direito fundamental daqueles que não o fazem, os quais chama de disposições de direito fundamental<sup>4</sup>; dois, é preciso saber se as normas de direito fundamental são apenas aquelas expressadas por enunciados da Lei Fundamental. Para responder a questão, Alexy opta por um critério formal, pelo qual todos os enunciados constantes do capítulo “direitos fundamentais” são disposições de direito fundamental, independentemente da estrutura ou do conteúdo, reconhecendo, entretanto, a existência de outras normas de direito fundamental, localizadas fora de tal seção (normas “satélite” de direito fundamental ou anexas), mas que podem ser referidas diretamente a uma norma de direito fundamental expressamente estatuída, em virtude de uma fundamentação jusfundamental correta, daí se extraindo a existência de dois grupos de normas de direito fundamental: as diretamente estatuídas pelo texto constitucional e as que podem ser a ela adscritas.<sup>5</sup>

Ambos os grupos, porém, pressupõe o que Alexy chama de fundamentação jusfundamental correta, embora baste, para as normas de direito fundamental diretamente estatuídas, uma referência ao texto da Constituição.<sup>6</sup>

Quanto ao segundo grupo, Pardo explica cuidar-se de uma “relação de precisão”, por meio da qual uma disposição constitucional é considerada norma de direito fundamental, por referir-se à outra norma de direito fundamental, expressamente estatuída, ou seja, é outorgada ao processo de argumentação jurídica a tarefa de definir as normas de direito fundamental anexas, sendo inviável indicar um procedimento que conduza a um único resultado em cada caso. Para este autor, é evidente que a possibilidade de efetuar uma fundamentação jusfundamental correta é o principal critério para definir se uma norma constitucional é uma norma de direito fundamental, sendo que, no caso brasileiro,

---

<sup>4</sup> Aqui, para Müller, o correto seria “texto”, enquanto o que Alexy denomina de “norma de direito fundamental” corresponderia ao “programa normativo” de Müller (cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p., p. 75).

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p., p. 62-71.

<sup>6</sup> Idem, p. 73.

[...] ocorre uma adscrição dos direitos materiais como normas de direito fundamental a partir de uma fundamentação jusfundamental correta que demonstra que eles atendem às exigências de dignidade, liberdade e igualdade e, ademais, que levam em conta as condições do disposto no § 2º do artigo 5º da CF<sup>7</sup>. Dessa forma, uma das exigências elementares no sentido do reconhecimento desses direitos não escritos será sua não contrariedade com o regime e os princípios adotados pela Constituição.<sup>8</sup>

Um caráter duplo às normas de direito fundamental é reconhecido por Alexy, uma vez que, através das disposições jusfundamentais, são estatuídos dois tipos de normas: as regras e os princípios.<sup>9</sup>

A partir da obra de Dworkin, Alexy fez a distinção entre as duas espécies de normas de direito fundamental (regras e princípios), que considera a mais relevante para a teoria dos direitos fundamentais, por constituir a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, da qual dependem uma teoria adequada dos limites, uma teoria satisfatória da colisão, e uma teoria suficiente acerca do papel que os direitos fundamentais desempenham no sistema jurídico.<sup>10</sup>

Valendo-se das posições de Hart como alvo, Dworkin fez uma crítica ao positivismo, e, para tanto, elaborou uma distinção entre princípios e diretrizes políticas (*"principles and policies"*), denominando diretriz política (*"policy"*) o tipo de padrão ou *standard* que determina um objetivo a ser alcançado, em geral, representando uma melhora no aspecto econômico, político ou social de certa comunidade, ao passo que o princípio (*"principle"*) é o padrão a ser observado em função de um requisito de justiça, equidade ou outra dimensão moral. Outrossim, traça ele a diferenciação entre princípios jurídicos e regras jurídicas (*"legal principles and legal rules"*), como uma distinção lógica, consistente no tipo de direções dadas por cada um; as regras são aplicadas no modo do "tudo ou nada" (*"all-or-nothing"*

<sup>7</sup> Artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

<sup>8</sup> PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84-6.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 135.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 81.

*fashion*”), ao passo que os princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que se seguem, automaticamente, quando configuradas as condições ditadas.<sup>11</sup>

Assim, após deixar assente que tanto as regras como os princípios são normas, porque “dizem o que deve ser”, sendo formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado - a permissão e a proibição – e referir ser o critério da generalidade o mais utilizado na diferenciação (segundo o qual, o grau de generalidade dos princípios é relativamente alto, e o das regras, baixo), Alexy propõe a adoção do critério qualitativo, pelo qual

[...] los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.<sup>12</sup> (grifos constantes do original.)

Uma análise crítica dos diversos critérios distintivos utilizados foi realizada por Ávila, que propõe seja reformulado o critério que denomina atinente ao “modo final de aplicação”, pois a forma de aplicação não é determinada pelo texto objeto de interpretação, decorrendo, pelo contrário, de conexões axiológicas que são “construídas”, ou, pelo menos, intensificadas pelo intérprete, o que poderá resultar na modificação do caráter absoluto da regra após a consideração das circunstâncias do caso, razão por que é inadequado afirmar que as regras têm um modo absoluto (“tudo ou nada”) de aplicação, podendo ser superadas (não aplicadas, apesar de satisfeitas as condições) por motivos considerados pelo aplicador superiores aos justificadores da regra, mediante fundamentação, havendo, ainda, a possibilidade de que sejam aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, como na aplicação analógica; além disso, há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado, cumprindo ao intérprete decidir acerca de sua incidência ou não no

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 16. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 22-5.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-7.

caso concreto, sendo a vagueza elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja princípio, seja regra; por fim, contesta sejam os princípios aplicados de modo gradual, mais ou menos, pois é o estado de coisas que pode ser mais ou menos aproximado, revelando a confusão entre a norma e seus aspectos exteriores, atinentes à aplicação.<sup>13</sup>

A distinção torna-se bastante clara nas “colisões dos princípios” e nos “conflitos das regras”, preceitua Alexy, sendo comum a ambos o fato de que duas normas, aplicadas de modo independente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, a dois “juízos de dever ser jurídico contraditórios”, diferenciando-se quanto ao modo de solucionar o conflito. Nas regras, o embate há de ser resolvido pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou mediante a declaração de invalidade de uma delas (através de regras como “lex posterior derogat legi priori” e “lex specialis derogat legi generali”, ou mesmo de sua importância), enquanto que na colisão dos princípios, a solução é obtida pela precedência de um em relação ao outro, de acordo com as circunstâncias postas.<sup>14</sup>

Desse modo,

los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.<sup>15</sup>

Também em Dworkin, a regra pode ter exceções, que, todavia, deverão constar de seu enunciado, sob pena de ser incompleta, não havendo razão para que todo o rol de exceções não esteja expresso, considerando que, quantas mais

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-42.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87-9.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 89. Dworkin já chamara a atenção para a dimensão de peso ou de importância dos princípios (“dimension of weight or importance”), a qual não têm as regras, uma vez que quando os primeiros colidem, a solução haverá de levar em conta o peso de cada um, enquanto que no conflito das segundas, uma delas não poderá ser válida; o próprio sistema jurídico há de regular situações tais, mediante critérios de autoridade, precedência, especificidade ou mesmo de acordo com a importância dos princípios que lhe servem de suporte. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, p. 26-7.



houver, mais acurado é o seu enunciado, no que é severamente combatido por Alexy.<sup>16</sup>

Aqui, registra-se a crítica de Ávila ao critério do “conflito normativo”, por ser inapropriado dizer que a ponderação seja método privativo de aplicação aos princípios, podendo, igualmente, ser usada no caso das regras (no nível da validade, plano da aplicação), as quais também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado, “mediante um processo de ponderação de razões”, como na relação regra/exceção, além de ser verificada na delimitação das hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos; na decisão acerca da aplicabilidade de precedente judicial ao caso objetivo; na utilização de formas argumentativas, como a analogia e a argumentação em contrário; em decorrência do exposto, incorreta também a assertiva de que somente os princípios possuam dimensão de peso, sendo a dimensão axiológica elemento integrante de qualquer norma jurídica, e mesmo inapropriado afirmar que aqueles possuem dimensão de peso, que não é atributo abstrato dos princípios, porquanto “[...] não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma [...], mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador”, sendo obra da decisão a atribuição a eles de peso em função das circunstâncias do caso concreto.<sup>17</sup>

Outrossim, o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios é destacado por Alexy, em que estes, por ordenarem algo que deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fácticas, e por apresentarem razões, as quais podem ser desprezadas em detrimento de motivos divergentes, não definindo o modo de solução do choque entre eles, não contêm mandados definitivos, mas apenas *prima facie*; por sua vez, aquelas exigem que se faça exatamente o que dispõem, contendo uma determinação no âmbito das

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, *Op. cit.*, p. 24-5. Ver crítica em ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44-51.

possibilidades jurídicas e fáticas, a qual pode fracassar, conduzindo à invalidade, ou, do contrário, valer definitivamente, daí se falar de seu caráter definitivo.<sup>18</sup>

Adverte o autor que nem todos os princípios têm o mesmo caráter *prima facie*, tampouco as regras idêntico caráter definitivo, contrariamente ao percebido por Dworkin, sendo necessário um modelo diferenciado, que, no caso das regras, introduza cláusulas de exceção, as quais sequer do ponto de vista teórico, seriam passíveis de enumeração. Porém, ainda dentro deste contexto diferenciado, o caráter *prima facie* das regras é distinto dos princípios, pois ainda que elas tenham seu caráter definitivo debilitado, não se equivalerão ao deles, e mesmo quando estes (os princípios) tenham seu caráter *prima facie* reforçado, não obterão a idêntica característica das regras.<sup>19</sup>

É introduzido, ainda, o conceito de “princípios formais”, sendo aqueles que estabelecem que regras que são impostas por uma autoridade legítima devem ser seguidas, não devendo ser abandonada uma prática transmitida sem fundamento. Quanto mais peso se der a tais princípios em um ordenamento jurídico, tanto maior será o caráter *prima facie* das suas regras, de modo que somente se àqueles não se desse nenhum peso, restaria como consequência o fim da validade das regras enquanto tais, e as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*.<sup>20</sup>

De acordo com a crítica de Ávila, o critério hipotético-condicional, fundamentado no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência, as quais são pré-determinadoras da decisão, cuja fórmula de aplicação é “se, então”, enquanto os princípios somente indicam o fundamento a ser empregado pelo aplicador para que encontre a regra ao caso concreto, embora seja relevante, ao permitir verificar que “as regras possuem um elemento frontalmente descritivo”, e “os princípios apenas estabelecem uma diretriz”, peca pela imprecisão, porquanto não fornece os fundamentos indicativos do que signifique “dar o primeiro passo para encontrar a regra”, além de dar a entender que a regra seria o último passo à descoberta do conteúdo normativo, o que não é verdadeiro,

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 99.

<sup>19</sup> Idem, p. 99-101.

<sup>20</sup> Idem, p. 100.

na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o último passo não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa [...]<sup>21</sup>

Continua a crítica, asseverando que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística, não elemento distintivo de uma espécie normativa, ou seja, tal é característica do modo de formulação, não podendo ser atribuída a apenas uma categoria de normas; ademais, ainda que um dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Legislativo, não está afastado de ser tido como princípio pelo intérprete, já que este é que fará a interpretação jurídica, de acordo com as conexões valorativas que, a partir da argumentação, serão intensificadas ou não, em consonância à finalidade a ser alcançada, podendo os dispositivos ora assumir a feição de regras, ora a de princípios; por fim, os princípios também possuem conseqüências normativas, não sendo o ponto decisivo “[...] a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de conseqüências, que é algo diverso”.<sup>22</sup>

Assim, qualificando sua proposta como “heurística”, concebendo as normas como construções do intérprete, a partir dos dispositivos e significado usual, efetuando uma dissociação em “alternativas inclusivas”, ao admitir a coexistência de mais de uma espécie normativa em face de um mesmo dispositivo, valendo-se dos critérios da natureza do comportamento descrito; da natureza da justificação exigida; da medida de contribuição para a decisão<sup>23</sup>, Ávila apresenta seu conceito de regras e princípios:

as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-2.

<sup>22</sup> Idem, p. 32-5.

<sup>23</sup> Nestes aspectos, conclui Ávila que, do ponto de vista da prescrição do comportamento, verifica-se que as regras “estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida”, enquanto os princípios “estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários”; no que tange à contribuição para a decisão, a dissociação revela-se porque as regras, dadas suas características decisivas e abrangentes, aspiram a produzir uma solução específica para o conflito, enquanto os princípios não têm tal pretensão, mas meramente de contribuir, juntamente com outras razões, para a tomada da decisão. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 130.

aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>24</sup>

De seu turno, a distinção de Canotilho entre as regras e princípios é efetuada sob o ponto de vista do grau de abstração, em que as primeiras têm abstração reduzida e os segundos, elevada; do grau de determinabilidade, em que as regras são susceptíveis de aplicação direta e os princípios, por vagos e indeterminados, necessitam mediações concretizadoras, tanto do legislador como do juiz<sup>25</sup>; do carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, em que os princípios têm natureza estruturante e papel fundamental no ordenamento, em razão da posição hierárquica no sistema; da proximidade da ideia de direito, em que os princípios são “*standards*” juridicamente relevantes, com base nas exigências de justiça ou na ideia de Direito, enquanto as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; por fim, a natureza normogénica dos princípios, como fundamento de regras.<sup>26</sup>

Cumprido, ainda, traçar a distinção entre valores e princípios.

Uma ligação, de duplo sentido, entre os princípios e os valores é visualizada por Alexy, uma vez que é possível falar de uma colisão de princípios e uma ponderação de princípios do mesmo modo que se fala sobre uma colisão e

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60-70.

<sup>25</sup> Igualmente aplicáveis as críticas efetuadas por Ávila, pois, de um modo geral, Canotilho elabora seu conceito de regras e princípios valendo-se do arcabouço teórico de Dworkin e Alexy, como se observa: “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.145.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 1144-45.

ponderação de valores; em um segundo sentido, o cumprimento gradual dos princípios têm como seu equivalente a realização gradual dos valores.<sup>27</sup>

Contudo, uma diferença importante entre eles é salientada pelo autor, a qual explica com auxílio da divisão dos conceitos práticos de Von Wright, que os classifica em: *conceitos deontológicos*, que podem ser remetidos a um “conceito deontico fundamental”, ao conceito de ordem ou de dever ser (por exemplo, a ordem, a proibição e a permissão); *conceitos axiológicos*, os quais, por sua vez, têm como conceito fundamental o que é bom ou melhor (exemplos: seguro, econômico, democrático, social); *conceitos antropológicos*, exemplificativamente, a vontade, o interesse, a necessidade, a decisão e a ação; para concluir, diz que os princípios, sendo mandados de otimização, pertencem ao âmbito deontológico, enquanto os valores estão inseridos no nível axiológico.<sup>28</sup> Desse modo, para Alexy

la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.<sup>29</sup>

De tal critério distintivo, discrepa Pérez Luño<sup>30</sup>, o qual tem no grau de concreção o critério mais adequado para fundar a diferenciação, em que os valores o teriam em menor grau, já que não contêm especificações a respeito das hipóteses em que devem ser aplicados, tampouco acerca das conseqüências jurídicas que advirão de sua aplicação, consistindo em “[...] idéias diretivas gerais que [...] fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e a aplicação de todas

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 138.

<sup>28</sup> Idem, p. 139-41.

<sup>29</sup> Idem, p. 147.

<sup>30</sup> O autor apresenta três razões à crítica de Alexy: (1) por ignorar a dimensão metodológica dos princípios, em que estes são compreendidos como regras orientadoras para o conhecimento, a interpretação e a aplicação das outras normas jurídicas, verdadeiras “metanormas”, representando a finalidade ou diretriz perseguida pelas normas, bem como desconhecer sua dimensão ontológica, em que os princípios são reconduzidos ao ordenamento na qualidade de fontes normativas; (2) por não explicar, satisfatoriamente, a diferença entre o “dever ser” deontológico dos princípios e o “dever ser” axiológico dos valores, advertindo que também os princípios podem assumir um conteúdo axiológico; (3) por fim, ao minimizar a relevância jurídica dos valores. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion, p. 289-92.

as outras normas do ordenamento jurídico”<sup>31</sup>, formando o “contexto histórico-espiritual” da interpretação da Constituição, em especial, da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, ao passo que os princípios, ainda que não se constituam em normas analíticas, apresentam maior grau de concreção e especificação a respeito das situações em que podem ser aplicados e de suas conseqüências respectivas.<sup>32</sup>

Dessa feita, para o jurista espanhol, os valores são “[...] modos de preferencias conscientes y generalizables [...] los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines”<sup>33</sup>, expressando os valores constitucionais o sistema de preferências idealizado pelo processo constituinte, representativo das opções ético-sociais básicas, que deverão presidir a ordem jurídica, política, econômica e cultural de determinado País. Destaca o autor:

los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico *fundamentador* o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para *orientar* la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el *critério* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.<sup>34</sup> (os grifos constam do original)

Delineada, portanto, a conceituação dos direitos fundamentais e de sua relação com os princípios, regras e valores, releva verificar qual a sua ligação com o Estado de Direito e a sua função na sociedade contemporânea (por muitos, denominada de “Sociedade de Risco Pós-moderna), a fim de melhor compreender e situar a atual crise em que se insere o meio ambiente a própria humanidade.

---

<sup>31</sup> O autor assevera que os valores constitucionais possuem uma dimensão tripla: de *fundamentação* do conjunto de disposições e instituições constitucionais, e do próprio ordenamento jurídico como um todo, sendo o núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; de *orientação* da ordem jurídica e política em relação aos fins pré-determinados, eivando de ilegitimidade qualquer disposição normativa que represente entrave ao alcance de tais metas ou que encete objetivos diversos; de *crítica*, servindo de parâmetro na avaliação de fatos ou condutas, efetuando um controle jurisdicional das normas que fazem parte do ordenamento, a fim de aquilatar se estão em conformidade aos valores constitucionais. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Op. cit.*, p. 288.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 291-2.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 288.

<sup>34</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion, p. 288-9.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA FUNÇÃO NA SOCIEDADE DO RISCO PÓS-MODERNA

Há um inquestionável nexos entre Direito e sociedade, bem como entre o florescimento dos direitos fundamentais e a noção que se tem de Estado, o que bem transparece da observação de Sarlet:

[...] os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.<sup>35</sup>

É apenas no âmbito de um Estado constitucional, em que haja uma atividade juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, que os direitos fundamentais poderão aspirar à eficácia, e onde passam a se revelar, a par da função tradicional de limitar o poder, como meios legitimadores do poder estatal, elementos integrantes do sistema axiológico, que atuam como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.<sup>36</sup>

Por sua vez, na definição de Lopes, o realce é dado à conexão entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, conferindo legitimidade a todo o sistema, definindo aqueles como “[...] os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional, que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.”<sup>37</sup>

Ao falar da distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Sarlet comenta que os segundos aplicam-se “[...] para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional

---

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67-8.

<sup>36</sup> Idem, p. 68-9.

<sup>37</sup> LOPES, Ana Maria D’ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

positivo de determinado Estado”<sup>38</sup>, em que se extrai a positivação constitucional como caráter distintivo.

Segundo uma concepção jusnaturalista-universalista, os direitos do homem são válidos para todos os povos, em todos os tempos, derivando da própria natureza humana, o que os dota de inviolabilidade, atemporalidade e universalidade, ao passo que os direitos fundamentais exigem a garantia jurídico-institucional, limitada no tempo e no espaço.<sup>39</sup>

O surgimento dos direitos fundamentais coincidiu com o do Estado Constitucional<sup>40</sup>, no século XIX, decorrente da evolução da sociedade, resultado do desenvolvimento da teoria dos direitos do homem, originada do iluminismo e jusnaturalismo<sup>41</sup>, que exaltou as liberdades e os valores individuais<sup>42</sup> em detrimento dos sociais, na visão antropocêntrica consentânea ao Estado Liberal.

Os séculos XVI a XVIII traduziram período de intensa transformação, em que as estruturas do medievo cederam espaço ao mundo moderno, marcado na área

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 35-6.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 391.

<sup>40</sup> Para Canotilho, o Estado somente é concebível hoje como **Estado constitucional**, inicialmente justificado pelo constitucionalismo apenas como Estado de direito, regido por leis e sem confusão de poderes, e atualmente identificado como **Estado de direito democrático**, em que estas duas qualidades – democracia e Estado de direito – devem estar ligadas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 92-3.

<sup>41</sup> Segundo Norberto Bobbio, “a doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual [...] partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. [...] A hipótese do estado de natureza – enquanto estado pré-estatal e, em alguns escritores, até mesmo pré-social – era uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar determinadas exigências que iam se ampliando cada vez mais [...]. O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados.” In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p., p. 73-4.

<sup>42</sup> Norberto Bobbio refere que a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade e do Estado, na qual primeiro vem o indivíduo singular, e depois o Estado, pois este é feito por aquele e não o contrário; na relação direito/dever, relativamente aos indivíduos, primeiro vêm os direitos e depois os deveres, enquanto para o Estado, os deveres antecedem os direitos. A finalidade do Estado é o crescimento do indivíduo, o mais possível livre dos condicionamentos externos, e justo é que cada um seja tratado de modo a satisfazer suas necessidades e atingir seus fins, especialmente, a felicidade. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 59-60.



social e econômica pelo surgimento da burguesia, em que a fé e a religião não mais representavam limite ao poder e aos direitos do homem, surgindo o Estado como poder racional, centralizado, burocrático e monopolizador do uso legítimo da força, identificado pela soberania, ao passo que o Direito se converteu em instrumento para extirpar os poderes anteriormente vigentes.<sup>43</sup>

A teoria dos direitos humanos surgia, então, como meio limitador ao poder do Estado, daí advindo a importância da perspectiva histórica, pois além de a história dos direitos fundamentais desembocar no surgimento do Estado constitucional, confunde-se ela com a história da própria limitação do poder.<sup>44</sup>

Na época, o Estado era identificado como o grande agressor da liberdade, de modo que as revoluções liberais tinham por escopo promover a defesa do cidadão frente ao ente estatal, o que sofreu profunda alteração na atualidade, em que o papel antes desempenhado pelo Estado foi substituído pelas grandes empresas, que, metaforicamente, são identificadas como “mercado”.<sup>45</sup>

A sociedade contemporânea da pós-modernidade<sup>46</sup> tem no individualismo e no neoliberalismo suas pedras de toque, em que os espaços privados são reforçados em detrimento dos espaços públicos, gerando uma hipertrofia dos primeiros, e uma atrofia dos últimos. A comunicação é dominada pela televisão e

---

<sup>43</sup> LOPES, Ana Maria D’ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 51-2.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 42, fazendo referência a K. Stern.

<sup>45</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 15.

<sup>46</sup> Bello Filho elenca sete pressupostos caracterizadores do momento atual, que denomina de “pós-modernidade transitória”, os quais traçam a distinção entre os tempos atuais e o “período áureo da modernidade”, quais sejam: a) o domínio de uma política econômica neoliberal; b) o esvaziamento da política, substituída pelo espaço do mercado, como ente etéreo, simbólico e metafísico; c) a globalidade, considerada como velocidade e redução de espaços; d) a exclusão social, o desemprego, a ausência de condições mínimas de sobrevivência para a maior parte das pessoas que vivem no globo, em que são guetizados os menos favorecidos e criadas zonas de exclusão que cobrem não somente cidades, mas regiões inteiras do planeta; e) a descrença na infalibilidade da ciência, ela que é apontada como a grande causadora da mitigação dos espaços, da minimalização do tempo e da criação de uma aldeia global; f) a existência de um estado de risco permanente, que se caracteriza pela falta de controle das relações de causa e efeito; g) a ausência de ideologias, representando o fim ou a suspensão das lutas modificadoras da realidade. (BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecologicamente Equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp023239.pdf>. Acesso em 19/07/2014, p.81-84)

pelas antenas de celulares, despontando o valor virtual, onde o futuro é incerto e se desfez o elo de continuidade que havia entre passado, presente e futuro, pois o seu espaço é o agora, que, com muita rapidez, é substituído pelo futuro, mas sem guardar qualquer liame com aquele.<sup>47</sup>

O liberalismo econômico, sucessor do mercantilismo, cujos adeptos são hoje denominados neoliberais, tem, dentre seus fundamentos, a expansão do livre comércio, com o fim de aumentar a competitividade, e, por conseqüência, gerar a queda dos preços, o que, de outra parte, tem gerado muitas preocupações para organizações ambientalistas não governamentais, diante da percepção de que as relações econômicas culminam por frustrar a aplicação das leis protetivas do meio ambiente, tanto no cenário nacional, como internacional.<sup>48</sup>

A sociedade pós-moderna é, nesse contexto, uma sociedade eminentemente de consumo, traço que a distingue dos modelos pretéritos.

Bello Filho chama a atenção para a posição de destaque que o consumo assume, na base da estrutura social:

O consumo deixa de ser um elemento da vida das pessoas e passa a ser a razão de seu próprio dia a dia. A velocidade, a virtualidade, a redução das distâncias e o aumento das possibilidades de comunicação fazem do ato de consumir um ato cada vez mais fácil e dependente apenas das potencialidades do indivíduo enquanto consumidor. (...) Há uma necessidade de consumir, uma obrigação de fazer parte de um mundo inserindo-se nele não como trabalhador ou soldado, mas como consumidor. Aquele que pode comprar está incluído, e aquele que nada pode comprar está excluído do modelo social pós-moderno. Esta sensação de necessidade de consumir gera inquietude, gera mal-estar, gera depressão e condiciona a estrutura de valores do próprio indivíduo. A cartografia da sociedade indica que quanto mais consumidor, mais importante, mais incluído e mais admirado. O anseio por consumir pode levar a uma série de conseqüências, desde a insônia à compulsão e ao

---

<sup>47</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecologicamente Equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp023239.pdf>. Acesso em 19/07/2014, p. 16-18.

<sup>48</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

nervosismo. Poder consumir significa poder existir, poder estar incluído, poder ser valorizado.<sup>49</sup>

Obviamente, há uma relação íntima entre o consumo de bens e serviços e o Neoliberalismo, sendo por meio daquele que este se fortalece, somente sendo possível pensar uma economia de mercado mediante o imenso fluxo de objetos de consumo, sustentado na redução de distâncias e no abandono do espaço físico como referência do comércio.<sup>50</sup>

Certo é que as construções filosóficas desenvolvidas durante a modernidade irradiaram suas conseqüências no momento atual, do que é exemplo o desequilíbrio ecológico, derivado dos impactos contínuos das atividades humanas no meio ambiente, sendo público e notório o comprometimento dos ecossistemas terrestres. Com o crescimento extraordinário da população mundial, acompanhado da elevação contínua da demanda por recursos naturais, ladeado do processo de globalização, precipuamente econômica, acirra-se a preocupação com os efeitos que tal fenômeno possa gerar ao meio ambiente, já sendo observadas as alterações de clima, a desertificação, a degradação da camada de ozônio, o efeito estufa, a redução da biodiversidade, dentre outros.<sup>51</sup>

É fato que a globalização surtiu efeitos negativos, contrariando as expectativas positivas iniciais, sendo os principais aqueles que dizem com a concentração de renda e o aumento das desigualdades sociais, bem assim com a intensificação dos problemas socioambientais em nível global. Malgrado tenha a degradação dos ecossistemas tido início por volta da década de 50, apenas nos anos 80, o desequilíbrio ecológico passou a ser mais sentido e divulgado, observando-se aumento significativo dos riscos de comprometimento da vida em nosso planeta.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecológicamente Equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp023239.pdf>. Acesso em 19/07/2014, p. 158-9.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>51</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49-50.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 54.

A par disso, passou-se a falar na *Sociedade de Risco*, modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck, em livro que leva este mesmo nome. Para o autor alemão, cuja obra foi publicada em 1986, após o acidente nuclear de Chernobyl, na modernidade dita tardia, a produção social da riqueza passa a ser acompanhada pela produção social dos *riscos*<sup>53</sup>, cujo paradigma tem de tratar com problemas que derivam do próprio desenvolvimento técnico-econômico, em que o processo de modernização torna-se “reflexivo”, ou seja, é, ao mesmo tempo, tema e problema.<sup>54</sup>

O escritor sintetiza a argumentação, do ponto de vista social e político dos riscos, em cinco pontos: a) os riscos da modernidade tardia, produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas, diferenciam-se das riquezas, desencadeando danos definidos, no mais das vezes, irreversíveis e invisíveis; b) a distribuição e incremento dos riscos dão ensejo a situações sociais de ameaça, que acabam por alcançar também aqueles que os produziram ou que lucram com eles, no denominado efeito *bumerangue*<sup>55</sup>, pois nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles, em que as ameaças não se dirigem apenas à saúde, mas também à legitimidade, à propriedade e ao lucro, associando desvalorizações e desapropriações ecológicas; c) os riscos convertem-se, assim, em “*big business*”, sendo necessidades insaciáveis a que estiveram sempre à procura os economistas; d) nas situações de ameaça, é a consciência desta que determina a sua existência, adquirindo o conhecimento uma nova relevância política; e) na

---

<sup>53</sup> Importante destacar, no momento atual, a distinção entre perigos e riscos. Os primeiros consistem em circunstâncias de fato que sempre ameaçaram a sociedade, ao passo que os segundos são criados artificialmente pelo próprio Homem, derivando do seu livre arbítrio. Nesse contexto, o risco permanece invisível, constituindo o lado obscuro do desenvolvimento. (TESSLER, Luciane Gonçalves, *apud* BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**, p. 55).

<sup>54</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, 384 p., p. 23-24.

<sup>55</sup> Mais adiante, o autor explicita mais o efeito *bumerangue*: “(...) sob a égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a *unidade entre culpado e vítima*. No pior, no mais inconcebível dos casos – o cogumelo atômico -, isto é evidente: ele aniquila inclusive o agressor. Torna-se claro, nesse caso, que a Terra se transformou num assento ejetável, que não mais reconhece diferenças entre pobre e rico, branco e preto, sul e norte, leste e oeste. O efeito, porém, só existe quando existir, e então ele não mais existirá, pois nada mais existirá. (...) Isso é diferente no caso da crise ecológica. Ela também compromete as bases naturais e econômicas da agricultura e, em decorrência, o abastecimento de toda a população. São visíveis, neste caso, efeitos que repercutem não apenas no âmbito da natureza, mas também nos cofres dos ricos e na saúde dos poderosos.” BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 45.

sociedade de risco, emerge o potencial político das catástrofes, cuja prevenção e manejo podem envolver uma reorganização de poder e de responsabilidade.<sup>56</sup>

Lembra Beck que os riscos não são invenção moderna, porém, em tempos remotos, tinham cunho pessoal, em tom de ousadia e aventura, não guardando qualquer relação com a possível autodestruição da vida em nosso planeta. Muito embora as florestas sejam desmatadas há diversos séculos, o desmatamento contemporâneo tem o diferencial de ocorrer *globalmente*, como consequência implícita da industrialização e seu caráter moderno de *superprodução* industrial. Agora, já não estão mais cingidos ao lugar em que gerados – a fábrica -, mas, pelo contrário, ameaçam toda a vida no planeta, em suas diferentes formas.<sup>57</sup>

A globalização dos riscos tem origem antrópica, sendo a produção em massa e o constante incentivo ao consumo desenfreado e desnecessário apontados como uns dos grandes responsáveis pelo aumento dos riscos. De tal, é exemplo o elevado padrão de consumo dos países desenvolvidos, importando em ignorar a dinâmica dos recursos naturais disponíveis, o qual passou a ser dissociado da satisfação das necessidades básicas, representando, pelo contrário, um consumo sem limites e desnecessário, incompatível com qualquer política de sustentabilidade ecológica.<sup>58</sup>

As sociedades de risco, assim, defrontam-se com novos e problemáticos perigos e catástrofes, que apontam para a falência do Estado como meio regulador desses problemas e o rompimento da relação de legitimidade entre as suas instituições e as promessas de segurança dos cidadãos. A irresponsabilidade organizada - aqui entendida como a pretensão das instituições em refutar a realidade do perigo, ocultando suas origens e negando a sua existência, culpas e responsabilidades na sua produção, não se importando com o seu controle e compensação - requer uma alteração profunda na consciência do perigo, ensejando, por consequência, tensões na organização das instituições, fundamentando a necessidade de um novo modelo de organização estadual, integrado por novos

---

<sup>56</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 27-28.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 25-26.

<sup>58</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

elementos do Estado de Direito, os quais devem agregar a participação no espaço público e integrar as necessidades ecológicas.<sup>59</sup>

Denota-se, a partir da observância do fenômeno da irresponsabilidade organizada, a ineficácia da produção e proliferação normativa em matéria de proteção ambiental, inexitosa no enfrentamento da crise do meio ambiente em que nos encontramos.<sup>60</sup>

Partindo-se da insuficiência do modelo atual do Estado de Direito, fala-se em um “Estado de Direito Ambiental”<sup>61</sup> ou “Estado Socioambiental”<sup>62</sup>, que deve ser assentado na estrutura do Estado constitucional democrático, mas não só, deve ir além, ultrapassando-o, para incluir o respeito às normas ambientais, que, em última análise, confunde-se com o respeito ao direito fundamental à vida, tendo este valor, em harmonia com os valores ambientais, lugar de destaque.<sup>63</sup>

Para tanto, várias mudanças são exigidas. O sistema de mercado deverá ser revisto, de modo a privilegiar a qualidade de vida e o direito ecologicamente equilibrado, assim como o próprio direito de propriedade, visto sob o prisma de sua função não só social, mas também ambiental, observando-se os interesses da coletividade, devendo ser protegidos os bens ambientais indispensáveis. Ainda, é mister a tomada de consciência global acerca da crise ambiental, passando-se a exigir uma cidadania participativa, em que o Estado e a coletividade ajam

---

<sup>59</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, 290 p., p. 12-13.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>61</sup> Conceitua Capella: “(...) a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.” (CAPELLA, Vicente Bellver, *apud* LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**, p. 25.)

<sup>62</sup> Sarlet e Fensterseifer dão preferência a este adjetivo, por entenderem que há necessidade de uma convergência das “agendas” social e ambiental em um mesmo projeto jurídico e político para o desenvolvimento humano, capaz de abranger as dimensões social e ecológica da dignidade humana. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 188p., p. 16.)

<sup>63</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**, p. 89.

conjuntamente na proteção do meio ambiente, em uma responsabilização solidária e participativa dos Estados e dos cidadãos.<sup>64</sup>

Concluem Leite e Ayala:

Com efeito, o Estado de Direito Ambiental traz consigo um típico direito pós-moderno, fruto da sociedade científico-técnico-industrial. Diversamente do que ocorre com os tradicionais direitos sociais, que visam compulsoriamente e positivamente a criar e realizar o que não existe (habitação, serviço de saúde), o Estado de Direito Ambiental tem por finalidade garantir o que já existe (bem ambiental) e recuperar o que deixou de existir (dano ambiental). O Estado de Direito Ambiental diz respeito a um perfil modificado de direito social, exigindo, fundamentalmente, ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, de preservação e reconstituição.<sup>65</sup>

Tal concepção pode parecer uma utopia, diante das desigualdades sociais, empobrecimento das maiorias e degradação ambiental, em um planeta cujos recursos são finitos e contrapostos à produção de capital e ao consumo verificado.<sup>66</sup>

Nesse contexto de crise, desponta a relevante função dos direitos fundamentais, que, como categorias dogmáticas, representam, antes de tudo, garantias contramajoritárias, ou seja, constituem direitos acessíveis a todos, inclusive à minoria, sendo aplicados e reafirmados nas decisões judiciais, mesmo que a maioria, representada pelo legislador, ofereça oposição.<sup>67</sup>

Adverte Bello Filho para a necessidade de garantir a certeza do direito, o qual deve ser certo e seguro, ainda que a base social em que aplicado seja caracterizada pela incerteza e insegurança, traços típicos da pós-modernidade. “*O direito ao ambiente não pode ser refém da relatividade, ou da ausência de unanimidade científica*”, arremata.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**, p. 27-29.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>67</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 11.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 12.

É de Bobbio a advertência de que “[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil”<sup>69</sup>, crescendo em relevância a questão da aplicação das normas jurídicas, ressaltando o autor a intensa defasagem entre a posição da norma e a efetiva aplicação, em especial, no campo dos direitos do homem, mormente os sociais.<sup>70</sup>

É com o fito de minimizar referida defasagem e implementar os direitos fundamentais, em um Estado democrático de direito (que agora também se quer seja de Justiça Ambiental), que não tenha conteúdo meramente formal, em que a igualdade perante a lei e de oportunidades possa se desenvolver em um ambiente ecologicamente equilibrado, assegurada a efetiva participação do cidadão e de sua dignidade, bem assim da própria natureza, que se revela a importância do reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como efetivo Direito Fundamental.

---

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

<sup>70</sup> Idem, p. 77.



### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado teve inspiração no Princípio nº 1 da Declaração de Estocolmo, considerado um marco de Direito Internacional, que passou a incorporar o direito a um meio com qualidade, que permita ao Homem levar uma vida digna e com bem-estar, tendo a obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras, direito reafirmado no Princípio nº 1 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, sofrendo, ainda, influências do Princípio nº 4 da Carta da Terra.<sup>71</sup>

Assim, foi a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado positivada em nossa Constituição, no artigo 225<sup>72</sup> e seus parágrafos, além de estar contida em outros dispositivos constitucionais, em que a tutela ecológica aparece relacionada a outros direitos fundamentais, sendo conhecido o conteúdo multidisciplinar desta matéria.

Não obstante a clareza do texto, Bello Filho chama a atenção para as dúvidas que surgem quanto à sua natureza jurídica e às conseqüências desta positivação, em especial, quanto à geração de direitos subjetivos individuais e coletivos; à sua caracterização ou não como norma apta a compelir o Legislativo a elaborar leis em prol da efetivação deste direito ou se o enunciado representa, tão somente, um valor jurídico.<sup>73</sup>

Tem prevalecido na doutrina o entendimento de que a proteção ambiental foi alçada ao *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade pelo constituinte brasileiro, que a consagrou como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito (Sócio) Ambiental, sem olvidar os deveres

---

<sup>71</sup> MELO, Melissa Ely. **Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 212 p., p. 48-49.

<sup>72</sup> "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>73</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17-18.

fundamentais nessa matéria. Reconhece-se, portanto, uma dupla funcionalidade<sup>74</sup> da proteção ambiental em nosso ordenamento, sendo, ao mesmo tempo, um objetivo/tarefa estatal, e um direito/dever fundamental individual e coletivo, representando um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico.<sup>75</sup>

Dessa feita, não é possível conceber o enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal como norma programática, sob pena de transformá-la em mera exortação à comunidade e aos poderes públicos para a preservação dos valores ambientais, retirando-lhe a sua força vinculante normativa intrínseca. Tampouco poderá ficar resumida à vinculação do legislador, o que traduziria uma eficácia diminuta de tal concepção.<sup>76</sup>

Ele corresponde, portanto, a um direito formal e materialmente fundamental. Malgrado não tenha sido incluído no catálogo do artigo 5º, tendo sido relacionado juntamente com a “ordem social”, pode ser entendido como direito fundamental, à vista da abertura material, ditada pelo § 2º<sup>77</sup> do citado dispositivo, e que, consistindo em cláusula pétrea, possui aplicabilidade direta.<sup>78</sup>

De fato, a cláusula de abertura autoriza que direitos e garantias possam ser encontrados, inclusive, fora da Constituição, sejam escritos ou não escritos, explícitos ou implícitos, bem assim positivados em tratados internacionais, não

---

<sup>74</sup> A constatação de que os direitos fundamentais traduzem uma dupla perspectiva, podendo ser considerados tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, segundo Sarlet, constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, em que pese no direito pátrio a perspectiva objetiva não ter sido objeto de estudos mais profundos, desenvolvida a partir da idéia de que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, cujos efeitos são irradiados em todo o ordenamento jurídico, além de servir de parâmetro aos três poderes. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 155-157)

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**, p. 13-14.

<sup>76</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**, p. 30-31.

<sup>77</sup> “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>78</sup> MELO, Melissa Ely. **Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49,

podendo vingar, por conseqüência, a tese de que os direitos fundamentais elencados nos artigos 5º, 6º e 7º correspondem a meros enunciados normativos.<sup>79</sup>

Por conseguinte, tem-se que instrumentos internacionais firmados e ratificados pelo Brasil apresentam-se como direitos materialmente fundamentais, do que são exemplo as Convenções sobre o Direito do Mar, sobre a Diversidade Biológica e Quadro sobre a Mudança do Clima.<sup>80</sup>

Diz-se que os direitos são *fundamentalmente formais* quando estão presentes no catálogo dos direitos fundamentais do texto constitucional, estando no topo do ordenamento jurídico, e, em razão disto, submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional, representando normas diretamente aplicáveis, que vinculam as entidades públicas e privadas, ao passo que a *fundamentalidade material* está relacionada à importância de seu conteúdo, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, equiparando-se os direitos fundamentalmente materiais aos primeiros (em sentido formal). Os direitos fundamentais em sentido formal também são dotados do sentido material.<sup>81</sup>

Por sua vez, o princípio constitucional da preservação ambiental é apontado como fundamento material para construção do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, na dicção de Bello Filho:

Dentre os diversos princípios que podem sustentar a norma de direito fundamental ao ambiente, salta aos olhos o próprio princípio da preservação ambiental. O princípio da preservação ambiental faz as vezes de princípio fundamental, sendo, a um só tempo impositivo e conformador. Trata-se de um princípio que insculpe um valor fundamental, um objetivo a ser cumprido pelo Estado e pela sociedade, além de se revelar como um princípio que impõe tarefas ou deveres ao legislador infraconstitucional, ao Estado e sociedade civil. No mesmo sentido, o princípio da preservação ambiental também se impõe como um princípio constitucional especial.<sup>82</sup>

Benjamin destacou a tendência mundial e irreversível da constitucionalização do ambiente, que representa a adoção de uma nova postura

<sup>79</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36.

<sup>80</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>82</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. Op. Cit., p. 240.

(nova ética), em que a avaliação econômica dos recursos ambientais perde a sua primazia, pois passa a ser contrabalançada com outros valores, tais quais a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas e os efeitos, a longo prazo, da exploração da natureza.<sup>83</sup>

Dentre os benefícios desta tendência, encontra-se o estabelecimento de um “dever de não degradar”, que se contrapõe ao “direito de explorar”, inerente ao direito de propriedade, alterando-se, radicalmente, o paradigma clássico da exploração econômica da terra, submetendo-se o direito de explorar ao respeito à saúde humana e à manutenção dos processos e funções ecológicas essenciais. A constitucionalização presta-se, assim, a contrabalançar as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade, impondo limitações implícitas e explícitas, como as atinentes à função sócio-ambiental da propriedade.<sup>84</sup>

A caracterização do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental atrai a incidência das qualidades peculiares à espécie, destacando-se a inalienabilidade, qualificando-se tais direitos como intransferíveis e inegociáveis, ante a ausência de conteúdo econômico-patrimonial; a imprescritibilidade, por jamais deixarem de ser exigíveis; a irrenunciabilidade, pois ainda que não sejam exercidos, não admitem renúncia.<sup>85</sup>

A par disso, as normas constitucionais ambientais modificam o substrato normativo que circunda o funcionamento estatal, legitimando, facilitando e também obrigando a intervenção estatal em favor do meio ambiente, que deve ser preventiva e positiva (aqui, aparecem associadas ao *Welfare State*, exigindo, acima de tudo, prestações positivas e afirmativas da Administração). Ou seja, os comandos constitucionais operam uma autêntica redução da discricionariedade da

---

<sup>83</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: IMESP, 2002, 840 p., p.92-93.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 93-94.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994, 768 p., p. 166.

Administração Pública, impondo ao administrador a permanente consideração do meio ambiente, optando pela medida menos gravosa ao equilíbrio ecológico.<sup>86</sup>

As normas constitucionais ambientais compõem os denominados direitos da **terceira geração**, chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção dos grupos humanos, cuja titularidade é difusa ou coletiva, e, na maior parte das vezes, indefinida e indeterminável, reclamando novas técnicas de garantia e proteção, refletindo reivindicações surgidas a partir da crescente massificação social, do impacto tecnológico, do estado de beligerância, e do processo de descolonização posterior à II Guerra Mundial, dentre outros fatores.<sup>87</sup>

Os direitos de terceira geração, juntamente com os de quarta, em sua grande parte, ainda não tiveram positivação constitucional, em que pese o gradual reconhecimento na esfera internacional, o que conduziu Bobbio a considerá-los como “[...] expressão de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza.”<sup>88</sup>

E neste ponto, destaca-se um dos aspectos negativos ou riscos da constitucionalização de referidos direitos, quando ainda não se encontrem suficientemente amadurecidos, correndo-se o risco de que caiam na mera retórica, sem resultados concretos na operação jurídica do cotidiano das pessoas. Certo é que *“quem pouco valor dá ao texto constitucional em outros campos tradicionais, pouca atenção vai dedicar à tutela ambiental constitucionalizada”*.<sup>89</sup>

É preciso, portanto, centrarmos um pouco a atenção sobre o objeto de proteção constitucional, procurando identificar o que se entende como meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de não nos perdermos na retórica, e, como consequência, dotar de maior valor e aplicação prática a tutela ambiental.

---

<sup>86</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**, p. 95.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 464 p., p. 57.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 9.

<sup>89</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). Op. cit, p. 97-98.

### 3.1 O objeto de tutela: o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Preliminarmente, é preciso destacar o caráter de transdisciplinaridade que envolve o direito ambiental e o próprio conceito de meio ambiente, em razão da interdependência e interação na relação homem-natureza, estudada pela ecologia (ciência da casa, derivada da palavra grega *oikos*, que significa casa), não sendo possível separar o homem da natureza, dada a sua dependência em relação a esta para a sua sobrevivência. Assim, o meio ambiente é conceito derivado e relacionado ao homem, porém, “(...) *interdepende da natureza como duas partes de uma mesma fruta ou dois elos do mesmo feixe.*”<sup>90</sup>

Esta interdependência é vista por Camino como uma teia infinita entrelaçada e inter-relacionada:

Numa visão ecológica, tudo que existe, coexiste. Tudo que coexiste, preexiste. E tudo o que existe e preexiste, subsiste através de uma teia infinita de relações omnicompreensivas. Nada existe fora da relação. Tudo se relaciona com tudo em todos os pontos.<sup>91</sup>

Desponta, claramente, de tais colocações, que a conceituação contemporânea de meio ambiente não comporta a posição antropocêntrica tradicional, sendo necessária uma maior “humildade zoológica” da humanidade, considerada como integrante da natureza, sem compreender o nosso desenvolvimento mental como privilégio superior.<sup>92</sup>

Por outro lado, tampouco é possível conceituar meio ambiente em total dissonância à feição antropocêntrica, já que a sua proteção é dependente da ação humana. Tal concepção é observada no primeiro princípio da Eco/92, apregoando que “*os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento*”

---

<sup>90</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002 p. 40-42.

<sup>91</sup> CARMINO, Maria Ester Mena Barreto, *apud* LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 42.

<sup>92</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, 448 p., p. 213.

*sustentável*”; porém, deve ser associada a outros elementos e valores, sendo menos centrada no Homem.<sup>93</sup>

Em que pese a consagração da expressão “meio ambiente”, ela é apontada, por diversos autores, como pleonástica. Isso porque “ambiente” e “meio” são expressões sinônimas, já que “meio” é tudo aquilo que envolve, o que vem a corresponder a ambiente.<sup>94</sup>

A necessidade de reforçar o sentido significativo dos termos, mediante expressões compostas, é prática que decorre de um enfraquecimento sofrido no sentido do termo, visando a reforçá-lo, ou porque não mais satisfaz, psicologicamente, a linguagem que se quer expressar, fenômeno que influenciou o constituinte brasileiro.<sup>95</sup>

No italiano, emprega-se apenas a palavra ambiente, correspondendo a três noções: paisagem, incluindo belezas naturais, centros históricos, parques e florestas; objeto de movimento normativo ou de idéias sobre defesa do solo, do ar e da água; objeto da disciplina urbanística.<sup>96</sup>

O termo tem origem latina (*ambiens, entis*: que rodeia), sendo encontrada no italiano, com grafia idêntica ao português; em francês, *ambient*; e, em inglês, *environment*.<sup>97</sup>

Afonso da Silva defende a utilização da expressão meio ambiente, conceituando:

O *ambiente* integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive. Daí por que a expressão “meio ambiente” se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra “ambiente”. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação

<sup>93</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002., p. 44.

<sup>94</sup> Dentre outros, MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, 1126 p., p. 51-52.

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, 349 p., p.19-20.

<sup>96</sup> GIANNINI, Massimo Severo, *apud* SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, 349 p., p. 20.

<sup>97</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Op. cit.*, p. 52.

desses elementos. O *conceito de meio ambiente* há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.<sup>98</sup>

Tal conceito indica a existência de três aspectos do meio ambiente, a saber: o *meio ambiente artificial*, correspondente ao espaço urbano construído, incluindo edificações e equipamentos públicos, ou seja, o espaço urbano fechado e o aberto; o *meio ambiente cultural*, constituído do patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que é obra do Homem, tendo valor especial em razão do sentido que adquiriu ou do que foi impregnado; o *meio ambiente natural ou físico*, integrado pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, ou seja, oriundo da interação dos seres vivos e do seu meio.<sup>99</sup>

O Direito Ambiental, portanto, é um Direito sistematizador, que busca articular a legislação, a doutrina e a jurisprudência atinente aos elementos integradores do ambiente, sem isolar os temas ambientais, como o direito das águas, da atmosfera, do solo, o Direito Florestal, da fauna e da biodiversidade, buscando interligar os temas com a identidade dos instrumentos de prevenção, reparação, informação, monitoramento e participação.<sup>100</sup>

Assim, considerado que o ser humano integra um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente, restando ultrapassada a idéia de que o Homem domina a natureza, mas, antes disso, deve buscar um convívio pacífico com ela, sob pena do próprio extermínio da espécie, já que a natureza é finita e pode ser degradada pela utilização perdulária dos recursos naturais, a luta por esta convivência harmônica passou a configurar missão política, ética e jurídica de todos os cidadãos, em uma concepção de *antropocentrismo alargado*<sup>101</sup>, adotada por nosso direito positivo.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>100</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54-55.

<sup>101</sup> Leite e Ayala explicam que a visão alargada do antropocentrismo acentua a responsabilidade do homem em relação à natureza, passando este a exercer a função de “guardião da biosfera”, surgindo uma solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica que integra, de modo interdependente. A responsabilidade pela integridade da natureza, nessa perspectiva, é alçada a



Na acepção do artigo 225 da Constituição Federal, o meio ambiente é considerado com bem de uso comum do povo e como sistema de inter-relações de todas as condições, leis e influências que regem e abrigam a vida em todas as suas formas<sup>103</sup>, assim sendo considerado como “macrobem”<sup>104</sup>, adotando-se a ótica globalizada e integrada, o que já se observava na legislação infraconstitucional (Lei nº 6.938/81, artigo 3º, I).

Como *macrobem*, o meio ambiente é caracterizado como “bem de uso comum do povo”<sup>105</sup>, incorpóreo e imaterial, significando que o proprietário, seja público ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, submetendo-se, inclusive, a iniciativa privada à dita qualidade, pois a proteção constitucional impõe a observância do princípio da proteção ambiental à atividade econômica. De se observar o equívoco na qualificação do bem ambiental como patrimônio público, sendo um bem que pertence à coletividade, já que é essencial à qualidade de vida. Logo, sua disciplina não pode ser tratada conjuntamente com a definição de bens públicos e privados do Código Civil.<sup>106</sup>

Por fim, de grande relevância a advertência de Afonso Silva, quanto ao objeto da proteção constitucional:

[...] o objeto do direito não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. **O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu em um bem jurídico.** A isso é que a Constituição define como *bem de uso*

---

verdadeira condição para assegurar o futuro do homem LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 48).

<sup>102</sup> Ibidem, p. 45-49.

<sup>103</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 277 p., p. 83.

<sup>104</sup> Dentre outros, LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. Op. cit., p. 50.

<sup>105</sup> A tradicional classificação do Código Civil separa os bens em públicos e particulares, considerando no primeiro grupo, os pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios, enquanto os demais são particulares. Já, os bens públicos são divididos em três tipos: os de uso comum do povo (mares, rios, estradas e praças); de uso especial (edifícios ou terrenos aplicados a serviços ou estabelecimentos federais, estaduais, municipais, autárquicos ou do Distrito Federal); dominiais, que constituem patrimônio dessas entidades, nos termos do artigo 66. Passou-se a defender a existência de outra categoria de bens, de interesse público, aqui incluídos aqueles que integram o meio ambiente natural e cultural. (Conforme SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83).

<sup>106</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. Op. cit., p. 51-52.

*comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida. [...] São *bens de interesse público*, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo.<sup>107</sup>

Observada a caracterização do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, bem assim da grande relevância de sua proteção e da adoção de medidas que visem à sua máxima efetividade, mostra-se importante verificar como são resolvidas as questões que envolvem a colisão deste direito de grandeza máxima para a humanidade e para o planeta com outros direitos fundamentais, o que, no mais das vezes, resulta em restrições aos direitos envolvidos, produzidas em atividade de ponderação, eminentemente concretizadora, ou seja, ao fim e ao cabo, “[...] a definição do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é sempre tomada quando da resolução do caso concreto.”<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83-84, grifos não existentes no original.

<sup>108</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

## II – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PARÂMETROS DECISÓRIOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E SUSTENTÁVEL

### 1 CRIAÇÃO JUDICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SISTEMA JURÍDICO

No sentir de Perelman<sup>109</sup>, a idéia de um sistema de direito, tal qual um sistema de lógica ou de matemática, encontra-se tão afastada da idéia do direito consuetudinário e do direito que emana de uma autoridade soberana, que somente pode ser concebida após um longo trabalho teórico. Assim, a tradição jurídica ocidental desenvolveu-se devido à contribuição do direito romano e do direito canônico, inspirando e completando as soluções regionais e nacionais; a própria idéia do sistema de direito positivo foi precedida por obras teóricas, que, sob influência do racionalismo, desenvolveram sistemas de direito natural ou racional, partindo do modelo de sistemas de geometria.<sup>110</sup>

Contudo, a diferença entre o sistema jurídico e os demais sistemas formais, cuja construção tem forma rígida e signos unívocos, reside no fato de que estes não têm interação com os elementos que lhe são exteriores, contrariamente àquele, pois

se é verdade que o direito visa ao estabelecimento de uma ordem estável, que garantiria a segurança jurídica, a uniformidade (a igualdade perante a lei) e a previsibilidade, **ele nunca pode ser isolado do contexto social no qual se supõe que atue**. Com efeito, mesmo que se reconheça o papel específico do direito, a busca pela segurança jurídica, **a busca de um consenso social não lhe permite desprezar os valores que ele compartilha com a moral e a política, a saber: a justiça e o bem comum ou o interesse geral**. [...] Enfim, o caráter rígido, portanto estático, do sistema não poderia resistir indefinidamente às mudanças, de ordem técnica e cultural, ocorridas na sociedade. Com efeito, se o direito é encarado sob seu aspecto teleológico, ou seja, como um meio visando a um fim que deve ser realizado no seio de uma sociedade em mutação, **ele não pode ser indiferente às conseqüências de sua aplicação. Para adaptar-se a seu papel de meio, o direito deverá flexibilizar-se, introduzir em sua estrutura e em sua formulação elementos de indeterminação** [...] Daí resulta que, apesar do parecer de certos positivistas, preocupações

<sup>109</sup> Perelman, ao lado de Viehweg e de Toulmin, com suas obras sobre a retórica, a tópica e a lógica informal, fundaram os pilares da teoria da argumentação jurídica contemporânea, compartilhando entre si “[...] a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos”. In: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, Teorias da Argumentação Jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. 238 p., p. 45.

<sup>110</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 420-2.

ideológicas, de ordem moral, religiosa ou política, não podem ser alheias ao direito, pois exercem grande influência sobre a efetividade do sistema e sobre a maneira pela qual as regras de direito são interpretadas e aplicadas.<sup>111</sup> (grifos inexistentes no original)

A idéia de um sistema interno e um sistema externo contrapostos é atribuída a Heck, tendo fundo positivista, pois em sua concepção originária, permitia concluir pela irrelevância do segundo. Tal merece ser superado pela síntese de ambos, pois sendo o Direito um fenômeno cultural, cuja existência depende da criação humana, sendo estruturado a partir da adoção de determinadas “bitolas de comportamento” pelos membros de um corpo social, mormente em face do desenvolvimento da sociedade e de sua complexidade, a demandar reduções dogmáticas (generalizações simplificadoras, que permitem a transmissão destes conhecimentos), o sistema externo é não só necessário, como imprescindível, pois é o seu manuseio que possibilitará o conhecimento das conexões materiais internas do Direito, e que, por isso, influenciará o sistema interno, sendo o inverso também verdadeiro. Estando a lógica imanente do Direito interligada às proposições externas necessárias ao seu estudo e aprendizagem, ambas formam um todo, cuja dissociação somente poderá ser feita mediante abordagens analíticas, razão por que, “quando se fala em sistema, no Direito, tem-se em mente uma ordenação de realidades jurídicas, tomadas nas suas conexões imanentes e nas suas fórmulas de exteriorização”, resultando daí também a importância dada à ordenação legislativa em face das soluções jurídico-materiais.<sup>112</sup>

Muitas vezes, o Direito é definido como um sistema de poder, sendo também comum a sua identificação como um sistema de normas, sendo ambas opiniões unilaterais, pois, conforme Aarnio,

El derecho no es únicamente un sistema de poder ni tampoco exclusivamente un sistema de normas. El derecho y la realidad social interactúan de muchas formas diferentes. Sin duda, el sistema jurídico es un producto de las relaciones de poder. [...] El efecto entre las estructuras básicas del derecho y la sociedad no es paralelo. El sistema jurídico

<sup>111</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 423-4; 427.

<sup>112</sup> CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311 p, p. LXVII-LXIX (prefácio).

reinfluye en la sociedad, ya que el derecho forma también relaciones sociales.<sup>113</sup>

O sistema<sup>114</sup> jurídico é definido por Canaris como uma ordenação axiológica ou teleológica - aqui entendida não no sentido estrito, de mera conexão de meios aos fins, mas no sentido mais lato, de cada realização de escopos e valores - de princípios gerais de Direito, cuja abertura aponta, do ponto de vista da qualificação do sistema como “científico”, para um conhecimento científico incompleto, em que cada sistema científico é apenas um “projeto de sistema”, exprimindo o estado dos acontecimentos do seu tempo, jamais podendo ser sua tarefa a de fixar o desenvolvimento do Direito em um determinado estado; de outra parte, a abertura, que leva em conta o aspecto “objetivo” do sistema, significa que, como unidade de sentido, ele, como a ordem jurídica, não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade. Assim,

[...] a abertura do sistema objetivo resulta da essência do objeto da jurisprudência, designadamente da essência do Direito positivo como um fenômeno colocado no processo da História, e, como tal, mutável [...] Retira-se, de fato, daqui, que a formulação do sistema jurídico – possivelmente em oposição a outras Ciências – nunca pode chegar ao fim, antes sendo por essência, um processo infundável [...] a abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes aquele surge aberto porque esta – por razões exteriores à problemática do sistema – é admissível.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 30-1.

<sup>114</sup> Cordeiro, que prefaciou e traduziu a obra deste autor para a língua pátria, apresenta os quatro requisitos do sistema, em consonância ao “novo pensamento sistemático”, o qual é “capaz de responder a uma realidade em evolução permanente e que tenha em conta os atuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade neles decorrentes”, do qual é representante Canaris, ou seja: um sistema *aberto*, no duplo sentido de extensivo (por oposição a pleno, que admite questões a ele exteriores) e intensivo (oposto de contínuo, compatibilizando-se, em seu interior, com elementos materiais que lhe sejam estranhos); *móvel*, por não postular proposições hierarquizadas, mas intermutáveis; *heterogêneo*, apresentando em seu corpo, áreas de densidade diversas, que vão desde as coberturas integrais, representadas por proposições rígidas até às “quebras intra-sistemáticas” e as “lacunas rebeldes à analogia”; por fim, *cibernético*, ao atentar nas conseqüências das decisões que legitime, efetuando modificações e adaptações em razão destes elementos periféricos. CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CXII-CXIII - prefácio.

<sup>115</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 66-112.

Outrossim, não se há que perder de vista que no dado, “[...] matéria prima da nossa vivência, realidade e valor se apresentam caoticamente entrelaçados”<sup>116</sup>, pois, ainda que disso não tenhamos consciência, tanto o valor como o desvalor advêm de nós, observadores, não das coisas ou dos homens a quem qualificamos. Assim,

O direito é obra humana e como tal só pode ser compreendido a partir da sua idéia [...] O direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor. O conceito do direito não pode ser determinado de modo diferente do que é dado, cujo sentido é o de tornar real a idéia do direito. O direito pode ser injusto (*summum ius – summa iniuria*), mas só é direito por ter o sentido de ser justo. Contudo, a própria idéia do direito, princípio constitutivo, e simultaneamente escala de valor para a realidade jurídica, pertence à atitude valorativa.<sup>117</sup>

Tendo o Direito uma natureza cultural, já que faz parte da categoria das criações humanas, cuja complexidade causal e evolução paulatina as dotam de imprevisibilidade, não é possível sua subsunção a modelos rígidos de lógica formal, sendo visto como fenômeno “pré-dado”; porém, de um outro ponto de vista, está assentado em decisões que se pretende sejam previsíveis, cuja variação obedeça a regras, que sejam estruturadas cientificamente, constituindo esses os dois pólos da realidade jurídica, ou seja, a natureza cultural do Direito e a necessidade de dotar as decisões jurídicas de uma estruturação científica, que se encontram em permanente tensão, na qual a idéia de sistema representa a “base de qualquer discurso científico, em Direito”, a favor da qual podem ser mencionados aspectos como o da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática; da identificação das instituições como sistemas de ações e interações; do Direito como um sistema de comunicações, dentre outros, e, em especial, “a necessidade de, na sua

---

<sup>116</sup> Radbruch destaca quatro atitudes (atitude “cega para o valor”, atitude “valorativa”, atitude “que se refere a valores”, e atitude “que supera o valor”, sendo exemplos a atitude metodológica das ciências naturais; a atitude sistemática da filosofia; a atitude metodológica das ciências da cultura e a religião, respectivamente) correspondentes a uma forma quádrupla do dado: ser, valor, sentido e essência. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Traduzido por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 05-10.

<sup>117</sup> Idem, p. 10-1.

comunicação, utilizar uma linguagem inteligível e redutora, sob pena de inabarcável complexidade. Ou seja: há um sistema interno e deve haver um externo” .<sup>118</sup>

Parte-se, com Canotilho, da compreensão de um sistema jurídico do tipo aberto, composto de regras e princípios, em que se fala de sistema jurídico, por ser um sistema dinâmico de normas<sup>119</sup>; de sua abertura, em razão da estrutura dialógica, cujas normas se mantêm porosas, a ponto de absorverem as alterações da realidade e das concepções mutáveis de “verdade” e “justiça”; de um sistema normativo, visto que as expectativas, relacionadas a valores, programas, funções e pessoas, são estruturadas por meio de normas; por fim, composto de regras e princípios, consistindo nas formas como se apresentam as normas do sistema.<sup>120</sup>

Na atualidade, verifica-se a crescente perda de espaço das regras legais em face dos princípios, que passam a ocupar um local especial e central no sistema, por representarem, concomitantemente, os meios e os fins do Direito, e que, ao lado das regras, asseguram a unidade do sistema jurídico. O sistema combina com a idéia de abertura, fazendo do Direito “[...] ao mesmo tempo, um lugar de preservação e de inovação”, no qual ganha destaque o elemento da hierarquia, mais material do que formal, despido da qual aquele afundaria na irracionalidade.<sup>121</sup>

As normas ou regras são expressões de uma escolha axiológica, em que um valor é preferido, relativamente a outro, estando a mediação hierárquico-axiológica presente em todas as faces da conduta humana, revelando-se, pois, a hierarquização hermenêutico-axiológica em verdadeiro metacritério ordenador de todos os sistemas hermenêutico-jurídicos.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, p. LXI-LXVI (prefácio).

<sup>119</sup> Bobbio explica que no sistema dinâmico, as normas que o compõem são derivadas umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do conteúdo, mas pela *autoridade* que as colocou, diferentemente do sistema estático, do qual são exemplo os ordenamentos morais. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 184 p., p. 72-3.

<sup>120</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 1.143.

<sup>121</sup> PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74-85.

<sup>122</sup> Idem, p. 85.

Tal hierarquização não deve ser realizada como aplicação de um “Direito livre”, havendo limites formais e substanciais a serem observados, conforme Freitas:

Hierarquizar é, pois, a nota suprema da interpretação jurídica como um todo. Hierarquizando os princípios e as regras constitucionais, mais evidentemente transparece o papel concretizador do intérprete de ser o positivador que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador. [...] Preferível, por isso mesmo, afirmar que o intérprete constitucional em geral (e, de modo maiúsculo, o magistrado), de certo jeito, positiva o Direito, por derradeiro. Fora de dúvida, o juiz (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica no processo.<sup>123</sup>

É de ser salientada a supremacia da Constituição, e seu papel de “topos conformador da atividade hermenêutica”<sup>124</sup>, trazendo unidade ao sistema, a “Lei das leis”, “Direito dos Direitos”, como bem se infere do conceito dado por Bonavides, para quem a Constituição é “o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.”<sup>125</sup>

Portanto, é no contexto de um sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito (Ambiental), do tipo aberto, composto de regras e princípios, cuja unidade é conferida pela Constituição, que há de se pensar o papel criativo (concretizador) dos juízes, onde os direitos fundamentais e os princípios se apresentam como importantes nortes orientadores, por traduzirem valores que consubstanciam a própria ideologia do Estado e da cidadania.

Tais direitos, todavia, por vezes, colidem entre si, havendo, em outras circunstâncias, colisão entre os diversos valores representados pelo direito fundamental em estudo, a exigir uma tarefa de ponderação do intérprete, iluminada

<sup>123</sup> FREITAS, Juarez. “O Intérprete e o Poder de dar Vida à Constituição.” In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 230-1.

<sup>124</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p., p. 445, citando Rui Medeiros, explicita quatro funções da Constituição no desenvolvimento de referida tarefa: função de apoio ou de confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos interpretativos; função de escolha entre várias soluções que não se mostram incompatíveis com a letra da lei; função de correção dos sentidos literalmente possíveis; função de revisão da lei através da atribuição à constituição de um peso decisivo e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação.

<sup>125</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p., p. 585.



por metaprincípios (proporcionalidade, razoabilidade), em que despontam com muita relevância os princípios estruturantes do direito ambiental (prevenção, precaução e sustentabilidade), como veremos a seguir.

## 2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PARÂMETROS DECISÓRIOS

A partir da constatação de que o papel dos juízes é muito mais complexo do que originariamente se pensou, sendo toda interpretação judicial “law making”, na qual se insere forte carga discricionária e axiológica, poder-se-ia concluir que a atividade jurisdicional é arbitrária, em que uma infinidade de sentidos pode ser extraída dos textos normativos, repousando a escolha na mera liberalidade do intérprete, influenciada simplesmente por suas convicções e preferências pessoais. Nada mais equivocado, contudo.

É no contexto de um sistema jurídico aberto, cuja estrutura porosa torna possível o intercâmbio com os fatores que lhe são externos, sendo, ademais, também parte de um sistema maior, com o qual interage, atuando sobre ele e dele recebendo influência, que o Direito há de ser pensado, não podendo ser olvidada sua característica de fato e de valor cultural.

Nesse enfoque, há de se ter em vista que a sociedade para a qual são endereçadas as disposições legais deve ser convencida de sua adequação e aceitá-las, em especial, as decisões que nelas se fundamentam, pois, como sustenta Aarnio, a validade formal não é mais a única base de legitimidade, a qual, em última análise, situa-se na própria sociedade, e, por isso, a interpretação-aplicação do Direito há de considerar as expectativas e os valores assentes na comunidade. Destaca o autor:

Sin embargo, en las sociedades modernas, la validez formal no es la única base de legitimidad. Por el contrario, es posible hablar de crisis de legitimidad en aquellas situaciones en las que puede darse más de una interpretación bien fundada para una cierta ley. [...] la crisis de la legitimidad es, a menudo, una crisis de los sistemas de valores. Por consiguiente, es imposible conceptualizar el problema tomando en cuenta solo el sistema (el orden jurídico como sistema de normas formalmente válidas). [...] El orden jurídico es un orden de poder y la aplicación del derecho es el uso de este poder. Esta es la razón pela cual el derecho es – al mismo tiempo – “un ciudadano de dos mundos”. Es una herramienta formal para organizar la vida social en una forma predecible, pero la legitimidad del derecho (o de las interpretaciones/decisiones jurídicas) depende de la comunicación lingüística y de la comprensión mutua que resulta en esa comunicación [...] En este sentido, la fuente última de la legitimidad se encuentra en la sociedad misma [...] Sólo aquella interpretación que toma en cuenta las expectativas de la mayoría de la sociedad puede, a la larga, obtener aceptabilidad por partes de esa mayoría. Lo importante en este respecto es

la expectativa de certeza jurídica. Ella es una medida de cómo e cuándo puede lograrse la aceptabilidad racional. [...] la certeza jurídica está estrechamente vinculada con el sistema de valores de la sociedad y por ello, las interpretaciones aceptables tienen que ser no sólo racionales sino razonables.<sup>126</sup>

A preocupação acerca da arbitrariedade<sup>127</sup> traz em seu âmago a expectativa de segurança jurídica, que, se em um sentido estrito, significa que todo cidadão tem o direito de esperar proteção jurídica, em um sentido amplo, compreende dois elementos substanciais: que seja evitada a arbitrariedade (a), e que a decisão seja “correta” (b). De um lado, a previsibilidade das decisões é imprescindível ao planejamento racional da sociedade, constituindo requisito de coesão social, e, de outro, sobressai o aspecto substancial da certeza jurídica, que pressupõe devam as decisões estar em consonância ao direito válido, mas não apenas isso, devendo guardar também coerência com outras normas sociais. Isso porque as normas jurídicas não podem ser tidas como “completamente autônomas” em relação às outras normas sociais, sendo constituídas, ao menos em parte, de normas morais e sociais, e que, “en cierto modo [...] actúan interconectadamente”.<sup>128</sup>

Na sociedade moderna, o apoio do julgador meramente na autoridade formal como meio de justificar uma decisão – que se espera adequada, necessária e proporcional – é insuficiente, pois são exigidas razões. “La responsabilidad del juez

<sup>126</sup> AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**, Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p., p. 295.

<sup>127</sup> Carrió acentua a dificuldade de definir no que consiste a “sentença arbitrária”, no sentido de identificar a propriedade (“arbitrariedade”) que seja comum a todas, relembrando as tentativas doutrinárias de sua conceituação, em que Linares a identificou como a “sentença que excede o limite de possibilidades interpretativas que o ordenamento deixa ao arbítrio do juiz”, ou a “sentença ditada fora do gênero legal”, conceitos por demais redutivos, merecendo críticas de Imaz, que sustentou sua insuficiência, propondo a tese do “erro inescusável”, no duplo aspecto da contradição lógica e total deficiência axiológica, fórmula que, segundo Carrió, também peca por ser muito genérica. Em face disso, ele parte da análise jurisprudencial, para apontar critérios de aplicação da fórmula “sentença arbitrária”, de acordo com a Corte Argentina: (I) quanto ao objeto, são aquelas que ou deixam de resolver as questões propostas ou resolvem questões não trazidas; (II) quanto aos fundamentos da decisão: (a) no que tange ao estabelecimento da premissa maior, os julgadores arrogam o papel de legisladores e não se limitam pela ordem jurídica; prescindem do texto legal, sem justificação plausível; aplicam preceitos derogados; optam por aplicar modelos de excessiva amplitude, ao invés de normas positivas diretamente aplicáveis; (b) quanto ao estabelecimento da premissa menor: prescindem de prova decisiva; invocam prova inexistente ou contradizem, arbitrariamente, outras instâncias dos autos; (c) quanto ao estabelecimento da premissa maior ou da premissa menor, ou ao trânsito delas até a conclusão: fazem afirmações dogmáticas; incorrem em excessos formalísticos ou rituais; são auto-contraditórias; (III) aos efeitos da decisão: deixam sem efeito decisões definitivas certas. In: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, p. 286-98.

<sup>128</sup> AARNIO, Aulis. Op. cit., p. 26-7.

se ha convertido, cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”<sup>129</sup>, residindo o fundamento do exercício do poder judicial na aceitação de suas decisões, não na posição formal de poder que detenha, sendo a responsabilidade de justificar que vai maximizar o controle público da decisão, além de também se constituir em um meio de assegurar a presença de certeza jurídica na sociedade.<sup>130</sup>

A idéia de razão sempre ocupou um papel relevante no direito, estando na base do direito natural, modernamente reconduzido à racionalidade do legislador, enquanto as noções de “razoável” e “desarrazoado” não encontraram muita utilização nas teorias do direito, em que pese na prática do raciocínio jurídico, as segundas intervenham bem mais freqüentemente do que “racional” e “irracional”, relembra Perelman, para quem isso torna “[...] fútil qualquer tentativa de reconduzir o direito a um formalismo e a um positivismo jurídico”<sup>131</sup>. Assim, um direito ou poder que forem exercidos de modo desarrazoado - seja por abuso de direito, excesso ou desvio de poder, má-fé, aplicação ridícula, inadequada de disposições legais, ou contrária aos princípios gerais do direito comuns aos povos civilizados, dentre outros – será censurado, por inadmissível, constituindo o desarrazoado verdadeiro limite para qualquer formalismo em matéria de direito. Conclui:

Enquanto, em direito, as idéias de razão e de racionalidade foram vinculadas, de um lado, a um modelo divino, do outro à lógica e à técnica eficaz, as do razoável e de seu oposto, o desarrazoado, são ligadas às reações do meio social e à evolução destas. Enquanto as noções de “razão” e de “racionalidade” se reportam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais como as idéias de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável. Todo direito, todo poder legalmente protegido é concedido com vistas a certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto ao modo como exerce. **Mas nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é de direito.**<sup>132</sup> (grifos inexistentes no original)

O conceito de racionalidade pode ser usado de diversos modos. Assim, a racionalidade jurídica, referida ao paradigma da dogmática jurídica; a racionalidade

<sup>129</sup> AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29.

<sup>130</sup> Idem.

<sup>131</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996., p. 429.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 427-9; 436-7.

teleológica ou finalista, cuja importância cresce à medida da flexibilidade das normas que façam parte do sistema; a racionalidade institucional, sendo aquela implicada no próprio sistema jurídico, constituída em verdadeira “precondición social de todo razonamiento jurídico”.<sup>133</sup>

Já, a aceitabilidade racional, conforme Aarnio, é um fenômeno distinto, sendo uma característica do resultado final do procedimento de justificação jurídica, da qual se fala em relação aos pontos de vista interpretativos. Por sua vez, a interpretação jurídica, como qualquer interpretação, é um diálogo, uma forma de comunicação humana, podendo ser chamada de “racionalidade comunicativa” (Habermas), estando vinculada com a argumentação e o convencimento, sendo, portanto, “a base da compreensão humana, e, ademais, a base da aceitabilidade”. O conceito de aceitabilidade está vinculado com o conteúdo material da interpretação, não com a forma do raciocínio ou as características do procedimento de justificação. Fala-se, pois, de um resultado de interpretação razoável, que deve responder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica (aceitabilidade axiológica).<sup>134</sup>

Desse modo, deve ficar claro que a interpretação ocorre a partir da compreensão, sendo também aplicação, processo único, que, todavia, jamais deve ocorrer de modo arbitrário e livre, não surgindo a decisão judicial de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto, conforme Gadamer, para quem é comum a todas as formas de hermenêutica o fato de o sentido a ser compreendido somente se concretizar e se completar na interpretação. “Mas, de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”<sup>135</sup>

A colisão dos direitos fundamentais em exame dá-se sempre em concreto, cuja solução passa pela ponderação, sendo de grande relevância os argumentos persuasivos, fundados em juízos de razoabilidade e de proporcionalidade,

<sup>133</sup> AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991., p. 240-1.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 241; 247-8.

<sup>135</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. 631 p., p. 436.

consistindo em verdadeiras “condições de possibilidade para qualquer interpretação e, portanto, decisão judicial”.<sup>136</sup>

## 2.1 A solução da colisão: uma questão de ponderação

A solução da colisão dos direitos fundamentais passa pela questão de sua consideração como *regras* ou como *princípios*.

Como já se observou quando da exposição acerca da distinção entre princípios e regras, a colisão entre os primeiros é resolvida em uma dimensão de peso, em que se estabelece uma relação de precedência entre os princípios envolvidos, variável de acordo com as circunstâncias concretas, a que se denomina ponderação, enquanto o conflito das regras é tratado na dimensão da validade.

Adotamos a concepção de Alexy, que aponta na teoria dos princípios<sup>137</sup> a oferta de melhor solução para o problema posto, uma vez que de acordo com a teoria das regras (assim se considerando uma teoria que afirme que os catálogos de direitos fundamentais sejam compostos *somente* de regras), seriam três as possibilidades de resolução do choque: a declaração de, pelo menos, uma das regras colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa, caminho inviável, pois as normas de direitos fundamentais têm hierarquia constitucional, e “constituições devem ser levadas a sério” (a); a declaração de, ao menos, uma das regras como não-aplicável ou correspondente, também inadmissível, por representar tentativa de contornar colisões por uma “compreensão estrita do âmbito de proteção” dos direitos fundamentais (b); por fim, uma inserção livre de ponderação de uma exceção em uma das normas de direito fundamental, podendo conduzir a uma concepção “bizarra” de exceção, em que seria possível imaginar uma infinidade de

<sup>136</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2003., p. 250.

<sup>137</sup> Consoante explica Alexy, aqui entendida como uma teoria que enfatiza não só que catálogos de direitos fundamentais têm estrutura de regras, ao efetuar determinações definitivas, cujo plano precede *prima facie* ao dos princípios, mas também e de modo decisivo, que “[...] atrás e ao lado das regras estão os princípios”. In: ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 275.

exceções aos direitos fundamentais, acarretando a perda de força do direito fundamental, que cairia em um vazio (c).<sup>138</sup>

A crescente relevância atribuída à ponderação deve-se a três principais fatores, citados por Canotilho: a ausência de uma ordem abstrata de bens constitucionais, exigindo a operação de balanceamento destes bens, a fim de obter uma norma de decisão que se adapte às circunstâncias do caso (“norma de decisão situativa”); a formatação principial das normas constitucionais, em especial, das de direito fundamental, implicando, em caso de colisão, a via de solução de conflitos entre princípios, tarefa atinente à “ponderação”; a fratura da unidade de valores de uma comunidade, obrigando a diversas interpretações dos conflitos de bens, impondo-se cuidadosa análise e rigorosa *fundamentação* do balanceamento efetuado para a solução.<sup>139</sup>

A ponderação visa à elaboração de critérios de ordenação para, diante de dados normativos e de fato, apontar a solução justa para o conflito<sup>140</sup>, correspondendo ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, tal como concebido no direito constitucional alemão<sup>141</sup>.

A impossibilidade de que a ponderação se preste a modelo de abertura para uma justiça “casuística” ou sentimental é compartilhada por Canotilho, que, por isso, sublinha não dispensar de uma cuidadosa “topografia do conflito”, que serve para identificar o âmbito normativo dos bens em tensão, e a justificação e motivação da solução da colisão, através da regra de prevalência parcial assente na ponderação, levando-se em conta os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica. Constituindo um “modelo de tipicização da ordenação de bens em concreto”, a ponderação é reconduzida “[...] à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes”, uma vez que estabelece uma

---

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 275-7.

<sup>139</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 1.221.

<sup>140</sup> Idem, p. 1.221.

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 277.

relação instável de “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios, válida para o caso concreto e passível de inversão.<sup>142</sup>

Ainda que não se possa elaborar uma teoria dos princípios em que estes sejam submetidos a uma hierarquia estrita, pode-se estabelecer uma “ordem frouxa” entre eles, que possibilite o uso da ponderação, a fim de que sirvam de *fundamento* para as decisões jurídicas, afastando-se o uso arbitrário, que ocorreria se constituíssem apenas um “inventário de *topoi*”. Dita ordem é composta de três elementos: um sistema de condições de prioridade, fazendo com que a solução das colisões entre os princípios em um caso concreto também tenha relevância para novos casos, vigorando o princípio da universalidade; um sistema de estruturas de ponderação, decorrente da concepção dos princípios como mandados de otimização, com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, correspondendo as segundas ao princípio da proporcionalidade; um sistema de prioridades *prima facie*, ou seja, a prioridade de um princípio pode ser afastada em um momento futuro.<sup>143</sup>

A “lei da ponderação”, relacionada aos direitos fundamentais, formulada mediante o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ser realizado em três fases, remontando à intensidade da intervenção, da importância das razões que a justificam e da ponderação no sentido estrito) é assim expressada por Alexy: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”<sup>144</sup>, ou seja, de acordo com ela, a medida permitida de insatisfação ou afetação de um dos princípios depende do grau de importância do outro, ficando claro que o peso de cada princípio não é passível de determinação por si só ou de um modo absoluto, posto que a própria definição de princípio já deixou antever que aquilo que ordena guarda relação com o determinado

---

<sup>142</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 1.222-25.

<sup>143</sup> ALEXY, Robert apud ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. 238 p., p. 182.

<sup>144</sup> ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 278.



pelos princípios que lhe são contrapostos, sempre se falando, portanto, em pesos relativos.<sup>145</sup>

Ainda que ela não esclareça quando ocorre a afetação muito intensa de um princípio, e quando o outro atinja o elevado grau de importância, a lei de ponderação diz o *que* deve ser objeto de fundamentação para justificar o enunciado de preferência condicionado, vindo a ser o resultado da ponderação, ou seja, os enunciados acerca do grau de importância e afetação dos princípios colidentes. Embora ela não formule um padrão para a decisão definitiva dos casos, o modelo da ponderação como um todo fornece um critério, a partir de sua vinculação com a teoria da argumentação jurídica, dizendo o *que* deve ser fundamentado racionalmente, não podendo ser considerada uma “fórmula vazia”.<sup>146</sup>

La ley de colisión muestra que las ponderaciones conducen a dogmáticas diferenciadas de los distintos derechos fundamentales: en caso de colisión, hay que se establecer una relación de preferencia condicionada. A ella, corresponde una regla de un relativamente alto grado de concreción. A través de las ponderaciones de la jurisprudencia y de las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscriptas a las diferentes disposiciones del derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática.<sup>147</sup>

O sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito autoriza um olhar em direção à Constituição, em seu sentido de unidade, não ocorrendo um desprezo aos fundamentos materiais do ordenamento jurídico, adotando-se a teoria dos princípios, mas a compreensão de que todas as possibilidades fáticas e jurídicas de determinado caso concreto devam ser examinadas pelos seus argumentos favoráveis e contrários, de um ponto de vista material e formal, procedimento que “só pode ser efetuado de forma plena se elevada a discussão sobre colisão de direitos fundamentais no nível dos princípios”.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 161.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 164; 167.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 168; 92.

<sup>148</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico, uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 303 p., p. 175.

Assim, a teoria dos princípios traz a vantagem de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais – tal como ocorreria na teoria das regras, sendo apta a responder, de um modo racional, o problema da colisão, mediante a ponderação, além de constituir um meio intermediário entre a vinculação e a flexibilidade, já que a teoria das regras fica entre as alternativas radicais da validade ou não-validade, em especial, em constituições como a brasileira, em que, em face de constarem do catálogo de direitos fundamentais, direitos sociais formulados com larga generosidade, há forte pressão para que as normas que não são cumpridas a contento sejam concebidas como não-vinculativas, meros princípios programáticos.

A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.<sup>149</sup>

Como se infere do que já foi dito, a ponderação de bens no caso concreto é realizada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, sobre o qual nos ocuparemos no item que segue.

## 2.2 A solução da colisão: uma questão de proporcionalidade

A idéia de proporção está presente em diversos ramos do Direito; no direito penal, ao fazer a relação entre culpa e pena, quando da fixação de seus limites; no direito tributário, ao relacionar o valor da taxa tributária e os serviços a serem prestados pelo Estado; no processo, ao formular o nexo de equivalência entre a finalidade de determinado ato processual e o gravame produzido por sua inobservância; todavia, nem todas as acepções com que o termo é utilizado guardam vinculação ao princípio ou postulado<sup>150</sup> da proporcionalidade, que se aplica

---

<sup>149</sup> ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 277-9.

<sup>150</sup> Humberto Ávila, a par da distinção entre princípios e regras, propõe a categoria dos *postulados normativos aplicativos*, dentre os quais se inserem a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade (postulados específicos), bem como a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso (postulados inespecíficos). Assim, os denominados postulados normativos encontrar-se-iam em plano diverso das regras e princípios, constituindo-se em “*metanormas*”, “*normas de segundo grau*”, cujo

apenas quando existir relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de modo a que seja possível realizar os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>151</sup>

O reconhecimento e o emprego do princípio da proporcionalidade necessário “ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito”, lembra Guerra Filho, embora não esteja expresso em nossa Constituição, diversamente de outros países, como Portugal<sup>152</sup>, cuja norma explicita “a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais”, constituindo o “princípio dos princípios”, verdadeiro princípio ordenador do direito. A ausência de previsão constitucional expressa, contudo, não impede seja sua vigência reconhecida aqui, com lastro no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.<sup>153</sup>

A proporcionalidade, em que pese não exista como “norma geral de direito escrito”, aparece como norma esparsa no texto constitucional, inferindo-se, ainda, de outros princípios que lhe são afins, como o da igualdade, em que a transformação da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade foi característica na

---

funcionamento é diferente destes, por não imporem a promoção de um fim ou estado ideal de coisas - como os princípios - mas estruturarem a aplicação do dever desta promoção, bem como porque não prescrevem comportamentos - como as regras - mas coordenam a aplicação das normas que o realizam. São, portanto, “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”. Os postulados normativos não específicos ou incondicionais não trazem definição de critérios ou elementos que nortearão a relação entre os elementos, constituindo apenas idéias gerais, como ocorre com a ponderação, em que são atribuídos pesos a elementos que se relacionam (bens jurídicos, interesses, valores, princípios), sem orientações à realização de tal sopesamento; a concordância prática, cujo escopo é o de harmonizar valores que estejam em conflito, de modo que se obtenha sua realização máxima; a proibição do excesso, em que se veda a restrição excessiva a qualquer direito fundamental, que o dispa de sua eficácia mínima. Por sua vez, os postulados específicos são aqueles cuja aplicação exige a presença de elementos específicos que se relacionam entre si, sendo orientada por critérios definidos, enquadrando-se na classificação proposta a igualdade (Ávila alerta que ela pode funcionar como regra e também como princípio, seja quando proíbe o tratamento desigual, ou quando a proclama como fim a ser promovido), em que os elementos do critério da diferenciação e da finalidade da distinção relacionam-se sob o norte de sua congruência em razão do fim; a razoabilidade (que, além de postulado, é utilizada em vários sentidos, podendo ser referida a uma alegação, interpretação, restrição, a um fim legal ou mesmo em relação à função legislativa, dependendo do contexto), utilizada como *equidade*, *congruência* e *equivalência*; por fim, a proporcionalidade. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 17-9; 88-9; 93-7; 101-2; 130.

<sup>151</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 110-2.

<sup>152</sup> A previsão está contida no artigo 18, II, da Constituição Federal Portuguesa: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 84.

<sup>153</sup> Idem, p. 83-5.

derradeira fase do Estado de Direito.<sup>154</sup> Os princípios da isonomia e da proporcionalidade estão, desse modo, intimamente ligados, podendo a segunda ser entendida como parte da primeira, já que o princípio da isonomia traduz a idéia de uma “igualdade proporcional”.<sup>155</sup>

Ela é considerada um princípio de Direito justo, derivada imediatamente da idéia de justiça, como refere Larenz:

Indublemente conecta con la idea de “moderación” y de “medida justa” en el sentido de equilibrio. Negativamente, de los conceptos citados resulta una prohibición de excesividad, que siempre há regido como exigencia de legislador que debe establecer un Derecho justo. Su consagración como principio de rango constitucional tiene la importância práctica de que desde ahora tienen que examinar si se há observado o no tanto los funcionarios de la Administración [...] como en todo caso los jueces. Reaparece así la función negativa del principio, que está em primer plano de su fomulación como “prohibición de excesividad” [...] Casi sempre hay um espacio de arbitrio, mas, por lo general, puede decirse con bastante seguridad lo que es “desproporcionado” o “excesivo”, tras una ponderación de los bienes y una comparación con otros casos. Por eso, el principio de proporcionalidad como “prohibición de excesividad” es aplicable sin discusión. Su consagración como principio de rango constitucional se sitúa de este modo en la línea de una aproximación del Derecho vigente al “Derecho justo”.<sup>156</sup>

Nessa seara, reinam as oscilações terminológicas e imprecisões conceituais, tendo a jurisprudência alemã, após empregar o conceito de proibição de excesso como princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e, em outras ocasiões, utilizar ambos em conjunto, chegando a um consenso, no sentido de que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e a proibição do excesso referem-se à mesma coisa e compreendem os sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>157</sup>

<sup>154</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 436.

<sup>155</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 86-7.

<sup>156</sup> LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica, Traduzido por Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993. 202 p., p. 145.

<sup>157</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001., p. 147-8.

Também a jurisprudência brasileira é exemplo da imprecisão conceitual que domina o tema, pois os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>158</sup> são confundidos, não tendo havido consenso sobre sua identificação ou não, além de serem diversos os significados atribuídos ao princípio da proporcionalidade, ora empregado como princípio, ora como postulado normativo aplicativo.<sup>159</sup>

Na classificação proposta por Ávila, a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade decorre do fato de que a primeira não se refere a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, como acontece com a segunda. Leciona ele:

o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.<sup>160</sup>

De tal conceito, é possível depreender os subprincípios ou princípios parciais da proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, a pertinência ou aptidão, em que se examina a adequação, conformidade ou validade do fim, confundindo-se com a própria vedação de arbítrio; a necessidade, em que a medida, para ser admissível, deve ser necessária, questionando-se o meio empregado e elegendo-se o menos nocivo aos interesses do cidadão, também chamado de princípio da escolha do meio

---

<sup>158</sup> Para Humberto Ávila, ambos são postulados normativos aplicativos específicos, sendo que a *razoabilidade como equidade* decorre do princípio da justiça, postulando a harmonização da norma geral com o caso individual, considerando-se o que normalmente acontece, e não o extraordinário ou extravagante. Nesse prisma, a interpretação dos fatos descritos nas regras jurídicas, por meio da razoabilidade, serve como veículo de preservação da eficácia dos princípios que se encontram subjacentes, levando em conta o aspecto individual do caso concreto, em especial, nas hipóteses em que a generalização legal não tem condições de abarcá-lo, de modo que uma regra somente será aplicável se, além de satisfeitas suas condições, a motivação implícita na própria regra não a exclua, ou não exista princípio a instituir razão contrária. Por sua vez, a *razoabilidade como congruência* postula a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, exigindo o confronto com parâmetros que lhe são externos, ou seja, a própria realidade, havendo a necessidade de um suporte empírico. Por fim, *razoabilidade como equivalência* diz respeito à relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 103-9. Observe-se, entretanto, a crítica de Streck, referida acima, na nota n. 596.

<sup>159</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 148.

<sup>160</sup> O autor salienta, todavia, que de acordo com a concepção que adota acerca da proporcionalidade em sentido estrito, tanto a razoabilidade como equidade, quanto a proibição do excesso poderão ser naquela enquadradas. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 109-11.

mais suave; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, em que a opção deve recair sobre o meio que, no caso concreto, leve em conta o conjunto de interesses em jogo.<sup>161</sup>

No sub-princípio da adequação (também denominado de princípio da idoneidade ou da conformidade)<sup>162</sup>, ao analisar o significado de um meio adequado à realização de um fim, três aspectos são levados em conta: quantitativo (intensidade); qualitativo (qualidade); por derradeiro, probabilístico (certeza), dos quais se infere a conclusão de que os poderes Legislativo e Executivo devem escolher o meio que “simplesmente promova o fim”, sob pena de inviabilização de suas atividades, já que nem sempre é possível saber qual o mais intenso, melhor e mais seguro dos meios igualmente adequados, além do que um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao princípio da separação dos poderes.<sup>163</sup>

Ainda quanto à relação de adequação, na determinação da significação da adoção de uma medida adequada, a questão merece análise sob os prismas da abstração/concretude, generalidade/particularidade e antecedência/posteridade, em que, embora não seja possível chegar a uma conclusão definitiva, de um modo provisório, afirma-se que, quando se atua com uma generalidade de casos, como nos atos normativos, a medida será adequada se, modo abstrato e geral, servir à promoção do fim, ao passo de que, quando se cuide de casos individuais, como nos atos administrativos, será adequada a medida que funcionar como meio para promover o fim do ponto de vista concreto e individual, sendo a avaliação realizada sempre no momento da escolha do meio pelo Poder Público.<sup>164</sup>

Na apreciação do nível de controle das decisões a ser exercido, levando-se em conta que em nosso ordenamento jurídico, prevalece o modelo fraco, diante do princípio da separação de poderes, infere-se que o exame da adequação apenas conduzirá à invalidade da medida adotada pelo poder público quando houver

---

<sup>161</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396-8.

<sup>162</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. p. 149.

<sup>163</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116-8.

<sup>164</sup> Idem, p. 118-9.

*evidente* incompatibilidade entre o meio e o fim, não encontrando justificativa ou plausibilidade.<sup>165</sup>

De outra banda, no exame da necessidade (cujo princípio também é conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível ou da intervenção mínima), são identificadas quatro notas essenciais, sendo a primeira, a da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental por seu titular; a segunda é traduzida pelo princípio da desconfiança, ao expressar a dúvida acerca da existência de alternativa menos gravosa; a terceira determina sejam comparados os meios ou medidas restritivas; por derradeiro, a quarta é a dimensão empírica, indicativa de qual meio é o menos prejudicial.<sup>166</sup>

Dessarte, verifica-se se existem meios alternativos àqueles inicialmente eleitos, que possam atingir o fim sem que haja limitação, em igual intensidade, aos direitos fundamentais tangenciados. Os meios alternativos e o escolhido devem ser comparados, o que envolve complexidade, já que diversos aspectos sublinham as diferenças, de modo que apenas o meio manifestamente menos adequado haverá que ser afastado, em tributo aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.<sup>167</sup>

Na proporcionalidade em sentido estrito, compara-se a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, avaliando-se se as vantagens que serão obtidas com a promoção do fim encontram proporção com as desvantagens decorrentes da adoção do meio, traduzindo forte carga subjetiva.<sup>168</sup> Este sub-princípio, como já adiantado no item precedente, identifica-se com a “lei de ponderação” proposta por Alexy, constituindo-se no meio de solucionar a colisão entre direitos fundamentais.

---

<sup>165</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 120-1.

<sup>166</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, p. 150-1.

<sup>167</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 122-3.

<sup>168</sup> Idem, p. 124.

O princípio da proporcionalidade é tido por Bonavides como “[...] talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito”, contribuindo para a conciliação do direito formal com o material, a fim de que possam ser satisfeitas as exigências de transformações sociais cuja velocidade não seria juridicamente controlável de outro modo, produzindo, outrossim, “[...] uma controvertida ascendência do juiz [...] sobre o legislador”, que passa a atuar em um campo mais livre, em que se reconhece a supremacia da Constituição sobre a lei, e o franco declínio do princípio da legalidade, que cede espaço ao da constitucionalidade.<sup>169</sup>

No processo de ponderação, a fim de solver colisões de direitos fundamentais, em que esteja em jogo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é preciso lançar o olhar sobre os princípios que lhe dão estrutura, os quais servirão de importante norte ao intérprete, dentre os quais despontam, com grande importância, os princípios da precaução, prevenção, responsabilização e sustentabilidade (esse último, visto como princípio e valor).

### **2.3 Os Direitos Fundamentais e os Princípios Estruturantes do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**

O Estado de Direito Ambiental ou “Estado de justiça ambiental” propõe uma verdadeira “carta de amor à natureza”, em que os princípios do Direito Ambiental contemporâneo servem de base ao operador jurídico, amparado em norma superior, cujo objetivo maior é o da proteção ambiental. Os princípios são vinculantes, mas apenas dentro de uma atuação concreta, pois o contrário implicaria reconhecer a sua preferência em face de outras variáveis, sejam normativas ou não.<sup>170</sup>

No espaço normativo do Direito do Ambiente, o valor jurídico dos princípios adquire elevada importância, observando-se que possuem grande potencial de colisão com diversas espécies de direitos fundamentais protegidos, além da

<sup>169</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 399-400.

<sup>170</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 58-59.



tendência a uma posição de precedência absoluta para a condição de meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, tendo uma configuração difusa peculiar, exigindo iniciativas de organização e procedimento de condições especializadas para a sua concretização e proteção.<sup>171</sup>

Morato Leite e Ayala justificam a utilização da expressão *princípios estruturantes*, por identificarem os princípios que constituem o “núcleo essencial do direito do ambiente”, amparados em Canotilho<sup>172</sup>, para quem estes princípios têm uma dimensão constitutiva, exprimindo, indicando e denotando uma compreensão global da ordem constitucional e uma dimensão declarativa, em que assumem uma natureza de *superconceitos*, vocábulos que designam e expressam a soma de outros subprincípios.<sup>173</sup>

Dentre estes, trataremos aqui dos que reputamos de maior relevância na tarefa de criação judicial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quais sejam: a precaução, a prevenção e a responsabilização.

### 2.3.1 Princípios da Precaução e Prevenção

Tido como um dos principais instrumentos jurídicos na gestão dos *riscos*, o princípio da precaução pode ser utilizado no combate a decisões que tenham por exclusivo fundamento a *certeza científica*, em prol da vida e de um meio ambiente

---

<sup>171</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 60-61.

<sup>172</sup> Para o mestre português, os **princípios estruturantes** são constitutivos e indicativos da idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, sendo as “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, ganhando concretização através de outros princípios ou subprincípios que os densificam, formando um sistema interno, juntamente com os princípios que chama de “constitucionais gerais”, e outros, que denomina “constitucionais especiais”, além das próprias regras constitucionais, em que ganham densidade e transparência por meio das concretizações, formando, juntos, uma unidade material (unidade da Constituição). Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1.173-75.

<sup>173</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 416 p., p. 51.

ecologicamente equilibrado. Além de princípio, é também considerado regra jurídica, pois expressamente aludido pela Lei nº 11.105/2005.<sup>174</sup>

Porém, mesmo antes da positivação expressa, a doutrina e a jurisprudência já vinham reconhecendo a sua importância e fazendo valer o seu conteúdo, observando-se sua crescente utilização, seja na determinação de realização de estudos de impacto ambiental (EIA) ou relatórios de impacto ambiental (RIMA), bem assim de diversos atos de *precaução* na defesa do meio ambiente.<sup>175</sup>

Para a distinção entre precaução e prevenção, é mister realizar a diferenciação entre perigo concreto e perigo abstrato, estando a primeira ligada ao segundo, e a prevenção, ao primeiro. Nesse passo, a prevenção tem seu conteúdo cautelar dirigido pela ciência, pelas informações certas e precisas quanto à periculosidade e ao risco fornecido pela atividade ou comportamento, revelando uma maior verossimilhança do que aquela amparada pelo princípio da precaução, pois objetiva a proibição da repetição de atividade ou conduta que já é reconhecidamente perigosa.<sup>176</sup>

Na prevenção, a atuação não tem o escopo de inibir o *risco de perigo* supostamente imputado ao comportamento ou perigo abstrato de determinada atividade, e a possibilidade de que produzam eventuais resultados proibidos e prejudiciais ao ambiente, mas impossibilitar a produção de resultado que já se sabe lesivo e que pode ser produzido pela atividade, atuando na inibição do risco de dano da atividade reconhecidamente perigosa (não somente potencialmente perigosa), visando a evitar o risco de dano potencial ou o risco de potencial produção de efeitos danosos da atividade concretamente perigosa, donde desponta que deverá ser aplicado por primeiro, reservada uma aplicação subsidiária ao princípio da precaução.<sup>177</sup>

Assim, na prevenção, a técnica existente ou situações já ocorridas denunciam que a reiteração de determinada ação dará ensejo a danos ao meio

---

<sup>174</sup>BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110-112.

<sup>175</sup> Ibidem, p.112.

<sup>176</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 62-63.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 62-63.

ambiente, sendo os riscos da produção de efeitos sabidamente perigosos, de modo que a aplicação deste princípio tem alcance mais restrito, imediato, e de menor conteúdo preventivo do que aquele amparado no princípio da precaução.<sup>178</sup>

A precaução, na exposição quase poética de Leme Machado, guarda liame com a coragem e a ousadia. Explica o autor que a ousadia, para que traga desenvolvimento, deve planejar, levando em conta os perigos conhecidos e os riscos incertos, assumindo arriscar, mas sem prejudicar ou ter a probabilidade de lesar valores essenciais para a comunidade e o meio ambiente. Já, a coragem, que pode vizinhar com a temeridade, deve ponderar as vantagens e desvantagens da ação, aflorando a capacidade humana de se expor ao sacrifício, em prol da defesa de valores individuais, sociais e ambientais, conduta altruísta que *“não se coaduna com a frouxidão e a covardia. Essa coragem salutar encontra lugar no princípio da precaução”*.<sup>179</sup>

Este relevante princípio é adotado como meio de combater, prematuramente, o perigo e a incerteza científica, sendo considerado “estrutura indispensável ao Estado de justiça ambiental”, buscando verificar a necessidade de determinada atividade de desenvolvimento e os potenciais de risco ou perigo que possa gerar. A precaução pressupõe a finitude dos recursos ambientais, que se contrapõe à infinitude dos desejos e criatividade humanos, despontando seu caráter de filtro para a reflexão quanto aos resultados e objetivos da atividade pretendida ou execução, avaliando se atende à manutenção dos processos ecológicos e à qualidade de vida.<sup>180</sup>

Na ótica de Derani, o princípio da precaução é a essência do direito ambiental, indicando uma atuação racional para com os bens ambientais, traduzida como cuidado (*in dubio pro securitate*), estando ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, além da sustentabilidade ambiental das atividades humanas, convertendo-se na própria busca da proteção da existência

<sup>178</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 64.

<sup>179</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81-82.

<sup>180</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 54.

humana, seja protegendo o seu ambiente, seja assegurando a integridade da vida humana. Considera-se, pois, não apenas o risco iminente de certa atividade, como também os riscos futuros, os quais nem sempre, são captados em toda densidade, à vista do estágio da ciência e de nossa compreensão.<sup>181</sup>

Com ele, o critério da certeza é substituído pelo critério da probabilidade, estando relacionado, na esfera judicial, à inversão do ônus da prova, compreendendo-se que caberia ao agente degradador a prova de que a atividade não apresenta riscos ao meio ambiente, e, caso não seja possível produzir tal prova, o princípio da precaução deveria encontrar aplicação. Com tal medida, estar-se-ia a conferir efetividade a dito princípio, mormente porque a investigação científica, além de polêmica, poderia retardar as medidas preventiva e ensejar o dano ambiental, cuja irreversibilidade se encontra, muitas vezes, presente.<sup>182</sup>

Sustenta-se, ainda, com base em tal princípio, a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, em favor da efetividade e da instrumentalidade do processo, em um modelo que ultrapasse os poderes instrutórios do Magistrado, destacando-se a teoria das cargas processuais dinâmicas, em que a obrigação de provar dependerá das circunstâncias reais e da avaliação de quem se encontra em melhores condições de produzir a prova, distribuindo dito ônus de modo casuístico, consoante um prudente e cauteloso arbítrio do juiz.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, 290 p., p. 149-52.

<sup>182</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

<sup>183</sup> **BIANCHI, Patrícia**. Eficácia das Normas Ambientais, p. 115. A jurisprudência é farta em exemplos de inversão do ônus da prova na esfera ambiental. Citamos, por oportuno, acórdão proferido pelo STJ, de que foi Relator o Ministro Herman Benjamin, assim ementado: **PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA**. 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a

Outra relação a destacar é entre o princípio da precaução e o Direito Penal Ambiental, em que restaram criminalizadas as infrações ambientais, que tem como objeto de tutela tanto os danos efetivos à natureza, como os riscos de danos à vida dos seres humanos e às gerações futuras. Verifica-se, portanto, uma moderna tendência em conceber o crime ecológico como crime de perigo, em que a conduta de pôr-se um bem tutelado em perigo é criminalizada, ou seja, antes que o dano se efetive, representando efetiva ação preventiva à sua ocorrência.<sup>184</sup>

---

técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008). 10. Recurso Especial não provido. (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012) Disponível em: <http://www.lidema.org.bo/documentosseminario/RESP%20883656%20EMENTA%20E%20VOTO%20ONUS%20DA%20PROVA.pdf>. Acesso em 1º/08/2014.

<sup>184</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 117.

### 2.3.2 Princípio da Responsabilização

Os princípios anteriormente tratados de pouco serviriam, se os responsáveis pelos danos não pudessem ser compelidos a realizar seus deveres ou se não respondessem por suas ações. Exige-se, portanto, que o poluidor seja responsável pelos seus atos, não mais prevalecendo o uso ilimitado dos recursos naturais e culturais.<sup>185</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da tripla responsabilização, em que o agente poderá ser condenado nas esferas administrativa, penal e cível, de maneira independente.<sup>186</sup>

A Lei nº 6.938/81 adotou a responsabilidade objetiva em relação à reparação dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, que aparece conjugada ao princípio da reparação integral do dano<sup>187</sup>, aludido no artigo 944 do

<sup>185</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 59.

<sup>186</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

<sup>187</sup> Segundo Sanseverino, o princípio da reparação integral do dano injustamente causado parte da idéia de que esta deverá ser o mais ampla possível, ligando-se os modos de sua concretização à função primordial da responsabilidade civil, que é o restabelecimento do equilíbrio social abalado pelo dano, buscando-se, tanto mais quanto possível, recolocar o prejudicado na situação em que se encontrava antes de sofrer o ato danoso (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.). Ao relatar apelação cível, o hoje Ministro ratificou a sua posição precursora acerca da aplicação do princípio da reparação integral nos casos de dano ambiental. A decisão foi assim emendada: **APELAÇÃO CÍVEL. DANO AMBIENTAL. ÁREA DA PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESTOQUE DA ARÉA. LAUDO TÉCNICO DE VISTORIA. 1) PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO:** Laudo Técnico de Vistoria realizado por Agente Florestal competente para a prática do ato, sem qualquer elemento capaz de afastar a sua presunção de legitimidade. Confirmação de seu conteúdo pela prova documental e testemunhal colhida em audiência. Ausência de força probatória de laudo produzido por engenheiro florestal contratado pela parte causadora do dano ambiental. 2) ENQUADRAMENTO LEGAL DA MULTA: O valor da multa encontra respaldo legal na Lei 9.605/98 que prevê a sua aplicação, sendo discriminada no Dec. 3.179/99, que, nos seus arts. 25 e 37 estabelece a multa de R\$ 1.500,00 a R\$ 50.000,00, no caso de danificação de florestas consideradas de preservação permanente, mesmo que em formação, ou a sua utilização com infringência das normas de proteção; ou de destruição ou danificação de florestas nativas. 3) **ALEGAÇÃO DE DUPLA CONDENAÇÃO.: RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA DEGRADADA E PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.** Solução da questão com a aplicação conjugada dos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral, decorrendo deles a imposição de prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se acumulam para que sejam atingidos os objetivos da legislação ambiental. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70015333339, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 06/07/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=repara%E7%E3o+integral+ambiental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDe>

Código Civil, de modo que a reparação deverá restabelecer, na medida do possível, a situação anterior do meio degradado. Inclina-se a doutrina para a adoção da modalidade do risco integral<sup>188</sup>, onde restariam afastadas, inclusive, as excludentes de ilicitudes. Ou seja, a responsabilização do agente degradador dar-se-ia somente com base no fato danoso, pelo simples fato de existir a atividade pela qual adveio o prejuízo.<sup>189</sup>

Observa-se que o sistema de responsabilidade civil, adaptado ao direito ambiental, tem importante papel, podendo dar ensejo à abertura na esfera privada, possibilitando que tanto indivíduo, quanto associações exijam a reintegração dos bens lesados ou ameaçados, em reforço ao exercício da cidadania. Urge pensar em modelos de responsabilidade civil por danos ambientais em que o risco desponte como fator de atribuição, por ser mais adequado à complexidade do bem protegido, em que o princípio da precaução poderá ser aplicado, nos casos de lesão ou ameaça de dano ambiental.<sup>190</sup>

Fica, por fim, a advertência de Morato Leite e Ayala:

[...] a responsabilidade por dano ambiental deve funcionar como um sistema de retaguarda ou auxiliar e só ser acionada quando a ameaça de dano é iminente, ou no caso em que a lesão ocorreu e os outros mecanismos de tutela ambiental não responderam à imputação do agente. Ressalte-se que, uma vez ocorrido o dano ambiental, este é de difícil

---

[cisaio%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as\\_q=](#). Acesso em 1º/08/2014.)

<sup>188</sup> Várias concepções surgiram em torno da idéia central do risco, passando pelo *risco proveito*, em que o responsável é identificado com aquele que tira proveito da atividade danosa (ganho e encargo); o *risco profissional*, em que o dever de indenizar decorre da atividade ou profissão do lesado; o *risco excepcional*, cuja reparação é conseqüência de um dano oriundo de um risco excepcional, como, por exemplo, nas redes elétricas de alta tensão e exploração de energia nuclear; o *risco criado*, derivado do fato de o agente, em virtude de sua atividade ou profissão, criar perigo a terceiros, devendo reparar os danos, exceto quando prove que tomou todas as cautelas tendentes a evitá-lo; por fim, a teoria do *risco integral*, a mais extremada de todas, pois sustenta haver dever de indenizar, mesmo quando não haja nexos causal, exigindo apenas o dano. Sergio Cavalieri Filho sintetiza a responsabilidade objetiva na obrigação de dotar de segurança o exercício de qualquer atividade perigosa, de modo a não gerar danos a terceiros, sob pena de responsabilização independentemente da culpa. Sublinha o autor: "Risco e segurança andam juntos, são fatores que atuam reciprocamente na vida moderna, cuja atividade primordial é **driblar riscos**. Onde há risco tem que haver segurança; há íntima relação entre esses dois fatores, como vasos comunicantes. Quanto maior o risco, maior o dever de segurança. A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia ter sido ela exercida com violação do *dever de segurança*, que se contrapõe ao risco." Conforme: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2010, p. 143-45.

<sup>189</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-127.

<sup>190</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 66-67.

reparação, recuperação, ou indenização e, não obstante, o sistema de responsabilidade funciona como uma resposta da sociedade àqueles que atuam degradando o ambiente e devem responder pelos seus atos, sob pena de falta de imputação ao agente poluidor e insegurança jurídica no Estado de Direito do Ambiente.”<sup>191</sup>

### 2.3.3 A sustentabilidade como princípio e valor

Inicialmente, o desenvolvimento sustentável foi divulgado como princípio diretor para o planejamento do desenvolvimento econômico pela WCED (*World Commission on Environment and Development*) em 1987, apontando o desenvolvimento como sustentável quando as necessidades presentes fossem satisfeitas, sem o comprometimento da habilidade de satisfazer as necessidades das futuras gerações.<sup>192</sup>

Antes da consagração desta expressão, formulou-se o conceito de ecodesenvolvimento, como alternativa de política de desenvolvimento, tendo sido utilizado pela primeira vez por Maurice Strong, em 1973, tendo em seus componentes conceituais, além do atendimento das necessidades humanas imediatas e futuras, a consideração dos dados ecológicos e culturais para o encontro das soluções, estando em destaque a busca da relação harmônica entre o homem e a natureza.<sup>193</sup>

Milaré utiliza as expressões como sinônimas, apontando como sua característica principal “(...) a possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida.”<sup>194</sup>

O fato é que, até pouco tempo, o conceito de *desenvolvimento econômico* era tudo que importava, sendo a modernização, a industrialização e a

---

<sup>191</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 70.

<sup>192</sup> DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008., p. 110-11.

<sup>193</sup> NUNES, Paulo Henrique Faria. Desenvolvimento Sustentável e Mineração. In: BENJAMIN, Herman Antonio (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**, p. 626.

<sup>194</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 1.280 p., p. 61.



ocidentalização, tendo como modelo o padrão norte-americano, as chaves para atingir o que era tido por desenvolvimento econômico ideal, de modo que o grau de desenvolvimento de um país poderia ser medido por sua similitude aos Estados Unidos. Contudo, o desenvolvimento econômico puro e simples pressupõe a destruição selvagem dos recursos naturais e a degradação impiedosa do meio ambiente. A partir daí, surgiu a questão de como combinar crescimento econômico e conservação ambiental, estando a resposta relacionada à idéia de um progresso econômico baseado em uma maior interação entre o homem e a natureza, o que recebeu a designação internacional de “desenvolvimento sustentável”.<sup>195</sup>

Importante observar que o conceito de *desenvolvimento* não pode restar adstrito à idéia de crescimento econômico, e, para tanto, basta verificar o disposto no artigo 1º, § 1º, da Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, subscrita pelo Brasil, que refere, expressamente, o desenvolvimento econômico, social, cultural e político como direito humano inalienável.<sup>196</sup>

Na ótica de Derani, o desenvolvimento sustentável assenta-se sobre dois pilares, um atinente aos valores materiais – proporcionalidade econômica, em que deve haver uma justa distribuição de riquezas nos países e entre os países -, e outro que agrupa valores de ordem moral e ética – proporcionalidade axiológica, atinente aos diversos valores e princípios existentes na sociedade, em que se relacionam os interesses particulares do lucro e o bem-estar coletivo.<sup>197</sup>

Por sua vez, Freitas coloca a sustentabilidade em lugar de destaque, considerando-a como princípio e valor. Para este autor, ela constitui um princípio constitucional implícito, além de um dos valores supremos da República. Como princípio, traduz vinculação ética e jurídica, que veda o agir temerário e

---

<sup>195</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 784 p., p. 81.

<sup>196</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**, p. 21.

<sup>197</sup> DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111-12.

inconseqüente nas áreas sociais, econômicas e ambientais, proibindo a omissão antijurídica e antética.<sup>198</sup> Eis o seu conceito:

Trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. [...] a sustentabilidade, bem assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro.<sup>199</sup>

O conteúdo do conceito de desenvolvimento sustentável tem caráter intertemporal, pois há uma vinculação entre a atividade presente e os resultados que podem ser acarretados para as futuras gerações, não podendo ser praticadas atividades que visem a uma melhoria de vida atual às custas da escassez futura. A natureza, o capital e a tecnologia devem contrabalançar as aspirações do momento presente e os seus resultados no futuro, sendo requeridas alterações institucionais e nas políticas, a fim de que haja um planejamento, com redistribuição de riquezas e dos ônus da atividade humana.<sup>200</sup>

Ele implica um ideal harmônico entre o desenvolvimento da economia e da ecologia, sendo exigidas mudanças no estado da técnica e da organização social, a fim de se obter a conciliação entre a limitação dos recursos naturais e o ilimitado crescimento econômico.<sup>201</sup>

A sustentabilidade, portanto, é concebida como princípio constitucional-síntese, na medida em que parte do pressuposto de que o único desenvolvimento desejável é aquele que a inclui, estando consorciada aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Reunindo facetas materiais e imateriais, é um princípio multidimensional, em que são consideradas as dimensões sociais; ética; econômica; jurídico-política, todas entrelaçadas e percebidas a partir de uma

---

<sup>198</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 340 p., p. 19.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 40-41.

<sup>200</sup> DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 112.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 113.

reinserção do ser humano na natureza, sem, ao mesmo tempo, suprimir a sua individualidade e diferença.<sup>202</sup>

Assim, o desenvolvimento sustentável ultrapassa a mera harmonização entre a economia e a ecologia, incluindo valores éticos e morais, como a solidariedade, estabelecendo verdadeira ordem nova de valores, a dirigir a ordem econômica para que a produção seja, do ponto de vista social e ambiental, compatível com a dignidade de todos os integrantes da rede social, vinculada a uma melhoria substancial e qualitativa da qualidade de vida, evidenciando a dimensão intergeracional deste relevante princípio-valor constitucional.<sup>203</sup>

## 2.4 A necessária alteração paradigmática

A humanidade inicia o terceiro milênio envolta em uma crise ambiental, que é também reflexo de uma situação estrutural gerada por diversas outras crises, de ordem civilizatória, política, econômica, tecnológica, que se apresentam como manifestações doentias de um modelo produtivista da modernidade, apontando para a necessidade de revisão do conteúdo ético da relação sociedade-natureza. A solução desta crise não se limita ao desenvolvimento de novas tecnologias menos poluentes, nem a simples mudanças de comportamentos, sendo mister reorganizar a

---

<sup>202</sup> O autor explicita as diversas dimensões da sustentabilidade, em que, na dimensão **social**, o modelo não pode ser excludente, avultando o atendimento aos direitos fundamentais sociais, afastadas a miserabilidade e a discriminação negativa; na dimensão **ética**, desponta a ligação intersubjetiva e natural entre todos os seres, permeadas pela honestidade, solidariedade e cooperação, a fim de que seja alcançado o bem-estar íntimo e o bem-estar social, compreendendo que o fim da iniquidade é melhor do que o mero crescimento econômico; a dimensão **ambiental**, reconhecendo que existe dignidade no ambiente, assim como direito das gerações atuais e futuras ao ambiente limpo, em todos os aspectos; a dimensão **econômica**, que pressupõe a ponderação entre eficiência e equidade, exigindo reestruturação do consumo e da produção, pois a natureza não mais pode ser vista como simples capital e é necessária uma regulação estatal homeostática; por fim, a dimensão **jurídico-política**, no sentido de que *a busca da sustentabilidade é um direito e encontrá-la é um dever constitucional inalienável e intangível de reconhecimento de liberdade de cada cidadão*, de onde surgirá o “Estado Sustentável”, visando a dar concretude aos direitos relativos ao bem-estar duradouro das atuais e futuras gerações, dentre os quais: o direito à longevidade digna; o direito à alimentação sem excessos e carências; o direito ao ambiente limpo; o direito à educação; o direito à democracia; o direito à informação livre e de conteúdo apreciável; o direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo; o direito à segurança; o direito à renda oriunda do trabalho honesto; o direito à boa administração pública; o direito à moradia digna e segura. (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**, p. 49-67)

<sup>203</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**, p. 23.

base civilizacional, aí incluído o paradigma e o modelo de desenvolvimento que foram instituídos no período posterior à Revolução Industrial e ao marco da modernidade capitalista.<sup>204</sup>

A globalização econômica intensificou a crise ambiental, conduzindo à chamada sociedade de risco, de que tratamos no início deste trabalho, em que a certeza da ciência passou a ser desmistificada, fazendo surgir a certeza do risco real e da incerteza científica, em que o princípio da precaução desponta como ato político de cautela necessária, para que seja garantida a qualidade de vida para as gerações atuais e futuras. O desafio consiste na radical mudança social dos processos produtivos e dos padrões de consumo, a fim de atingir um novo modelo civilizatório, hábil a alcançar a almejada sustentabilidade.<sup>205</sup>

Na acepção de Lorenzetti, o paradigma de decisão ambiental realiza uma modificação epistemológica, constituindo um metavalor, que condiciona o *modus operandi* dos outros modos argumentativos. Enquanto os demais paradigmas têm como metavalor a igualdade e a liberdade, no paradigma ambiental, a natureza é reconhecida como sujeito. Malgrado tenha o direito sido construído a partir do indivíduo, com caráter antropocêntrico, é preciso alterar a visão para uma concepção “geocêntrica”, em que a natureza é tida por sujeito.<sup>206</sup>

Com efeito, no decorrer das últimas décadas, desenhou-se uma nova posição da sociedade humana em face do meio ambiente. Passando de uma concepção inicial antropocêntrica, em que o Homem é o centro do universo, como referência máxima e absoluta de valores, ao biocentrismo (cujo foco é voltado para a vida e todos os aspectos a ela inerentes), chega-se ao ecocentrismo, que parte do

---

<sup>204</sup> CORREA, Darcísio; BACKES, Elton Gilberto. Desenvolvimento Sustentável: em busca de novos fundamentos. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e PAVIANI, Jayme. **Direito Ambiental: um olhar para a cidadania e a sustentabilidade planetária**. Caxias do Sul: Educs, 2006, 240 p., p. 11.

<sup>205</sup> Idem,

<sup>206</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 395 p., p. 372. O paradigma aqui tratado é tido como modelo decisório, com *status* anterior às regras e que condicionam as decisões, em que o contexto é preeminente em relação à norma, sendo o procedimento habitual a subsunção de um termo legal a uma idéia prévia que lhe dá sentido, que é o modelo de decisão adotado de antemão pelo intérprete e que não se confunde com o ordenamento jurídico. O autor lista, além do paradigma ambiental, outros cinco, que não são exaustivos: o acesso aos bens jurídicos primários; o protetivo; o coletivo; o consequencialista e o Estado de Direito. (In: *op. cit.*, p. 366-367).

pressuposto de que o mundo natural tem seu próprio valor, intrínseco e inalienável, muito anterior ao aparecimento do Homem sobre a Terra. Assim, o ecossistema planetário necessita da tutela jurídica, pelo que é em si, independentemente das avaliações e interesses humanos.<sup>207</sup>

Na acepção de Milaré,

Se o ordenamento jurídico humano não os tutela, o ordenamento natural do universo fará isso por sua própria força, independentemente de nossas prescrições positivas, eis que não raras vezes a Natureza vingou-se do homem e das suas agressões e, certamente, continuará a fazê-lo. Nessa “partida de xadrez”, a natureza joga melhor e sempre limpo; quem se arrisca a perder somos nós, quando desrespeitamos as regras do jogo.<sup>208</sup>

Em um plano intermediário entre o antropocentrismo cartesiano e o ecocentrismo radical (a chamada *deep ecology*), propugna-se por um antropocentrismo alargado ou ambientalismo moderado, representativo de um paradigma que parte da concepção que o meio ambiente é um conceito cultural, criado pelo Homem, ao passo em que é acentuada a responsabilidade do ser humano perante a Natureza, como guardião da biosfera e integrante da comunidade biótica.<sup>209</sup>

Neste novo cenário de conflitos travado entre os bens pertencentes à esfera coletiva (ambiente) e os individuais, há de ser dar prevalência aos primeiros, considerando que os próprios direitos individuais têm uma função ambiental. Assim, o direito de propriedade encontra limite na tutela do ambiente, uma vez que fere a sustentabilidade a manutenção de direito dominial que não leve em conta o ambiente ecologicamente protegido. Pelas mesmas razões, o consumo deve ser adequado aos paradigmas sustentáveis.<sup>210</sup>

Para Freitas, a sustentabilidade é representativa de um novo paradigma, que se contrapõe ao anteriormente vigente, por ele denominado de “insaciabilidade

---

<sup>207</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 97-98.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>209</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 277 p., p. 76-77.

<sup>210</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 372.

patológica”, que traduz um novo modelo de desenvolvimento, incluídas as dimensões material e imaterial; como uma visão intertemporal de longa escala; de inovação das energias renováveis; de titularidade dos direitos presentes e futuros; de compreensão sistêmica e biocêntrica; do consumo consciente, sustentável e frugal; da transparência, dos selos ecológicos confiáveis e da qualidade na produção e no consumo; da prevenção e da precaução em caráter preferencial; da visão evolucionista; da inclusão social duradoura.<sup>211</sup>

A concretização do princípio do desenvolvimento sustentável dentro deste novo paradigma ecológico exige uma visão de mundo holística, a fim de tornar possível a compreensão da profunda relação de interdependência de todos os fenômenos que compõem esse imenso organismo vivo que é a Terra, adotando-se novas posturas individuais e coletivas e exigindo alterações em nível local e global na sociedade, em busca de uma nova racionalidade econômica fundada na cooperação e na solidariedade.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**, p. 78-82.

<sup>212</sup> CORREA, Darcísio; BACKES, Elton Gilberto. Desenvolvimento Sustentável: em busca de novos fundamentos. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e PAVIANI, Jayme. **Direito Ambiental: um olhar para a cidadania e a sustentabilidade planetária**. Caxias do Sul: Educs, 2006, p. 112.

## CONCLUSÃO

A questão ambiental desponta com grande relevância na atualidade, uma vez que as conseqüências da ação humana sobre o meio ambiente são por todos sentidas, assumindo, cada vez mais, a dimensão catastrófica para a qual Beck já chamava a atenção, em uma sociedade que, cada vez mais, apresenta-se como de “risco”<sup>213</sup>. As alterações climáticas são, talvez, o traço mais nítido desse colapso ambiental criado pelo próprio Homem, que, arvorando-se como “Senhor da Terra” e dono de tudo que sobre ela existe, vem abusando, há longa data, dos recursos naturais e de tudo aquilo que o Planeta, generosamente, oferta.

Com efeito, o momento atual está inserido em um contexto de desequilíbrio ecológico, com forte comprometimento dos ecossistemas terrestres. O crescimento avassalador da população mundial, acompanhado da elevação contínua da demanda por recursos naturais, à vista de um consumo desenfreado e desnecessário, ladeado do processo de globalização, precipuamente econômica, faz acirrar a preocupação com os efeitos que tais fenômenos possam gerar ao meio ambiente, já sendo observadas as alterações de clima, a desertificação, a degradação da camada de ozônio, o efeito estufa, a redução da biodiversidade, dentre outros.<sup>214</sup>

A crise ambiental da sociedade contemporânea da pós-modernidade é face de uma crise da própria civilização, tendo aspecto multidimensional, derivado de colapsos na esfera política, econômica, moral, científica e tecnológica, dentre outras.

Nesse contexto de crise, desponta a relevante função dos direitos fundamentais, que, como categorias dogmáticas, representam, antes de tudo, garantias contramajoritárias, ou seja, constituem direitos acessíveis a todos,

---

<sup>213</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

<sup>214</sup> BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49-50.

inclusive à minoria, sendo aplicados e reafirmados nas decisões judiciais, mesmo que a maioria, representada pelo legislador, ofereça oposição.<sup>215</sup>

A proteção ambiental foi alçada ao *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade pelo constituinte brasileiro, que a consagrou como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado de Direito (ou de Justiça) Ambiental, sem olvidar os deveres fundamentais nessa matéria. Reconhece-se, portanto, uma dupla funcionalidade da proteção ambiental em nosso ordenamento, sendo, ao mesmo tempo, objetivo e tarefa estatal, e um direito/dever fundamental individual e coletivo, representando um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico.<sup>216</sup>

Por sua vez, a constitucionalização do ambiente é representativa da adoção de uma nova ética, em que a avaliação econômica dos recursos ambientais perde seu caráter prioritário, pois deve ser contrabalançada com outros valores, tais quais a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas e os efeitos, a longo prazo, da exploração da natureza.<sup>217</sup>

Como direito fundamental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é traduzido por normas-princípio e também por normas-regra, as quais são representativas de valores, de que é formado o tecido axiológico da Constituição.

Entender o alcance de cada uma destas categorias é relevante à interpretação dos direitos fundamentais, bem como à resolução das situações de colisão entre eles, cuja tarefa, quando não delineada pelo legislador, é atinente ao Judiciário, constituindo relevante papel da hermenêutica constitucional na atualidade.

---

<sup>215</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 11.

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**, p. 13-14.

<sup>217</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: IMESP, 2002, 840 p., p.92-93.



A colisão dos direitos fundamentais dá-se sempre em concreto, cuja solução passa pela ponderação, sendo de grande relevância os argumentos persuasivos, fundados em juízos de razoabilidade e de proporcionalidade, consistindo em verdadeiras “condições de possibilidade para qualquer interpretação e, portanto, decisão judicial”.<sup>218</sup>

No espaço normativo do Direito do Ambiente, o valor jurídico dos princípios adquire elevada importância, observando-se que o direito fundamental aqui versado possui grande potencial de colisão com diversos outros direitos fundamentais protegidos, além da tendência a uma posição de precedência absoluta para a condição de meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, tendo uma configuração difusa peculiar, exigindo iniciativas de organização e procedimento de condições especializadas para a sua concretização e proteção.<sup>219</sup>

Por sua vez, os princípios estruturantes do Direito Ambiental constituem o seu “núcleo essencial”, assumindo uma natureza de *superconceitos*, vocábulos que designam e expressam a soma de outros subprincípios,<sup>220</sup> caracterizados como verdadeiros parâmetros na tarefa de criação judicial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre os quais, são destacados os princípios da precaução, da prevenção, da responsabilização e da sustentabilidade.

Com grande relevância, o princípio da precaução é tido como a essência do próprio direito ambiental, indicando uma atuação racional para com os bens ambientais, traduzida como cuidado (*in dubio pro securitate*), estando ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, além da sustentabilidade ambiental das atividades humanas, convertendo-se na própria busca da proteção da existência humana, seja protegendo o seu ambiente, seja assegurando a integridade da vida humana. Nele, o critério da certeza é substituído

---

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn.” In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2003., p. 250.

<sup>219</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 60-61.

<sup>220</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 416 p., p. 51.

pelo critério da probabilidade, estando relacionado, na esfera judicial, à inversão do ônus da prova.

Já, a sustentabilidade é considerada como princípio constitucional-síntese e valor. Além de constituir um princípio constitucional implícito, é um dos valores supremos da República. Como princípio, traduz vinculação ética e jurídica, que veda o agir temerário e inconseqüente nas áreas sociais, econômicas e ambientais, proibindo a omissão antijurídica e antética.<sup>221</sup> Seu caráter é intertemporal, pois há uma vinculação entre a atividade presente e os resultados que podem ser acarretados para as futuras gerações.

Está consorciada aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, estatuidando uma autêntica ordem nova de valores, a dirigir a ordem econômica para que a produção seja, do ponto de vista social e ambiental, compatível com a dignidade de todos os integrantes da rede social, vinculada a uma melhoria substancial da qualidade de vida, evidenciando a dimensão intergeracional deste relevante princípio-valor constitucional.<sup>222</sup>

Assim, neste novo cenário de conflitos travado entre os bens pertencentes à esfera coletiva (ambiente) e os individuais, há de ser dar prevalência aos primeiros, considerando que os próprios direitos individuais têm uma função ambiental.

Portanto, o paradigma de decisão ambiental realiza uma modificação epistemológica, constituindo um metavalor, que condiciona o *modus operandi* dos outros modos argumentativos. Enquanto os demais paradigmas têm como metavalor a igualdade e a liberdade, no paradigma ambiental, a natureza é reconhecida como sujeito. Malgrado tenha o direito sido construído a partir do indivíduo, com caráter

---

<sup>221</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 340 p., p. 19.

<sup>222</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**, p. 23.

antropocêntrico, é preciso alterar a visão para uma concepção mais “geocêntrica”, em que a natureza é tida por sujeito.<sup>223</sup>

O ser humano integra um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente, restando ultrapassada a idéia de que o Homem domina a natureza. Antes disso, deve buscar um convívio pacífico com ela, sob pena do próprio extermínio da espécie, já que a natureza é finita e pode ser degradada pela utilização perdulária dos recursos naturais.

A luta por esta convivência harmônica passou a configurar missão política, ética e jurídica de todos os cidadãos, em uma concepção de *antropocentrismo alargado*<sup>224</sup>, adotada por nosso direito positivo.<sup>225</sup>

Cuidar da nossa casa, o Planeta Terra, é dever de todos.

Realizar uma interpretação concretizadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrada, que lhe dê o máximo de proteção e satisfação, é tarefa dos operadores do Direito, e em especial, do Judiciário, que, na hierarquização entre os diversos valores em jogo, realiza autêntica criação do Direito, que deverá ser, além de tudo, sustentável.

O meio ambiente necessita da nossa tutela e de uma interpretação concretizadora, que garanta a maior efetividade possível ao direito fundamental que lhe ampara. A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável converte-se, assim, na nossa própria proteção, em que, ao lançarmos os olhos ao planeta, nós mesmos nos enxergamos, integrando a teia entrelaçada da vida terrestre. Proteger o meio ambiente, portanto, é um ato de amor, não só à natureza e a todos os seres que compõem o meio biótico, mas, principalmente e antes de tudo, de amor próprio.

---

<sup>223</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 372.

<sup>224</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 48.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 45-49.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Tradução de The Rational as Reasonable. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert apud ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da Argumentação Jurídica**, Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica, Teorias da Argumentação Jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da Fundamentalidade do Direito ao Ambiente Sadio e Ecologicamente Equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp023239.pdf>. Acesso em: 19/07/2014.

BENJAMIN, Antonio Herman. Meio Ambiente e Constituição: uma Primeira Abordagem. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: IMESP, 2002.

BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**:

uma leitura orientada no discurso jurídico, uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000

CORDEIRO, António Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**, 3. ed. Traduzido por António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORREA, Darcísio; BACKES, Elton Gilberto. Desenvolvimento Sustentável: em busca de novos fundamentos. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e PAVIANI, Jayme. **Direito Ambiental: um olhar para a cidadania e a sustentabilidade planetária**. Caxias do Sul: Educus, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 16. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

FREITAS, Juarez. "O Intérprete e o Poder de dar Vida à Constituição." In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GIANNINI, Massimo Severo, *apud* SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Melissa Ely. **Restauração Ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Desenvolvimento Sustentável e Mineração. In: BENJAMIN, Herman Antonio (org.). **10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999,

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos**. Estado de Derecho y Constitucion, Estado de Derecho y Constitucion. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Traduzido por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.